

RECURSO DE APELACIÓN 446/2019

SENTENCIA NÚMERO 660
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. María Soledad Gamó Serrano

En la Villa de Madrid, a diez de diciembre de dos mil veinte.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 446/2019, interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, representado por la Procuradora D^a. María Concepción Villaescusa Sanz, contra la Sentencia dictada el 28 de marzo de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 254/2018. Ha sido parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por Letrado Consistorial.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos, acordándose dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el 26 de noviembre de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 254/2018, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el aquí apelante contra la resolución dictada por el Director General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2018, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución 10 de octubre de 2017, en la que se acordó:

“Declarar no estar ajustada a los criterios de competencia exigidos en la regulación del Informe de Evaluación de Edificios la titulación académica del técnico inspector,



Ingeniero Técnico de Obras Públicas, que suscribe el Informe de Evaluación de Edificios presentado el 30 de septiembre de 2016, en relación con la finca situada en la Avda. de la Albufera nº 279, toda vez que la titulación académica exigida en el art., 30 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) aprobada por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en relación con los arts. 10, 12 y 13 de la Ley Orgánica 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, (LOE) es la de Arquitecto, Aparejador, Arquitecto Técnico o Ingeniero de la Edificación”

SEGUNDO.- La Sentencia apelada, tras poner de manifiesto el objeto del recurso contencioso-administrativo y la posición que al respecto mantienen las partes personadas (FD 1º), desestima, en primer lugar, la alegación de la parte actora referida a la falta de motivación de la resolución impugnada (FD 2º).

Al abordar la concreta cuestión controvertida, determinar si los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas pueden suscribir un Informe de Evaluación de Edificios (IEE), recuerda que la cuestión se resolvía hasta ahora aplicando las previsiones contenidas en el artículo 30 y Disposición Final primera del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Dicho precepto ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017, quedando la capacitación para suscribir los IEEs *“huérfana de regulación a la espera de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del propio Real Decreto Legislativo 7/2015”*, en la que se prevé el dictado de una Orden Ministerial en la que se determine las cualificaciones requeridas para suscribir los IEEs. Dicha Orden no ha sido todavía dictada *“por lo que nos hallamos ante una aparente laguna legal, cuya solución corresponde al legislador o al poder ejecutivo, pero no a este Juzgador que carece de la competencia para fijar criterios normativos con los que resolver los problemas planteados”* (FD 3º).

En el FD 4º se reseñan y transcriben parcialmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001, 23 de abril de 2001, 22 de mayo de 2001 y 26 de septiembre de 1997, todas ellas relacionadas con las competencias técnicas precisas para redactar proyectos de diferentes modalidades constructivas.

A continuación, en el FD 5º, pone de relieve que la actora sustenta su tesis en la Sentencia de 31 de octubre de 2018 de la Audiencia Nacional. El hecho de que dicha Sentencia se apoye en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, *“para impedir una restricción o limitación inicial a los posibles técnicos que puedan suscribir un IEE, no significa que cualquier profesional*



relacionado directa o indirectamente con un edificio o construcción esté capacitado para emitir un Informe de Evaluación de Edificios, máxime cuando el mismo se integra por tres partes: el estado de conservación del edificio (ITE), el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal y el grado de eficiencia energética de la edificación (CEE). Dentro de este marco técnico la elaboración de un IEE parece destinado principalmente a profesionales relacionados con la redacción y dirección de obras e intervenciones de ejecución, mantenimiento, conservación, reparación y estabilidad de edificios donde sobresale la figura de los Arquitectos y Arquitectos Técnicos en detrimento de otros profesionales como son los integrantes del Colegio Profesional demandante”. Señala que este criterio es sostenido por diversas Salas de Tribunales Superiores de Justicia, citando a tal efecto la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de junio de 2015, así como la de Extremadura de 30 de junio de 2015.

Razones todas ellas que llevan al Juzgador de la instancia a la desestimación del recurso promovido por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.

TERCERO.- El Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas se muestra disconforme con la precitada Sentencia por lo que solicita su revocación y el dictado de otra por la que declare *“no ser conforme a Derecho el acto administrativo impugnado conforme a los fundamentos jurídicos aducidos por esta parte”*.

En síntesis, el apelante aduce en apoyo de su pretensión: (i) Error en la aplicación de la analogía normativa: tras poner de relieve la declaración de inconstitucionalidad de la regulación directamente aplicable, manifiesta que no cabe aplicar analógicamente una norma que establece reservas o limitaciones puesto que cualquier restricción, además de interpretarse de forma limitada, no puede tener una aplicación a supuestos no regulados específicamente; Error en la aplicación de las normas y la jurisprudencia: no existe una regulación restrictiva con rango legal aplicable por lo que considera adecuado traer a colación la Sentencia de 31 de octubre de 2018, de la Audiencia Nacional. Estima de aplicación a los IEEs la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. La reserva de actividad determina la necesidad de que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente; no existiendo dicha justificación en la resolución impugnada. La resolución impugnada no acredita la necesidad de la exclusión ni justifica la restricción impuesta. Tampoco analiza con proporcionalidad la previsión de restricción de



acceso a la actuación profesional. Pone de relieve que la capacitación de los ingenieros técnicos se encuentra en la Orden CIN/307/2009, de 9 de febrero. La elaboración de los IEEs exige cualificaciones que son propias de los ingenieros técnicos, por lo que no debe proceder su exclusión. Entiende que no son de aplicación las reservas contenidas en la Ley de Ordenación de la Edificación. Por último, hace referencia al principio de no discriminación.

CUARTO.- Por el contrario, el Ayuntamiento de Madrid, se muestra enteramente conforme con la Sentencia apelada, por lo que solicita su confirmación.

En primer lugar, pone de relieve que la exigencia de la necesaria crítica jurídica de la Sentencia apelada, tanto desde el punto de vista de fondo como, incluso, de la forma.

Y en relación con la cuestión de fondo controvertida, tras citar el artículo 6.1 del Decreto 103/2016, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, así como los artículos 10, 12 y 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación, concluye que los técnicos competentes para la redacción de los proyectos, dirección de obras y dirección de ejecución de obra para los edificios de uso residencial son los arquitectos y arquitectos técnicos.

QUINTO.- Examinadas las alegaciones y pretensiones formuladas por ambas partes ante esta segunda instancia, puestas en relación con la argumentación contenida en la sentencia apelada, un orden lógico-jurídico nos impone que comencemos nuestro análisis por la alegación del Ayuntamiento apelado de que el recurso de apelación no contiene la crítica jurídica de la Sentencia apelada.

Al respecto debe recordarse que el recurso de apelación no está previsto y regulado como una mera reiteración del pleito ante el Tribunal distinto y superior, sino como revisión de la resolución apelada, tendente a su depuración, por reputarla disconforme con el ordenamiento jurídico, lo cual supone necesariamente que deba ser motivada la petición que se formaliza para sustituir aquélla por otra diferente. En este sentido, conviene recordar la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992, 11 y 25 de junio y 24 de julio de 1996) en la que se señala que *“no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltos por la sentencia de instancia. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de*



instancia vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia”.

Pues bien, es cierto que en el caso concreto el Colegio apelante esgrime, en buena parte, idéntica argumentación a la vertida en la instancia, pero ninguna objeción debe atribuirse a dicho proceder toda vez que, a juicio de la Sala, dicha concreta argumentación resulta ser suficiente a los efectos de entenderse cumplida la carga procesal impuesta en el recurso de apelación, de concretar y razonar las críticas dirigidas a la Sentencia dictada en la instancia, convirtiéndose dichas alegaciones en concretos motivos de impugnación, tendentes a poner de manifiesto la vulneración por la Sentencia apelada de la doctrina legal y jurisprudencial invocada por el recurrente en su escrito de demanda. Si dichos argumentos son, en buena parte, una reproducción de los aducidos en la primera instancia es porque la Sentencia de instancia no acogió ninguno de ellos.

En consecuencia, no existe obstáculo alguno para que por la Sala se entre a examinar la cuestión de fondo controvertida.

SEXTO.- A la vista de las pretensiones y alegaciones formuladas por las partes en esta segunda instancia, puestas en relación con el contenido de la Sentencia apelada, la cuestión controvertida queda reducida a determinar si los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas son competentes para la redacción de los IEEs.

Sobre la cuestión aquí controvertida ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en la Sentencia de idéntica fecha a la presente, recaída en el recurso núm. 493/2019, cuyo criterio aquí seguiremos por lógicas razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley.

En la precitada Sentencia, en su FD 5º, decimos:

“(…) nuestro análisis de la cuestión debatida debe comenzar poniendo de relieve que en la fecha del dictado de la resolución impugnada, los IEEs estaban regulados por los artículos 29 y 30, así como por la disposición transitoria segunda y la disposición final primera, todos ellos del Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre.

Con anterioridad, era aplicable la regulación sobre el IEE contenida en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas; concretamente lo estipulado en sus artículos 4, 6, disposición transitoria 1ª y disposición final 18ª.



El contenido de ambas regulaciones era en esencia idéntico. En ambas se señalaba que el objeto del IEE son las edificaciones del tipo “residencial de vivienda colectiva”.

El contenido del IEE, a diferencia de las antiguas Inspecciones Técnicas de Edificaciones (ITE), no solamente incluye la evaluación del estado de conservación del edificio y sus condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad, sino también la certificación de su eficiencia energética (CEE).

Respecto a la capacitación técnica para suscribir el IEE, tanto el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 7/2015 como el anterior artículo 6 de la Ley 8/2013 disponían que:

“1. El Informe de la Evaluación de los Edificios podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dichos técnicos. A tales efectos se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o haya acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe, según lo establecido en la disposición final primera.

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

2. (...)”.

Hay que señalar que la STC 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, por razones competenciales, declaró la inconstitucionalidad de los apartados segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo 29, el artículo 30, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del ya citado TRLSRU.

Tras la anulación del artículo 30 y su disposición final primera del TRLSRU no existe norma legal del Estado que establezca las profesiones que pueden realizar los IEEs o regule las cualificaciones que deban tener estos para la elaboración.

En el marco normativo autonómico de la Comunidad de Madrid resulta referencia obligada el Decreto 103/2016 de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios en la Comunidad de Madrid y se crea el



Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid.

Su artículo 6.1, referido a la “Capacitación para suscribir Informes de Evaluación de los Edificios y requisitos exigibles”, dispone:

“El Informe de la Evaluación de los Edificios podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las Comunidades Autónomas, siempre que cuenten con dichos técnicos.

A tales efectos, tendrán la consideración de técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o haya acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe de Evaluación de los Edificios con arreglo a la regulación que al efecto se apruebe mediante Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Fomento”.

Vemos que, en esencia, viene a reproducir el precepto contenido en el ya citado artículo 30.1 del TRLSRU.

Pues bien, de la redacción del precepto transcrito, además de los que puedan haber “acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe de Evaluación de los Edificios con arreglo a la regulación que al efecto se apruebe mediante Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Fomento”, serán técnicos facultativos competentes para la elaboración del IEE “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”.

Pues bien, obsérvese que cuando el precepto se remite a la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) a fin de determinar el técnico competente lo hace sin referencia o acotación a alguno o a algunos de los usos principales a lo que pueda destinarse el edificio, que aparecen contemplados en el artículo 2.1 de aquella. El técnico competente se define en el referido artículo 6.1 como aquél que según la LOE resulte competente para la “redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación”.

Por lo tanto, de la literalidad del precepto (remisión genérica a la LOE: “cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes”) puede inferirse que resultarán



competentes para la elaboración del IEEs todos aquellos profesionales o técnicos contemplados en los artículos 10 -referido al proyectista-, 12 -referido al director de la obra- y 13 -referido al director de la ejecución de la obra-, esto es, arquitectos, aparejadores, ingenieros e ingenieros técnicos; teniendo siempre presente, según establecen dichos preceptos, las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Debe descartarse que la remisión que lleva a cabo el citado artículo 6.1 sea referida, únicamente, a los profesionales competentes que resultan ser competentes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificaciones de “uso residencial”, arquitectos y aparejadores, por cuanto que de haber sido esa la intención del legislador autonómico, estimamos, que así lo hubiera expresamente determinado, tal como se ha realizado en otros ordenamientos autonómicos, como por ejemplo el Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana (artículo 8.1: “El IEEV.CV podrá ser suscrito tanto por personal técnico facultativo competente como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dicho personal. A tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de **obras de edificación con uso residencial**, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación” – precepto anulado por Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 31 julio 2020, Rec. 117/2018-); o el Decreto 29/2017, de 17 de mayo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro General de Informes de Evaluación de los Edificios del Principado de Asturias (artículo 11: “1. El Informe lo redactará un **técnico con la titulación de arquitecto, o arquitecto técnico o titulaciones equivalentes**, sin perjuicio de lo que pudiera determinar la normativa básica del Estado en materia de competencias profesionales, debiendo garantizarse la independencia, imparcialidad y objetividad del Informe. Estos requisitos se exigirán igualmente a las entidades de control de calidad de la edificación u otras sociedades que pudieran redactar el Informe, que en todos los casos irá firmado por un técnico competente. Deberá identificarse cada firma con el correspondiente pie de firma, y se aportará declaración



responsable de la titulación, copia compulsada del título, o cualquier otro documento acreditativo de la titulación. 2. La certificación energética podrá ser suscrita por un técnico diferente, de acuerdo con el 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.”-). En este sentido puede igualmente citarse al Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio (artículo 7.4: “La inspección técnica de los edificios de viviendas se ha de llevar a cabo por una persona con titulación habilitante académica y profesional como proyectista, director/a de obra o director/a de ejecución de la obra en **edificación residencial de viviendas**, según lo que establece la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que haya contraído y tenga en vigor el seguro de responsabilidad civil correspondiente, y que no incurra en ninguna incompatibilidad, prohibición o inhabilitación para el ejercicio profesional” - anulado por Sentencia AN (Sala de lo Contencioso-administrativo, 6ª) de 28 noviembre 2018 núm. rec.: 757/2015; confirmada por Sentencia TS (Sala 3.ª, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª) de 23 junio 2020 núm. rec.: 1371/2019-).

Adviértase, además, que el propio artículo 6.1 del Decreto autonómico, siguiendo la directriz marcada por la regulación contenida en el TRLSRU, al contemplar expresamente la posibilidad de que puedan existir otros profesionales competentes para la elaboración de los IEEs, distintos de los contemplados en la LOE, está implícitamente negando cualquier reserva de actividad en favor de los arquitectos o aparejadores que pudiera sustentarse en la LOE.

Por otra parte, conviene tener presente que el artículo 2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.

Por tanto, siendo la actividad técnica de redacción de IEEs una actividad profesional, resultará de aplicación plena la LGUM.

Pues bien, como ha venido sosteniendo la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC), la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta (como



en el supuesto de exigencia de titulaciones asociadas a la construcción de nuevas edificaciones dentro del marco de la LOE) constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

Dicho precepto, bajo el título “Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes”, 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”.

En igual sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad:

“1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias”.

En consecuencia, en aplicación de los citados preceptos, cualquier eventual restricción de acceso a la actividad económica debe motivarse en la salvaguarda de alguna



razón imperiosa de interés general 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 (“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”). Asimismo, también debería ser razonada su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

Así, en esta línea interpretativa puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 10 de septiembre de 2018 (rec. 17/2017), la primera recaída sobre reserva profesional en aplicación de la LGUM, en la que se exige una cumplida acreditación de la necesidad y proporcionalidad por parte de la Administración competente que restringe el ejercicio de una profesión técnica:

“El conflicto así planteado supone analizar que con independencia de que la autoridad autonómica entiende que según su criterio ha aplicado de forma correcta la legislación aplicable, concurren los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que aconsejan un análisis más abierto de lo que debe entenderse como requisitos concretos de cualificación profesional para el desarrollo de una actividad, pues en caso contrario, podría entenderse que vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica restringiría o limitaría el acceso a dicha actividad.

(...) el Instituto Gallego no ha acreditado que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de protección del medio ambiente que justificasen una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica - en este caso para realizar el informe de evaluación técnica de los edificios, exigible a su vez para acceder a la subvención para la rehabilitación solicitada-, en la



salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y que de haberse interpretado de acuerdo con los principios aludidos de necesidad y de proporcionalidad hubieran evitado la exclusión de otros técnicos capacitados técnicamente”.

Pues bien, el Decreto autonómico 103/2016 de 24 de octubre, ni en su Exposición de Motivos, ni en ningún precepto, contiene la más mínima referencia a una eventual restricción a la concreta actividad de elaboración de los IEEs y, menos aún, una motivación o justificación sobre la eventual concurrencia o salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Por supuesto, tampoco contiene ninguna justificación sobre la proporcionalidad de dicha eventual restricción.

En consecuencia, tal como aparece redactado el precepto, nada apunta a que hubiese sido intención del legislador autonómico llevar a cabo una reserva de actividad de elaboración de los IEEs en favor de los arquitectos o arquitecto técnico, como sostiene la resolución administrativa impugnada.

Avala dicha conclusión, además de lo hasta ahora razonado, lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, que con ocasión de regular la “Inspección periódica de edificios y construcciones”, encomienda su elaboración a “técnico facultativo competente”, sin alusión alguna a su titulación académica y profesional.

Podría objetarse, no obstante, la existencia de una eventual reserva de actividad para la elaboración de los IEEs en favor de los profesionales de la arquitectura derivada de la LOE. Ciertamente que del contenido de los artículos 2 y 10.2.a) de la LOE se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para suscribir proyectos de nueva planta o bien de modificación sustancial o sobre obras que afecten edificios protegidos, siempre que dichos proyectos se refieran a edificaciones destinadas a determinados usos (uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural).

Ahora bien, la emisión de un IEE no exige la elaboración de un proyecto de nueva edificación o de modificación sustancial de una edificación preexistente, por lo que la reserva de actividad prevista en la LOE no es extensible a la emisión de los IEEs.

En este sentido, la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 28 de noviembre de 2018 (nº recurso 757/2015), anuló el artículo 7.4 del Decreto 67/2015 en el que se establecía una reserva a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos para la realización de inspecciones técnicas en edificios de viviendas al constatar que: (i) En el proceso de construcción de los edificios de viviendas, objeto de la LOE, no se incluye la



posterior inspección técnica; y (ii) La Ley autonómica catalana 18/2007, de 28 de diciembre, sobre derecho a la vivienda, se remitía al “técnico” competente, con carácter genérico al referirse a los profesionales capacitados para redactar IEE.

Por otro lado, no debemos olvidar que uno de los aspectos a contemplar dentro del IEE es la certificación de la eficiencia energética (CEE), tal como previene el artículo 29.1 del TRLSRU.

En este sentido, el artículo 4 del ya citado Decreto autonómico contempla como contenido del IEE “La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios. Dicha certificación deberá estar registrada en el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de la Comunidad de Madrid y encontrarse vigente con arreglo a su normativa reguladora”.

Pues bien, el artículo 1.3.p) del citado Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios, define el técnico competente para suscribir una CEE como:

“técnico 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 o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o para la suscripción de certificados de eficiencia energética, o haya acreditado la cualificación profesional necesaria para suscribir certificados de eficiencia energética según lo que se establezca mediante la orden prevista en la disposición adicional cuarta”.

Y en el apartado 1.1 de una comunicación interpretativa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 4 de noviembre de 2013, tal como pone de relieve en el Informe de la CNMC de fecha 18 de septiembre de 2017 (sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra la exigencia de la titulación en arquitectura o arquitectura técnica para la realización de informes de evaluación de edificios por el Ayuntamiento de Manacor - UM/126/17), además de arquitectos y arquitectos técnicos o aparejadores se incluye expresamente a los ingenieros como profesionales habilitados para expedir la CEE (Concretamente se dice que: “Por tanto y en relación con la Ley 38/1999, son técnicos



competentes para suscribir el certificado de eficiencia energética en los edificios, además de los arquitectos, arquitectos técnicos ó aparejadores, las personas que, de acuerdo con lo establecido en las Resoluciones de 15 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Universidades, dispongan de las siguientes titulaciones: Ingeniero Aeronáutico, Ingeniero Agrónomo, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Ingeniero Industrial , Ingeniero de Minas, Ingeniero de Montes, Ingeniero Naval y Oceánico, Ingeniero de Telecomunicación, Ingeniero Técnico Aeronáutico, Ingeniero Técnico Agrícola, Ingeniero Técnico Forestal, Ingeniero Técnico Industrial, Ingeniero Técnico de Minas, Ingeniero Técnico Naval, Ingeniero Técnico de Obras Públicas, Ingeniero Técnico Telecomunicación e Ingeniero Técnico Topógrafo”).

En todo caso, entendemos que las reservas de actividad a favor de determinados colectivos profesionales deben ser objeto de interpretación restrictiva, al constituir excepciones al principio general de libertad de empresa y de libre competencia del artículo 38 CE. Y la normativa vigente, tiene que ser interpretada y aplicada de conformidad con los principios de la LGUM, según prevé su artículo 9.

Pudiera, no obstante, esgrimirse la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012, y 25 de noviembre de 2015, rec. 578/2014.

En la primera de las Sentencias citadas se considera que la ordenanza del Ayuntamiento de Segovia, por el que se procede a la aprobación de la Ordenanza municipal para la aplicación de la Inspección Técnica de Edificios (acuerdo de 6 de septiembre de 2011) no limita las competencias propias de los ingenieros ni contradice las capacidades genéricas y específicas de proyectar e informar que sus particulares regulaciones les atribuyen, sino que simplemente asume la lógica eficacia de la Ley de Ordenación de la Edificación a la hora de determinar los ámbitos de actuación de los arquitectos y los ingenieros en la inspección técnica, cuya íntima relación con la actividad de la construcción, en cuanto implica un examen e informe sobre su estado, resulta innegable (FD 3º).

De igual modo, en la segunda de las Sentencias citadas el Tribunal Supremo mantiene que la ordenanza municipal del Ayuntamiento de Soria, por el que se procede a la aprobación de la Ordenanza municipal para la aplicación de la Inspección Técnica de construcciones, no limita las competencias propias de los ingenieros ni contradice las



capacidades genéricas y específicas de proyectar e informar que sus particulares regulaciones les atribuyen (FD 5).

Ahora bien, ambas Sentencias se basan en textos legales anteriores, tanto a la Ley 8/2013, de 26 de junio, y al Real Decreto Legislativo 7/2015, como a la propia LGUM. Más aún, la última de las Sentencias citadas, en su FD 6º advierte, que la cuestión casacional no se aborda desde la perspectiva de una posible infracción de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12-12-2006, ya que tal motivo no fue planteado en la demanda contencioso-administrativa.

Además, la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013) ha confirmado la posibilidad de acreditar la cualificación profesional para emitir los CEEs, aceptando la competencia de técnicos diferentes de aquellos que estén 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 o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas. En la referida Sentencia se señala: “En definitiva, el técnico competente es el técnico competente técnicamente, que haya acreditado la cualificación necesaria para suscribir dichos certificados de eficiencia energética”.

Por tanto, llegados a este punto podemos concluir que, contrariamente a lo sostenido en la resolución administrativa impugnada, la titulación académica exigida para la elaboración de los IEEs no se circunscribe, únicamente, a la de arquitecto, aparejador, arquitecto técnico o ingeniero de la edificación, sino que se extiende, como mínimo (a reserva de la regulación que al efecto pudiera acometerse en una futura Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Fomento) a la totalidad de las titulaciones referidas en los artículos 10, 12 y 13 de la LOE (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros e ingenieros técnicos), siempre, claro está, teniendo presente, según establecen dichos preceptos, las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo sus respectivas especialidades y competencias específica.

En este sentido podemos resaltar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012, rec. 321/2010, dictada en casación para unificación de doctrina y respecto de una interpretación expansiva de la LOE señala en el FD 7º:

“(…) por el análisis de la jurisprudencia precedentemente invocada, la tendencia es no admitir un monopolio profesional en la proyección de todo tipo de construcciones, sino



que, en estos casos los conocimientos del técnico se corresponden con la naturaleza y clase del proyecto.

Por otra parte, esta Sala ha rechazado el monopolio competencial a favor de una profesión técnica superior predeterminada amparando el título facultativo superior oficial basado en el nivel de conocimientos que se correspondan con el proyecto en cuestión (por todas, SSTS de 2 de julio de 1976, 27 de mayo de 1980, 8 de julio de 1981, 22 de junio de 1983, 17 de enero de 1984, 1 de abril de 1985, 21 de octubre de 1987, 8 de julio de 1988, 9 de marzo y 21 de abril de 1989 y 3221) y 28 de marzo de 1994 y se ha consolidado el principio de la libertad con idoneidad (por todas, SSTS de 8 de julio de 1981, 21 de octubre de 1987, 21 de abril de 1989, 29 de abril de 1995, 25 de octubre de 1996, 19 de diciembre de 1996, 15 de abril de 1998, 10 de abril de 2006, 10 de noviembre de 2008 y 21 de diciembre de 2010).

Se impone, así, la conclusión de primar el principio de idoneidad al de exclusividad, doctrina que subraya la capacidad técnica de los licitadores y es coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre competencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87 y 16 de septiembre de 1999, asunto 27/98) y la jurisprudencia de esta Sala (por todas, STS, 3ª, 4ª, de 26 de diciembre de 2007, cas. 634/2002).”.

Y, para el caso que nos ocupa, en el que la redacción del IEE corrió a cargo de un ingeniero técnico de obras públicas, debe traerse a colación la orden ministerial CIN/307/2009, de 9 de febrero, atribuye expresamente a los ingenieros técnicos de obras públicas competencias en materia de estructuras y edificaciones. Concretamente en el artículo 3 de la citada Orden se atribuye a los ingenieros técnicos de obras públicas las siguientes competencias: para proyectar, inspeccionar y dirigir obras, en su ámbito; para la realización de estudios de planificación territorial y de los aspectos medioambientales relacionados con las infraestructuras, en su ámbito; capacidad para el mantenimiento, conservación y explotación de infraestructuras, en su ámbito. Asimismo, en su artículo 5 la Orden les atribuye conocimientos sobre el proyecto, cálculo, construcción y mantenimiento de las obras de edificación en cuanto a la estructura, los acabados, las instalaciones y los equipos propios.

Por tanto, concluyendo, un correcto análisis de las concretas competencias del técnico redactor del IEE, en aplicación de la legislación examinada, hubiera requerido por parte del Ayuntamiento de Madrid una ponderación entre: (i) las competencias exigidas para la expedición de IEE; (ii) las competencias atribuidas a los ingenieros técnicos de



obras públicas por el ordenamiento jurídico; y (iii) la titulación, capacitación técnica y experiencia concretas del profesional actuante.

Sin embargo, tal como pone de relieve la parte recurrente-apelada, de un análisis de la resolución impugnada, no se observa la existencia de un estudio pormenorizado del informe presentado que pueda deducir la existencia de laguna técnica alguna en el concreto redactor del IEE.

Los principios de necesidad y de proporcionalidad, como señala la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 10 de septiembre de 2018 (rec. 17/2017), obligan a motivar y justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad - en este caso, para la realización de un IEE-, en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y que de haberse interpretado de acuerdo con los principios aludidos de necesidad y de proporcionalidad hubieran evitado la exclusión de otros técnicos competentes

La resolución administrativa impugnada aparece sustentada, sin embargo, en una hipotética reserva de actividad en favor de determinadas titulaciones (arquitectos, aparejadores, arquitectos técnicos, ingeniero de edificación) que, como hemos indicado, no resulta ser conforme con la literalidad del artículo 6.1 del Decreto 103/2016 de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, ni con una interpretación integradora de dicho precepto con las exigencias derivadas de la LGUM.

En consecuencia, de cuanto antecede se desprende la procedencia de desestimar el recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la parte dispositiva de la Sentencia apelada.”.

Razones las anteriores que nos conducen a la estimación del recurso de apelación que nos ocupa, la consiguiente revocación de la Sentencia apelada y demás pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la presente.

SEPTIMO.- Se está en el supuesto, conforme el artículo 139.1 de la LJCA, de que no se haga expresa condena de las costas causadas en la primera instancia, al apreciar la concurrencia de circunstancias que justifican su no imposición, como son la diversidad de criterios jurisdiccionales y ser esta la primera vez que la Sala afronta y da respuesta a la cuestión aquí controvertida. Igualmente, de conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.



VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, representado por la Procuradora D^a. María Concepción Villaescusa Sanz, contra la Sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 254/2018, debemos:

Primero: Revocar la Sentencia apelada.

Segundo: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el citado Colegio apelante contra la resolución dictada por el Director General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2018, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución 10 de octubre de 2017, en virtud de las cuales se establece que los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas no reúnen los criterios y requisitos de titulación académica para suscribir el Informe de Evaluación de Edificio presentado en relación con la finca situada en la Avda. de la Albufera nº 279, de Madrid; resoluciones impugnadas cuya nulidad declaramos por su disconformidad a Derecho.

Tercero: No hacer expresa condena en costas en ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá 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 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO