



Roj: **SAN 4173/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4173**

Id Cendoj: **28079230062018100462**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **5/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000005 /2017

Tipo de Recurso: PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Núm. Registro General: 01087/2017

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Demandado: AYUNTAMIENTO DE BILBAO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

S E N T E N C I A 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. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **5/2017**, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** contra la Resolución de fecha 5 de octubre de 2016, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 8 de agosto de 2016, dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao/ Bilboko Udala y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales. Y como Administración demandada ha comparecido, el Ayuntamiento de Bilbao representado y asistido por el Abogado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"estimando la misma, declarando la nulidad de resolución de 5 de octubre de 2016 de la Alcaldía-Presidencia de Bilbao/Bilbo por la que se desestima el recurso administrativo de reposición interpuesto por el Colegio de Ingenieros Industriales de Bizkaia y de 8 de agosto de 2016 dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao/Bilboko Udala y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales."

SEGUNDO.- El Letrado del Ayuntamiento de Bilbao contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se inadmitiese el recurso por ser extemporáneo o subsidiariamente se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 26 de abril de 2017, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en su escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 24 de octubre de 2018.

Siendo ponente la Ilma. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución de fecha 5 de octubre de 2016, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 8 de agosto de 2016 dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao/Bilboko Udala y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas porque entiende que la decisión del Ayuntamiento de Bilbao de impedir a los ingenieros industriales suscribir inspecciones técnicas (ITEs) de edificios resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, así como el principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma Ley.

Esos principios no solamente informan el Derecho de la UE y la LGUM sino también la actuación general de la Administraciones Públicas en la actividad económica, tal y como se recoge en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Destaca que desde el pasado 31 de octubre de 2015, los informes de evaluación de edificios (IEE) están regulados por los artículos 29 y 30, así como por la disposición transitoria segunda y la disposición final primera, del Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRU), aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre.

De la redacción del precepto se desprende que, además de los titulados profesionales para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación según la LOE, dentro de los cuales estarían también incluidos los ingenieros además de los arquitectos y aparejadores en función del tipo de edificación, ("cualquiera de las titulaciones académicas y profesiones habilitantes...") pueden existir otros profesionales habilitados para expedir IEE, aunque los mismos deben acreditar dicha cualificación. El procedimiento y medios para la acreditación están sujetos a desarrollo reglamentario, que todavía no se ha producido.

Precisa que en el ámbito del País Vasco, es de aplicación la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda y el Decreto 241/2012, de 21 de noviembre, por el que se regula la inspección técnica de edificios en dicha comunidad, en la redacción dada por el Decreto 80/2014, de 20 de mayo, de modificación del Decreto por el que se regula la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El artículo 52.1 de la Ley 3/2015, señala:

"1. La adecuación de los edificios de uso predominantemente residencial a las exigencias de calidad que en cada momento se exijan reglamentariamente deberá

acreditarse mediante inspecciones técnicas realizadas por técnico competente".

Por parte, el artículo 7 del Decreto 241/12, dice que:

"1. La ITE será realizada por quien posea la titulación profesional habilitante según corresponda conforme a la Ley 38/1999, de 5 de octubre, de Ordenación de la Edificación (LOE), bien de forma directa como profesional, o bien como técnica o técnico facultativo inspector perteneciente a una Entidad de Control de la Calidad de la Edificación regulada por el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación."

Entiende por ello que la norma autonómica se remite a los técnicos capacitados en la LOE para la redacción de proyectos y dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, sin designar expresamente cuál o cuáles debieran ser competentes.

A su juicio, del art. 10.2.a) de la LOE se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para la elaboración de proyectos de edificación de uso residencial relativos a nueva construcción, modificación con alteración de la configuración arquitectónica o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística.

No obstante, no se desprende directamente la existencia de una reserva legal a favor de los arquitectos en materia de inspección técnica de edificaciones.

Explica que la normativa vigente (inclusive la LOE) tiene que ser interpretada y aplicada, de conformidad con los principios de la LGUM, según prevé el artículo 9 de dicha ley.

Recuerda que el artículo 30 del TRLSRU (Ley Suelo 2015) y el anterior artículo 6 de la Ley 8/2013, no solamente consideran *"técnico facultativo competente"* al que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la LOE (esto es, no solo los arquitectos y aparejadores, sino también a *"quienes hayan acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe"*, aunque no posean las titulaciones de la LOE).

Por otro lado, las competencias de los Ingenieros Industriales están descritas, en la actualidad, 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 Orden se refiere en su Anexo de requisitos respecto a determinados apartados del anexo I del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, relativo a la memoria para la solicitud de verificación de títulos oficiales, a la necesidad de que el plan de estudios de este tipo de profesionales prevea la adquisición de competencias relativas a, entre otros aspectos sobre instalaciones, plantas y construcciones complementarias.

De los preceptos anteriormente transcritos se desprende que los ingenieros industriales serán técnicos competentes con relación a proyectos relativos a inmuebles aquellos cuya titulación esté relacionada con la naturaleza y características de la construcción.

Recuerda que el Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de una reserva exclusiva en el ámbito general de la edificación a favor de uno u otro colectivo profesional, siempre y cuando de la naturaleza del propio proyecto o actuación no se derive una atribución específica a una especialidad técnica concreta. Rechaza, además, la argumentación de los actos recurridos porque las sentencias del Tribunal Supremo de 2014 y 2015 que citan fueron dictadas, sin aplicar la LGUM y sin interpretar la legislación sectorial aplicable como exige el artículo 9 de dicha Ley.

Cita también sentencias del TJUE de 22 de enero de 2002 (C-31/00), 7 de octubre de 2004 (C-255/01), 8 de mayo de 2008 (C-39/07) y 2 de diciembre de 2010 (C-422/09) sobre reconocimiento de competencias profesionales del TJUE, exigiendo que se tengan en cuenta las aptitudes, conocimientos y experiencia del profesional en cuestión y no sólo el tipo de titulación que ostenta.

Denuncia, por último, que las resoluciones recurridas no justifican la restricción aplicada por razones de necesidad y proporcionalidad. La necesidad debería haberse motivado 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, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM y aunque concurriese alguna de esas razones, el Ayuntamiento de Bilbao debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincular el ejercicio de la actividad a la capacitación técnica del profesional.

TERCERO.- Por el contrario, el Ayuntamiento de Bilbao en su escrito de contestación a la demanda plantea, en primer lugar, la inadmisión del recurso por su extemporaneidad.

Expone que el 21 de Septiembre de 2.016, la CNMC tuvo pleno conocimiento de la resolución del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 8 de Agosto de 2.016, desestimatoria de la solicitud de que fueran admitidas por la Corporación Municipal las Inspecciones Técnicas de Edificios suscritas por ingenieros industriales. Esta resolución no era susceptible de recurso de reposición por parte de la CNMC, luego el plazo para que la CNMC formulara recurso contencioso-administrativo frente a la misma finalizó el 21 de Noviembre de 2.016.

La CNMC, sin embargo, no adoptó hasta el 8 de Febrero de 2.017, la decisión de interponer el presente recurso contencioso-administrativo, siendo registrado el escrito de interposición el 20 de Febrero de 2.017, por lo que resulta claramente extemporáneo.

Procede en consecuencia declarar la inadmisibilidad del presente recurso, por extemporáneo, al amparo del art. 69.e) de la Ley Jurisdiccional.

Argumenta que la CNMC, para intentar la rehabilitación del plazo caducado, registró el 23 de Noviembre de 2.016 un requerimiento al Ayuntamiento de Bilbao previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo que no tenía otra finalidad que la de eludir la extemporaneidad del recurso y por eso lo presentó frente a la resolución desestimatoria del recurso de reposición que frente a la misma había articulado el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Bizkaia, recurso administrativo que, por establecerlo así el art. 44.1 LJCA, legalmente le estaba vedado a la CNMC.

La CNMC debió promover recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, plazo que habría vencido el 21 de Noviembre de 2.016.

En cuanto a la cuestión de fondo, se remite a los argumentos contenidos en los informes obrantes a los folios 244 a 248 del expediente administrativo.

Entiende que no le corresponde a la Administración Local establecer ni delimitar los técnicos facultativos competentes para la realización de las inspecciones técnicas de edificios, limitándose a aplicar la normativa vigente a la que está sujeta, sin que pueda exigirse al Ayuntamiento que en la aplicación de dicha normativa, estatal (Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación - art. 2- y Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana - art. 30) y autonómica (Decreto 241/2012, de 21 de Noviembre, por el que se regula la Inspección técnica de edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco - art. 7), trascienda la propia literalidad del texto legal, máxime cuando esa legislación, además, se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario por parte de la Administración del Estado (Disposición Final Primera del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana).

Destaca que la Corporación Municipal carece de interés alguno en reservar en exclusiva a favor de un determinado grupo profesional (en este caso Arquitectos y Arquitectos Técnicos) funciones técnicas retribuidas, ni, paralelamente, excluir de esas tareas a otro u otros (en el caso que nos ocupa a los Ingenieros Industriales).

Por lo demás, ninguna de las sentencias citadas en el escrito de demanda resultan pertinentes para resolver la cuestión aquí planteada y concluye que de haberse advertido la existencia de alguna contradicción entre el Derecho Comunitario Europeo y las normas legales de derecho interno, lo coherente habría sido que hubiera interesado de la Sala el planteamiento mediante Auto de la correspondiente cuestión prejudicial europea.

CUARTO.- A la hora de abordar la causa de inadmisión por extemporaneidad en la interposición del recurso que invoca el Ayuntamiento de Bilbao, debemos distinguir según el recurrente sea un particular o la CNMC toda vez que en el presente caso hubo una primera solicitud del Colegio de Ingenieros Industriales de que el Ayuntamiento de Bilbao admitiera las Inspecciones Técnicas de Edificios suscritas por aquellos y, posteriormente, se produjo la intervención de la CNMC, al amparo del procedimiento previsto en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

En éste sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un "organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado " (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de

la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está "dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado" (art. 2 de la Ley 3/2013).

De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: "cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo".

La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada."

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos.

En éste caso, el 8 de agosto de 2016, el Ayuntamiento de Bilbao denegó al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Bizkaia, la solicitud presentada, a fin de que la citada corporación municipal admitiera las Inspecciones Técnicas de Edificios suscritas por Ingenieros Industriales, argumentando que la determinación de las competencias específicas atribuidas a cada una de las titulaciones profesionales, no es competencia de la Administración Local y como tal Administración, el Ayuntamiento de Bilbao se limita a aplicar y respetar el marco jurídico actual al que está sujeto.

El 5 de octubre de 2016 se desestima el recurso de reposición interpuesto por el citado colegio.

Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2016, que tuvo entrada en el Registro de la Comisión el día 21 de septiembre de 2016, se había presentado por el Colegio de Ingenieros Industriales una solicitud inicial de interposición de recurso contencioso-administrativo, al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la Resolución de fecha 8 de agosto de 2016, dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del mismo Ayuntamiento y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales.

Ahora bien, como la Resolución de 8 de agosto de 2016, era susceptible de recurso ante el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento e interpuesto por el citado Colegio había que esperar su resolución, el 26 de octubre de 2016, el citado Colegio presentó escrito de subsanación de la solicitud inicial, acompañando al mismo la Resolución de 5 de octubre de 2016, por la que se ya resolvía el recurso administrativo de reposición.

Explicó el Colegio que no se había presentado reclamación previa del artículo 26 LGUM a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), habiendo solicitado directamente a la Comisión la interposición de recurso contencioso administrativo al amparo del artículo 27 LGUM.

El 23 de noviembre de 2016, la CNMC formula requerimiento previo al Ayuntamiento de Bilbao que deja en suspenso el plazo para interponer el recurso contencioso.

Con fecha 8 de febrero de 2017, el Consejo de la CNMC acordó interponer, en virtud de la legitimación activa que el artículo 27 de la Ley 20/2013, 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y el artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reconocen a la CNMC, recurso contencioso administrativo contra las citadas resoluciones administrativas, por considerarlas contrarias a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, recurso interpuesto el 20 de febrero de 2017.

A la vista de lo expuesto, resulta que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso, al Ayuntamiento de Bilbao, al amparo del artículo 44 de la LJCA. Requerimiento previo cuya exigencia no se ha excepcionado cuando,

como sucede en este caso, la CNMC decide interponer el recurso contencioso administrativo a solicitud del interesado, contra la resolución del Ayuntamiento de Bilbao.

QUINTO.- A partir de aquí se trata de resolver si las resoluciones del Ayuntamiento de Bilbao en cuanto rechazan que los informes de las Inspecciones Técnicas de Edificios estén suscritos por ingenieros industriales vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3, respectivamente, de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

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 velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de 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".

Y el artículo 17.1.a) de la Ley 20/2013 dispone 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"*.

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".

SEXTO.- 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.

Ahora bien, 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 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.

SÉPTIMO.- Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento de Bilbao debería haber razonado la concurrencia 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, precepto al que remite el artículo 5 LGUM.

Con independencia de que el Ayuntamiento de Bilbao 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 al amparo del informe de 2 de agosto de 2016 del Colegio Vasco Navarro de Arquitectos cuando dice que:

"de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al momento presente, existe una reserva de actividad o competencia exclusiva a favor de arquitectos y arquitectos técnicos para la elaboración de Inspecciones Técnicas de Edificios e Informes de Evaluación de Edificios en el ámbito residencial conforme establece la LOE. Esta reserva de actividad está justificada, tal y como se deduce de la doctrina jurisprudencial mencionada, en virtud del principio de necesidad, teniendo en cuenta el interés general y los requisitos básicos de la edificación que están en juego, en especial el requisito de seguridad de las personas, toda vez que la intervención profesional en esa materia se sustenta y se guía por el principio de garantizar la seguridad de las edificaciones. Además, concurre el requisito de proporcionalidad por cuanto que los únicos profesionales cualificados y competentes por razón de sus conocimientos y especialidad para elaborar tales informes son los arquitectos y los aparejadores en sus ámbitos competenciales respectivos.

En definitiva, no cabe legalmente atribuir competencias para los informes de inspección técnica o -evaluación de edificios a quienes no tienen la formación adecuada conforme a su titulación y los edificios residenciales están fuera del ámbito de la especialización que define la competencia de las diferentes ingenierías".

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 en el informe 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. y en este sentido, el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) de 4 de diciembre de 2015, aportado con la demanda señalaba que:

"5.- Esta concreta reserva de actividad (emisión IEE), no ha pasado el test de necesidad (motivación en la necesaria salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (entre la razón invocada, y el medio de intervención seleccionado para la actividad concreta), no existiendo además otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica. Sin bien es cierto que la regulación de la edificación, en lo que a capacitación del profesional se refiere, motiva su intervención en la seguridad pública, no consta que se haya realizado el análisis de proporcionalidad, que en este supuesto concreto se debería referir a la exigencia de capacitación o cualificación (expresada a través de la titulación, la formación o la experiencia) y la complejidad del proceso de evaluación de edificios. La Memoria Análisis de Impacto Normativo de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, carece de referencias concretas justificativas sobre la reserva de actividad referida a la emisión del IEE, contenida en el artículo 6 de la citada Ley (reproducido literalmente por el artículo 30 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). Por otro lado, como ya se ha indicado, el propio artículo 30.1 contempla abrir el ejercicio de la actividad de emisión de IEE a otras cualificaciones, además "de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación".

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



En éste mismo sentido, las conclusiones de la Recomendación de 8 de junio de 2016, dirigidas tanto al Gobierno Vasco como a los Ayuntamientos de dicha Comunidad y que se acompaña también con la demanda, la Autoridad Vasca de la Competencia indica que:

"Primera.- La reserva de actividad a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos para llevar a cabo las ITEs carece de base legal y de justificación en cuestiones de capacidad o seguridad. Además, supone limitar la prestación del servicio a una parte reducida del conjunto de profesionales competentes para ello.

Segunda.- Esta limitación supone una restricción a la competencia efectiva en el mercado que ocasiona una pérdida de bienestar para los consumidores.

Tercera.- Los Ayuntamientos de Euskadi deben aceptar las ITEs por todos los profesionales capacitados para ello y, en concreto, las realizadas por ingenieros o ingenieros técnicos. Por ello deben tramitar las licencias de obras subsiguientes a las mismas.

Cuarta.- El Departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco debe aceptar la realización de ITEs por todos los profesionales con capacidad técnica suficiente para realizarlas. Por ello, debe proceder a la inscripción de ingenieros e ingenieros técnicos en el Registro de Inspección Técnica de Edificios de Euskadi, abstenerse de realizar cualquier publicidad que limite la posibilidad de realizar estos servicios a algunos de los profesionales capacitados para ello y modificar la ya existente".

El citado informe cuantifica también desde el punto de vista económico las consecuencias de la eliminación de la reserva existente a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en el caso de las ITEs para los ámbitos local (Bilbao) y autonómico (País Vasco) afectados en los siguientes términos:

"La estimación cuantitativa realizada indica que la eliminación de la reserva de actividad para arquitectos y arquitectos técnicos - que restringe la competencia y que no está justificada en los principios de regulación económica eficiente - podría traducirse en una reducción del precio de la ITE de 45,6 y 42,7 Euros en Bilbao y en la Comunidad Autónoma de País Vasco, respectivamente. Considerando el volumen de edificios con obligación de realizar la ITE (...) se estima que la pérdida en el bienestar de los consumidores ocasionada por la reserva de actividad asciende en la actualidad a 103.079,7 Euros y 2.922.190,5 Euros en Bilbo/Bilbao y en Euskadi/ País Vasco, respectivamente. La pérdida de bienestar estimada no incorpora la pérdida en periodos sucesivos. Tampoco incorpora el coste en términos de eficiencia dinámica derivado de una menor competencia en este mercado."

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

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

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. **5/2017**, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución de fecha 5 de octubre de 2016, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 8 de agosto de 2016, dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao/Bilboko Udala y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales y, en consecuencia, anulamos las actuaciones administrativas impugnadas por no ser conformes a derecho.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 31/10/2018 doy

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ