

Comentario a la Sentencia 1464/2021 de 13 de diciembre de 2021 (recurso de casación 4486/2019), dictada por la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sobre el “*Facultativo competente para emitir los certificados que acompañan a la solicitud de licencia de segunda ocupación en la Comunidad Valenciana*”.

Madrid, a 22 de diciembre de 2021

ANTECEDENTES

El procedimiento judicial ante la Audiencia Nacional fue instado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en procedimiento especial para la Unidad de Mercado ex art. 127 bis de la Ley de la Jurisdicción, contra el Decreto n.º 44/2016 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Orba (Alicante), de 11 de febrero de 2016, que desestimó la reclamación formulada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). En este procedimiento fue igualmente parte recurrente, a título particular, un Ingeniero Técnico Industrial de Alicante.

En dicho informe municipal se afirmaba que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de Edificación (LOE), el técnico firmante en la solicitud de licencia de segunda ocupación para una vivienda unifamiliar aislada, no reunía los requisitos legalmente establecidos al estar firmado por un ingeniero técnico industrial en vez de por un arquitecto o arquitecto técnico.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia de fecha 15 de abril de 2019 (procedimiento n.º 220/2016) que, estimando los recursos contenciosos interpuestos, rectificaba y anulaba la decisión del Ayuntamiento de Orba que consideraba contrario a derecho. El argumento de esta sentencia, recogiendo lo que hasta el momento ha

venido siendo doctrina jurisprudencial consolidada, argumenta que no puede admitirse un monopolio en favor de una titulación concreta o a una profesión determinada -en este caso en favor de arquitectos y arquitectos técnicos-, pues aplicando los principios de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado, las reservas de actividad en favor de una titulación o profesión deben justificarse por razones imperiosas de interés general (orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente) y deben aplicarse tomando en consideración el principio de necesidad y proporcionalidad, circunstancias que no concurren en el presente supuesto. Igualmente fundamenta su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las competencias de las profesiones tituladas, en la que se ha defendido la prevalencia del principio de «libertad de acceso con idoneidad» sobre el de exclusividad y monopolio competencial, destacando que la exigencia de idoneidad para el ejercicio de la función ha de ser puesta en relación con el desempeño de la actividad concreta.

Recurrida en casación la anterior resolución de la Audiencia Nacional por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, la Sentencia 1464/2021 de 13 de diciembre de 2021 (recurso de casación 4486/2019), dictada por la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, estima los recursos interpuestos por las citadas corporaciones.

Concretamente, señala en su FJ 3º, lo siguiente:

«La ley de Ordenación de la Edificación diferencia y distribuye las competencias profesionales en relación con los usos de los inmuebles (art. 2 en relación con los artículos 10, 12 y 13). De modo que reserva la elaboración de proyectos, la dirección de la obra y la dirección de la ejecución de la obra de los usos del grupo a), (en donde se incluye el uso residencial) a los arquitectos y arquitectos técnicos, excluyendo a los ingenieros técnicos. En cambio, cuando contempla estas mismas actividades referidas a otros usos (aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones, forestal;

industrial; naval [...] amplia el abanico de los profesionales llamados a realizarlas, «la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto» si bien especificando que «vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas». (...)

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

En el caso de los ingenieros industriales su especialidad hace referencia a las plantas industriales o construcciones y edificaciones, instalaciones en el ámbito de la ingeniería industrial (según establece el plan de estudios de esta especialidad en la Orden CIN/311/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial).

La misión básica del profesional que emite la certificación es comprobar el grado de cumplimiento de la normativa en vigor y su acomodación al proyecto de edificación, existiendo una evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la certificar que lo edificado se corresponde con lo proyectado (...)

CONSIDERACIONES

1. El procedimiento judicial se ha tramitado incumpliendo con el deber procesal de emplazar como parte interesada tanto al Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Industriales y Peritos Industriales de España, como al Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Alicante, a pesar de ostentar la condición de interesados con intereses legítimos, colectivos, que podían resultar (y de hecho lo son) afectados directamente por la resolución dictada (arts. 21.1, b) y 49 de la LJCA, y arts. 4.1 y 2 de la LPAC. Por la misma razón, tampoco ha podido ser parte en el procedimiento el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales, impidiéndole defender los legítimos intereses de su profesión, igualmente afectados por la sentencia que analizamos.
2. Como reconoce la Sentencia en su FJ 2º, el presente procedimiento se circunscribe única y exclusivamente a determinar si los Ingenieros Técnicos Industriales son técnicos competentes para emitir los certificados necesarios para obtener licencias de segunda ocupación de viviendas unifamiliares de uso residencial. Queda al margen de esta sentencia cualquier otra cuestión, como la relativa a la competencia de estos profesionales en materia de Informes de Inspección Técnica o Informes de Evaluación de Edificios.

Por tanto, toda la argumentación empleada por los recurrentes y por el mismo Auto de admisión del Tribunal Supremo referida a la emisión de Informes de Inspección Técnica o de Informes de Evaluación de Edificios se debe considerar errónea. Concretamente señala a este respecto la Sentencia en su FJ 2º que «no cabe confundir ambos tipos de actuaciones que tienen un contenido diferente», tachando tal error de «confusión».

Por este mismo motivo deben rechazarse las interesadas valoraciones que sobre esta sentencia se están publicando por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, puesto que en modo alguno puede afirmarse -por ser

incierto- que el Tribunal Supremo haya confirmado la reserva de actividad de los Arquitectos Técnicos y Arquitectos «para suscribir informes y certificados relativos a la seguridad, salubridad y habitabilidad de los edificios residenciales».

3. Además, como indica en el mismo encabezamiento del FJ 3º, la Sentencia centra la cuestión litigiosa a determinar quién es el «Facultativo competente para emitir los certificados que acompañan a la solicitud de licencia de segunda ocupación en la Comunidad Valenciana». Por tanto, la presente interpretación del Tribunal Supremo queda circunscrita al ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, sin que pueda extenderse a otras Comunidades Autónomas.

Ello es así, porque fuera de la 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), la regulación referida a la concesión de certificaciones que tienen por objeto acreditar las condiciones de habitabilidad de las viviendas, es una materia transferida a las administraciones de cada una de las Comunidades Autónomas, quienes en el ejercicio de su potestad legislativa pueden establecer los requisitos que consideren oportunos para la concesión de este tipo de certificaciones. Por este motivo, la Sentencia al analizar la figura del técnico facultativo competente en lo que respecta a las licencias de segunda ocupación interpreta lo que, a su juicio -entendemos que erróneamente-, es la intención del legislador autonómico, concretamente, en la Ley 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana.

De esta manera, sus conclusiones no pueden ser extrapolables con carácter general, como tampoco extenderse al ámbito nacional, pues cualquier interpretación judicial deberá realizarse teniendo en cuenta lo previsto en cada ordenamiento autonómico.

4. Esta sentencia tampoco tiene carácter vinculante para los tribunales inferiores, ni siquiera de la Comunidad Valenciana, pues no refleja el «criterio constante y uniforme que recae sobre casos idénticos o análogos» exigible para que se le reconozca valor de jurisprudencia complementaria al ordenamiento jurídico.

Muy al contrario, resulta absolutamente contradictoria con una consolidada doctrina jurisprudencial que garantiza el principio de «libertad con idoneidad» del profesional técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016, Rec. 177/2013; y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017, Rec. 2343/2015), pues cuando no existe una reserva legal, como es el caso, debe descartarse la vinculación de la reserva de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica, por suponer una evidente restricción que limita el acceso a dicha actividad.

Se da la paradójica circunstancia de que el año pasado esa misma Sala y Sección del Tribunal Supremo (Sentencia 860/2020 de 23 junio 2020, Rec. 1371/2019), desestimó el recurso de casación promovido por el Colegio de Arquitectos de Cataluña, el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y el Consejo de Colegios de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Cataluña, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2018, que anuló el art. 7.4 del Decreto 67/2005 de 5 mayo, de la Generalitat de Catalunya¹, por considerar que, en contra lo sostenido por los recurrentes, el mencionado precepto no encuentra amparo legal, ni en la normativa autonómica -que solo se refiere al informe de técnico competente sin reservar su emisión a un determinado colectivo-, ni en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación a la que se remite el artículo 7.4 del

¹ Decreto 67/2005 de 5 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, de la Generalitat de Catalunya

Decreto impugnado al interpretar que «la reserva legal establecida en dicha norma a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos afecta únicamente al proceso de construcción y edificación, pero no a la actividad de emisión de informes de evaluación técnica de los edificios de viviendas», razonamiento que resultaba plenamente aplicable igualmente a la cuestión que nos ocupa.

Por su parte, la Audiencia Nacional, desde la entrada en vigor de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, también se ha venido pronunciando de forma reiterada y contundente en el mismo sentido (entre otras muchas, SSAN de 10 de septiembre de 2018, recurso 16/2017; 24 de octubre de 2018, recurso nº 5/2017; 31 de octubre de 2018, recurso 5/2017; 28 de noviembre de 2018, recurso 757/2015; y 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016), resaltando la obligación, por parte de la autoridad competente, de atender al principio de necesidad y proporcionalidad a la hora de determinar la competencia de los profesionales. Los completos razonamientos y fundamentos de tales resoluciones dictadas a lo largo de estos años en coincidencia con la señalada jurisprudencia, constituyen un sólido cuerpo doctrinal que en modo alguno podemos entender superado por esta singular, única y extravagante interpretación judicial que comentamos.

E igualmente, de manera prácticamente unánime, se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia, citando, por todas, las SSTSJ de Madrid, de 10 de diciembre de 2020, recursos 446/2019, 493/2019 y 452/2020 22; y más recientemente, de 22 de febrero de 2021, recurso 600/2019.

Además, esta «novedosa» interpretación del Tribunal Supremo incompatible con lo previsto en los artículos 3, 5, 9 y 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, resulta contraria a la reiterada doctrina de la CNMC y de la SECUM que, a la hora de considerar los profesionales que son «técnicos competentes», señala que la interpretación de la normativa debe realizarse conforme al principio

de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (art. 5) incluyendo a todos los profesionales capacitados para ello, según sus conocimientos técnicos y experiencia y según las características intrínsecas del servicio de que se trate. Y que cualquier restricción debe estar motivada 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, y que sean proporcionados, lo que implica que exista nexo causal entre las razones de interés general que se pretenden proteger y las medidas adoptadas, y que no puedan garantizarse dichos intereses con medidas menos distorsionadoras de la actividad económica.

Lo anteriormente expuesto por nuestra jurisprudencia y órganos de defensa de la competencia está además en consonancia con la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), señalada en distintas sentencias, entre otras, en las SSTJUE 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) 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09) y 21 de febrero de 2013 (asunto C-111/12).

Por todo lo anterior, resulta destacable en el presente análisis, que la Sentencia no haya motivado ni explicado las razones que para el Tribunal Supremo aconsejan abandonar y modificar la anterior línea jurisprudencial; exigencia de motivación que, como garantía de interdicción de la arbitrariedad, en modo alguno consta se haya efectuado ni siquiera en su más mínima expresión. Esta ausencia de motivación vulnera el derecho a un proceso equitativo, al no respetar los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (arts. 24 CE y 6 del CEDH)

5. Pero, además, esta interpretación judicial supone una auténtica involución, en cuanto enlaza el juicio de idoneidad acerca del facultativo competente a su respectivo ámbito de especialidad. Volver a limitar y segmentar el acceso a la actividad profesional otorgando prevalencia a los principios de exclusividad y monopolio

competencial sobre el principio de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional supone no solo la vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, sino que también resulta contraria a la efectiva implantación en nuestro país de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein).