



Roj: **SAN 1058/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1058**

Id Cendoj: **28079230062021100104**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/02/2021**

Nº de Recurso: **344/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000344 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03941/2016

Demandante: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: AYUNTAMIENTO DE MUTXAMEL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **344/2016** interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** contra la resolución de 24 de mayo de 2016 del Ayuntamiento de Mutxamel, Decreto TAC/2016/796.

Ha comparecido como demandada la representación legal del Ayuntamiento de Mutxamel.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso con anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- En calidad de demandada, ha comparecido el Ayuntamiento de Mutxamel, representado por su Letrado, quien tras contestar la demanda ha solicitado su desestimación.

CUARTO.- Tras el trámite de conclusiones, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 3 de febrero de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso, se impugna por el abogado del Estado, en representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), la resolución de 24 de mayo de 2016 del Ayuntamiento de Mutxamel, Decreto TAC/2016/796, por la que se desestima la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con la anterior del Ayuntamiento de 18 de abril de 2016, Decreto ATAC/2016/597, por la que se deniega una licencia municipal de ocupación para edificación existente, licencia de segunda ocupación.

El presente recurso se ha formulado al amparo de lo establecido en el artículo 27 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE de 10 de diciembre, y en los sucesivos LGUM) y el artículo 127 bis de la 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio).

En el Decreto ATAC/2016/597, se denegaba la licencia municipal de segunda ocupación para una edificación ya existente, que fue solicitada por un ingeniero industrial. La razón de la denegación fue la reserva competencial favorable a las categorías profesionales de arquitecto y arquitecto técnico.

Llegó a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la reclamación presentada por el ingeniero industrial, al amparo del artículo 26 de la LGUM. El interesado no compartía la reserva competencial favorable a las categorías profesionales de arquitecto y arquitecto técnico declarada por el Ayuntamiento, que consideraba contraria a los principios contenidos en los artículos 3 a 9 de la Ley.

En el Informe SECUM nº 26/1642 de 26 de mayo de 2016, se reprodujeron las conclusiones de otro anterior nº 26/1421 de 6 de noviembre de 2014, en el que se concluyó que «[l]a reserva de actividad de firma de certificados de habitabilidad en segunda ocupación, debe realizarse de forma necesaria y proporcionada conforme a la LGUM incluyendo a todos aquellos profesionales capacitados para la elaboración y la firma de los mismos [...]». En este caso, la falta de justificación hacía que el Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016 dictado por el Ayuntamiento de Mutxamel, se considerase contrario al artículo 5 LGUM.

El objeto del presente recurso se limita a determinar si es contrario a la LGUM que el Ayuntamiento restrinja y limite la concesión de la licencia de segunda ocupación a que esté suscrita por arquitecto o arquitecto técnico.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado comienza su escrito de demanda con una extensa valoración de la razón de ser y los motivos que han inspirado la LGUM. Acto seguido, afirma que La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), prevé en su artículo 10.2 que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la construcción de edificios para uso residencial (viviendas), el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo. La citada disposición se refiere a la construcción de edificios residenciales de nueva planta pero no contiene regulación alguna sobre la competencia profesional necesaria para acreditar la habitabilidad de viviendas ya construidas, las de segundo uso.

Lleva a cabo un análisis del régimen jurídico autonómico. Parte de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat Valenciana Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje y la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana de Calidad de la Edificación. El artículo 34 de la Ley 3/2004 habla de certificado expedido por «facultativo competente», sin indicar qué titulación o calificación profesional resulta exigible.

Tampoco lo aclara el artículo 3.2.e) del Decreto núm. 161/1989 de 30 de octubre que la desarrolla, ya que para las viviendas de segunda ocupación y sucesivas exige «[...] certificación expedida por técnico competente, visada por el respectivo Colegio Profesional o, en su caso, por técnico de la Administración Municipal competente, que acredite que la vivienda cumple la normativa técnica de habitabilidad de la Generalitat Valenciana aplicable, y que no se trata de una edificación de nueva planta, con especificación de la clase de

suelo en que la vivienda se ubica [...]». Sin embargo, para las edificaciones de nueva planta y primera ocupación, el artículo 3.1.b) del Decreto 161/1989 sí exige certificación expedida por profesionales de la arquitectura «Arquitecto Superior y Técnico, Directores de la obra».

Los artículos 180 y 222 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, también se refieren a «técnico competente» sin especificar cuál, al hablar de los profesionales competentes para suscribir informes de evaluación de edificaciones y proyectos de reforma y de obra menor en edificios existentes.

Por otro lado, el artículo 22 del Decreto nº 151/2009, de 2 de octubre, que aprueba las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, prevé que los organismos de certificación administrativa en materia de calidad de la edificación cuenten con «[p]ersonal cualificado, con titulación de arquitecto, ingeniero, arquitecto técnico, ingeniero técnico o equivalente, válida para el ejercicio de estas profesiones en territorio español, con experiencia profesional en materia de edificación debidamente acreditada, dentro de los cinco años anteriores a la de solicitud de habilitación [...]».

Por último, la Ley 5/2014, respecto del cuerpo superior de técnicos en análisis, gestión y ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, establece como requisito académico para acceder a dicho cuerpo, tener el título universitario de licenciatura, ingeniería, arquitectura o equivalente, o bien título universitario oficial de grado más título oficial de máster universitario que, de acuerdo con los planes de estudio vigentes, habiliten para ejercer las actividades de carácter profesional relacionadas con las funciones asignadas a los puestos.

El Ayuntamiento de Mutxamel se opone a la estimación del recurso y, en síntesis, se remite a las razones expuestas en los Decretos impugnados y la contestación que dio a la SECUM, incidiendo en que siguió el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad, que recomienda que la solicitud de licencia la presente un arquitecto o arquitecto técnico.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen de los motivos que han dado lugar a la iniciativa impugnatoria de la CNMC, no está de más que nos detengamos en las razones y principios destacados por la doctrina, que han inspirado el texto legal en el que se sustenta este especial recurso.

El principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución, que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas, y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. En estos términos se inicia el Preámbulo de la propia Ley (apartado I, párrafo primero, del referido Preámbulo y art. 1), con inmediata referencia a otro de los pilares básicos residenciado en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución.

La STC 1/1982 ya decía que «[E]ste marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo (...) principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional [...]».

El principio de unidad, que no de uniformidad, constituye una exigencia para que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, que ha de compatibilizarse, por tanto, con las competencias que en cada caso corresponden al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, algo que se quiere articular en torno a la confianza mutua entre las diversas autoridades con competencias en la materia, como forma de dar eficacia a las actuaciones administrativas realizadas por una Administración en todo el territorio nacional.

En esta línea, la LGUM, que no es más que la expresión local de las libertades comunitarias en general y más concretamente de la Directiva de Servicios 2006/123/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, transpuesta por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificada por la disposición final segunda de la LGUM.

Para garantizar la unidad de mercado se establecen una serie de principios que permitan asegurar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. Identifica la Ley como tales el de no discriminación, (artículo 3); el de cooperación y confianza mutua, (artículo 4); el de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (artículo 5); el de eficacia de las mismas que se tomen en todo el territorio nacional (artículo 6); el de simplificación de cargas (artículo 7); y el de transparencia (artículo 8). Todos están especialmente dirigidos a las Administraciones públicas con facultades de actuación.

Por ello, las limitaciones o restricciones solo se podrán imponer dentro de los contornos de la propia Ley, de la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales (artículo 16).

En todo caso, el establecimiento de los límites o requisitos de acceso o ejercicio de una actividad económica están sometidos al principio general de necesidad y proporcionalidad (artículo 5), y que tendrán que estar motivados en salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en la Ley y 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 (BOE 24 de noviembre). En este precepto, en relación con el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, están recogidas las siguientes restricciones de interés general: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de la 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.

En los artículos 17 y 18 de la LGUM se plasman los condicionantes que la libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica suponen en el régimen de autorización. Por ello es necesario que la autorización se establezca por Ley, que se tengan en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad, la necesaria motivación de que esa actividad sea sometida al régimen de autorización. Solo en el caso de que la autorización venga exigida por una norma de la Unión Europea o por un tratado internacional, podrá llevarse a cabo por una norma de rango inferior a la Ley.

CUARTO.- Los términos en los que se plantea el recurso nos obligan a recordar lo que hemos dicho en un supuesto análogo respecto de la cualificación profesional del informe de Inspección Técnica de edificios residenciales, emitidos por ingenieros industriales, sentencia de 15 de abril de 2019, recurso 220/2016.

No existen razones, ni se nos invocan motivos para que ahora nos apartemos de lo que ya dijimos, por lo que debemos mantener el criterio y decisión que en su día tomamos por respeto al principio de unidad de doctrina, expresión jurisdiccional del de seguridad jurídica.

Dijimos en aquella ocasión tras el análisis de la STC 143/2017, sobre la Ley 8/2013 de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas que « [e]l establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional y no discriminatorio.

La necesidad implica que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente. La proporcionalidad implica que el régimen restrictivo sea el medio más adecuado para garantizar el objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. La no discriminación exige que el régimen restrictivo no discrimine directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o del lugar de ubicación del domicilio social.

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

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

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

SEXTO: Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento de (...) debería haber razonado la concurrencia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en entonces aplicable artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, precepto al que remite el artículo 5 LGUM.

Con independencia de que el Ayuntamiento no invoca razón alguna que justifique la restricción a los ingenieros industriales para la elaboración de los ITES y aunque se entendiera que pudiera concurrir alguna razón imperiosa de interés general que la amparase ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere la determinación del técnico competente en función del proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión sin atribuciones generales a titulaciones específicas.

Es decir, la competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate. Por esa razón, es necesaria la revisión de la reserva de la actividad de emisión de Informes de Evaluación de Edificios conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5 de la LGUM.

Ello imponía no vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, como hace la resolución recurrida, con remisión al dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana ya mencionado.

Lo cierto es que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, rec.578/2014 y 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012 que se citan no analizaron a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9 .

Es más, en la sentencia de 22 de diciembre de 2016, rec. 177/2013 al enjuiciar el Tribunal Supremo la legalidad del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, para la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados técnicos (en ese caso, de eficiencia energética) afirma que deberá tenerse en cuenta "la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación", sin reconocer la exclusividad de expedición de dichos certificados a favor de una titulación técnica en concreto.

Por tanto, esa reserva de actividad que supuestamente atribuye la LOE en éste ámbito a arquitectos y arquitectos técnicos no es tal pues los ITEs no tienen la naturaleza de proyectos de obras ni de dirección de obras, ni de dirección de ejecución de obras y una cosa es la exigencia de la titulación necesaria para realizar un proyecto de edificación o dirección de obra de un edificio según su uso como distingue la LOE y otra que esa misma titulación sea la requerida para realizar el informe técnico del estado de un edificio ya construido, como se indicaba en el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM).

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

Entendemos por ello, que no se justifican las razones invocadas por el Ayuntamiento pues no se advierte la existencia de una reserva legal a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en la LOE para redactar los ITES y paralelamente, tampoco ha acreditado el Ayuntamiento de Bilbao, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente que justificasen tal reserva de actividad a aquellas titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión. Criterio idéntico al que seguimos en la sentencia de 10 de septiembre de 2018, rec. 16/2017 .

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

QUINTO.- La sentencia a la que nos remitimos nos lleva a la desestimación del presente recurso, puesto que la restricción o limitación de habilitación de profesión para la concesión de la licencia de segunda ocupación solo a arquitectos o arquitectos técnicos no está justificada.

No se explican razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública, o de protección del medio ambiente que podrían haber justificado la restrictiva interpretación que hace respecto de los profesionales habilitados para solicitar la licencia de segunda ocupación. Esta carencia de motivación suficiente está lejos de justificar la proporcionalidad y razonabilidad que requiere la interpretación de este régimen restrictivo.

Tampoco la interpretación del Ayuntamiento tiene amparo o cobertura en la legislación autonómica que, como acertadamente apunta el abogado del Estado en su demanda, no restringen la habilitación profesional a la de los arquitectos o arquitectos técnicos en la solicitud licencias para segunda ocupación.

Por otro lado, el dictamen del órgano consultivo de la Comunidad que invoca el Ayuntamiento, carece de efectos vinculantes. Los razonamientos de ese dictamen se limitan a hacer una recomendación que podría haber sido aplicada, si el Ayuntamiento hubiera justificado o motivado las circunstancias concretas porque las que hizo esta aplicación restrictiva y excluyente en la determinación de la habilitación profesional en los términos que hemos indicado.

SEXTO.- De lo dicho se desprende que el presente recurso debe ser estimado con expresa condena en costas al Ayuntamiento demandado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **Abogacía del Estado** contra el Decreto TAC/2016/796, de 24 de mayo de 2016 del Ayuntamiento de Mutxamel, por la que se desestimaba la reclamación formulada por la CNMC, en relación con el Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016, por el que se denegaba una licencia municipal de segunda ocupación; anulando ambas resoluciones por no ser ajustadas a derecho, con expresa condena en costas al Ayuntamiento.

La presente sentencia 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 de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.