



Roj: STS 6749/2012
Id Cendoj: 28079130032012100480
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 271/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/271/2.011, interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE PERITOS E INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES, representado por el Procurador D. Isacio Calleja García, contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS TÉCNICOS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Arturo Molina Santiago, y el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 5 de mayo de 2.011 la representación procesal de la entidad demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 1 de abril de 2.011. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de fecha 10 de mayo de 2.011.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, y en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se declare la nulidad del artículo 8.2.a), del artículo 9.1 y del artículo 10.1 y 10.2, en cuanto atribuyen en exclusiva a los ingenieros de telecomunicación e ingenieros técnicos de telecomunicación la facultad de formular y firmar los proyectos y direcciones de obra de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, declarando en su lugar que dichos proyectos o direcciones de obras pueden ser formulados, firmados y realizados por ingenieros técnicos industriales, o, en su defecto, se declare la competencia exclusiva de los ingenieros de telecomunicación y los ingenieros técnicos de telecomunicación se refiere sola y exclusivamente a los proyectos y direcciones de obras en las obras de construcción de edificios de nueva planta o de rehabilitación integral de edificios; pide además que se declare la nulidad de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 9 o, en su defecto, se declare que las funciones de verificación aludidas en dichos preceptos pueden ser realizadas por los colegios profesionales competentes. Mediante otrosí solicita que se acuerde la realización del trámite de conclusiones.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, habiendo cumplimentado dicho trámite la representación del Colegio de Ingenieros de Telecomunicación, quien suplica en su escrito que se dicte sentencia en la que, desestimando la demanda, se declare ser conforme a derecho el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, y concretamente los artículos impugnados de contrario. Mediante otrosí expresa que debe estimarse la cuantía del recurso como indeterminada.

Asimismo ha procedido la representación procesal del Colegio de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación a contestar la demanda, suplicando en su escrito que se dicte sentencia desestimatoria de la misma. Por otrosí manifiesta que la cuantía del recurso debe ser considerada como indeterminada.

CUARTO .- En decreto de 13 de diciembre de 2.011 el Secretario Judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada y ha ordenado la realización del trámite de conclusiones, concediéndose para ello a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, habiendo presentado todas ellas escrito de conclusiones. A continuación se han declarado conclusas las actuaciones por resolución de 23 de enero de 2.012.

QUINTO .- Por providencia de fecha 17 de mayo de 2.012 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 2 de octubre de 2.012, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto del recurso.

El Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales impugna el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

La parte actora propugna la nulidad de los preceptos del Real Decreto impugnado (arts. 8.2.a), 9.1 y 10.1 y 2) que establecen una atribución exclusiva a los ingenieros de telecomunicaciones de la competencia profesional para elaborar y dirigir los proyectos de infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) para edificios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 -según la redacción dada al mismo por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo-. La recurrente entiende que dicha atribución competencial exclusiva ha quedado derogada por la Directiva de Servicios (2006/123/CE, de 12 de junio de 2.006) y la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009, de 23 de noviembre).

Subsidiariamente, la institución recurrente solicita la declaración de nulidad de dichos preceptos en tanto que proyectan dicha exclusividad competencial sobre toda clase de proyectos, rebasando el alcance de la regulación establecida en el citado Real Decreto-ley 1/1998. En este sentido, pide que se declare que la competencia exclusiva de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones se refiere exclusivamente a los proyectos y direcciones de obras en obras de construcción de edificios de nueva planta o de rehabilitación integral de edificios.

La recurrente pretende también la nulidad de la intervención prevista por la disposición recurrida de las entidades de verificación (arts. 9.3, 4 y 5). Subsidiariamente, solicita que, en caso de considerarse válida dicha intervención, pueda ser llevada a cabo por los Colegios Profesionales.

SEGUNDO .- Sobre la atribución profesional de los proyectos de ICT.

Entiende la entidad actora que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2.006, posterior a la Ley 10/2005 y a la modificación que ésta introdujo en el Real Decreto-ley 1/1998, establece que los requisitos sobre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios deben estar justificados en una razón imperiosa de interés general y respetar el principio de proporcionalidad: que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persigan y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo ni puedan ser sustituidos por otras medidas menos restrictivas (artículos 15.3 y 16.1). Todo ello queda reflejado en la Ley 17/2009 , que traspone la citada Directiva.

Pues bien, según la recurrente, la disposición derogatoria, apartado 2, de la Ley 17/2009 estipula que las disposiciones vigentes que resulten incompatibles con los capítulos y preceptos que se señalan en ella "mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas

el 27 de diciembre de 2.009". Y entiende, en consecuencia, que el artículo 3.1 del Real Decreto 1/1998 redactado por la citada Ley 10/2005, ha sido derogado por la Ley 17/2009; en su opinión, dicho precepto resulta incompatible con las previsiones de la Ley que restringen las limitaciones al libre establecimiento y ejercicio de las actividades de prestación de servicios a las previstas por la propia Ley (art. 4.1) y que someten a los requisitos para el libre acceso y ejercicio de la prestación de servicios a que resulten necesarios por razones imperiosas de interés general y a la proporcionalidad respecto a dichas razones (art. 9.2); previsiones reiteradas en los artículos 11.2 y 12.3 de la referida Ley 17/2009.

Concluye la parte recurrente que la atribución exclusiva a los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones de la facultad profesional de formular los proyectos y dirigir las obras de ICT no se justifican por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente, como tampoco por "razones imperiosas de interés general", cuando según ha reiterado esta Sala los ingenieros e ingenieros técnicos industriales están científica y técnicamente capacitados para llevar a cabo tales actividades. La parte expone también a este respecto la regulación sobre las facultades de estos profesionales.

El Abogado del Estado considera que la primera pretensión debe ser desestimada habida cuenta que tanto la Directiva de Servicios como la Ley española que la transpone, la 17/2009, de 23 de noviembre, permiten la reserva de una actividad a una determinada profesión. En cuanto a la extensión de la reserva competencial a favor de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones, el representante de la Administración afirma que el Real Decreto se refiere sólo a las obras nuevas. Finalmente, en cuanto a la intervención de las entidades de verificación, sostiene que su intervención no es obligatoria.

Las restantes partes codemandadas instan asimismo la desestimación de la demanda.

TERCERO .- Sobre la vigencia del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 .

La Ley 10/2005, de 14 de junio, en su artículo 5, punto dos, modificó el apartado 1 del artículo 3 del referido Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, dándole la siguiente redacción:

"1. A partir de la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, no se concederá autorización para la construcción o rehabilitación integral de ningún edificio de los referidos en el artículo 2, si al correspondiente proyecto arquitectónico no se une el que prevea la instalación de una infraestructura común propia, que deberá ser firmado por un ingeniero de telecomunicación o un ingeniero técnico de telecomunicación. Estos profesionales serán, asimismo, los que certifiquen la obra. Esta infraestructura deberá reunir las condiciones técnicas adecuadas para cumplir, al menos, las funciones indicadas en el artículo 1.2 de este Real Decreto -ley, sin perjuicio de los que se determine en las normas que, en cada momento, se dicten en su desarrollo."

Pues bien, lo que se sostiene en el presente recurso como pretensión principal es que el referido texto reformado del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 ha quedado derogado por la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009, en la medida en que supedita el ejercicio de una actividad de servicios a un requisito, la exigencia de la concreta titulación de ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones, que no resultaría compatible con los preceptos antes mencionados de ambas disposiciones.

Tiene razón la entidad recurrente y debemos estimar esta pretensión. En primer lugar, conviene recordar la doctrina sentada por esta Sala sobre la concurrencia competencial en relación específica con la materia que nos ocupa y la capacidad técnica de otros ingenieros e ingenieros técnicos en materia de telecomunicaciones, que resumíamos en la Sentencia de 22 de enero de 2.004 (recurso de casación en interés de ley 53/2.002):

"[...] En efecto, la noción de "técnico titulado competente en materia de telecomunicaciones" que empleaban aquellas disposiciones (el Real Decreto 279/1999 y la Orden de 26 de octubre de 1999, mediante los preceptos antes transcritos) no se limita -aunque, obviamente, los comprende- a los Ingenieros, superiores o técnicos, "de" Telecomunicación. En "materia de" telecomunicaciones pueden ostentar determinadas competencias otros técnicos distintos de dichos ingenieros y habrá que estar a su régimen normativo correspondiente para determinar si efectivamente las tenían y si, en virtud de dichas competencias, estaban habilitados o no para realizar uno u otros tipo de proyectos.

La "materia" de telecomunicaciones es muy amplia y, dada la creciente extensión de las comunicaciones a distancia a todos los órdenes de la actividad humana, cada vez abarca más facetas de ésta. En concreto, la actividad industrial estaba y está de manera necesaria muy vinculada a las telecomunicaciones, pues las instalaciones industriales necesariamente han de contar con las infraestructuras (canalizaciones, circuitos,

redes y otros componentes) a veces muy complejas que permiten el funcionamiento y la transmisión de las señales, internas o externas, generadas a partir de los sistemas de telecomunicación. En el plano conceptual son distinguibles los sistemas de telecomunicación en cuanto tales, por un lado, y las infraestructuras precisas en el interior de un determinado inmueble (sea destinado a la vivienda humana o a instalación industrial) para propiciar el acceso a los servicios de telecomunicación, por otro.

En el caso específico de los ingenieros industriales, el Abogado del Estado no llega a negar que su régimen normativo específico (se refiere al Decreto de Ministerio de Instrucción Pública de 18 de septiembre de 1935) les atribuya determinadas capacidades de orden general para actuar en materia de "*comunicaciones a distancia y, en general, cuanto comprende al campo de la telecomunicación, incluidas las aplicaciones e industrias acústicas ópticas y radioeléctricas*". Reconocimiento que no era incompatible con la existencia, en aquellas mismas fechas de las competencias propias de los Ingenieros de Telecomunicaciones.

Siendo ello así, esto es, admitida oficialmente la competencia genérica de los ingenieros industriales para intervenir en proyectos relativos a la "materia de telecomunicaciones", también puede considerárseles en principio "técnicos titulados competentes en materia de telecomunicaciones", por emplear la dicción de la Orden y del Real Decreto, y, a la vista del contenido de ambas disposiciones reglamentarias, habilitados legalmente para realizar los proyectos técnicos que una y otro regulan.

Si esta idoneidad de principio se traduce o no, en cada supuesto, en capacidad profesional suficiente para redactar un determinado proyecto singular, será cuestión a decidir en función de otros factores y, eventualmente, en el seno de cada eventual litigio, pero ello en nada empece a la admisión del criterio general (los ingenieros industriales pueden ostentar determinadas competencias "en materia de telecomunicaciones") y, en todo caso, desborda el marco limitado de un recurso de casación en interés de Ley cuyo designio es establecer para el futuro unas pautas generales y no tanto resolver un litigio concreto respecto del cual la situación jurídica individualizada que haya derivado de la sentencia recurrida es ya inalterable (artículo 100.7 de la Ley Jurisdiccional).

En esta misma línea, ningún obstáculo normativo había para que la idoneidad de principio de los ingenieros industriales se pudiera concretar respecto de las infraestructuras comunes de los edificios que son objeto de debate. Sin prejuzgar ahora la validez de la opción finalmente acogida por el titular de la potestad reglamentaria en la nueva regulación de 2003, es cierto que se trata de infraestructuras cuyo nivel de complejidad no es, cuando menos, superior al propio de las existentes en el interior algunas de las instalaciones industriales que aquéllos están capacitados para proyectar.

En la sentencia impugnada se destaca, con acierto, cómo las disposiciones reglamentarias vigentes antes de la publicación del Real Decreto 401/2003 se habían preocupado de no limitar, en los términos que después haría este Real Decreto, el elenco de titulados competentes para acometer este tipo de proyectos.

En la misma sentencia, y aun cuando fuera referido no ya a la fase de proyecto sino a la de instalación (y en este punto ha de reconocerse que la perspectiva es aún más abierta), se destacaba que la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1999 "[...] contempla la posibilidad concurrente de diversas titulaciones en orden a realizar las funciones de instalación estableciendo 'ad exemplum' quiénes han de ser considerados sin ningún género de dudas como instaladores en función de su titulación. [...] La Orden deja abierta otras posibilidades [...]".

Sin necesidad de acudir a este argumento adicional sobre la fase ejecutiva del proyecto, esto es, reduciendo el ámbito del pronunciamiento a lo que era propiamente objeto de litigio -la capacidad misma para proyectar-, la conclusión que se obtiene del análisis de las normas aplicables no puede ser favorable a la tesis que propugna el Abogado del Estado." (fundamento de derecho séptimo *in fine*)

Por otra parte, en la Sentencia de 22 de enero de 2.004 (recurso de casación 3.037/2.001) declaramos:

" **OCTAVO.-** Procede declarar la nulidad de la Instrucción de la Secretaría General de Comunicaciones de 12 de enero de 2000, relativa al personal facultativo competente en materia de telecomunicaciones para la elaboración de los proyectos de infraestructuras comunes de telecomunicación en edificios que precisa el contenido de los artículos 8 y 9 del Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero , que establecen que el correspondiente proyecto técnico y el certificado deberán estar firmados por un Técnico titulado competente, y lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Orden de 26 de octubre de 1999, que lo desarrolla, que concreta que este Técnico titulado debe ser un Ingeniero o un Ingeniero Técnico competente en materia de telecomunicaciones, porque al prescribir que, en razón de las características técnicas de los proyectos de infraestructuras en materia de telecomunicaciones su elaboración esté estructuralmente vinculada a las funciones encomendadas a la especialidad de los Ingenieros de Telecomunicaciones, sin perjuicio de las

competencias que, de una forma general, puedan tener otras titulaciones en materia de telecomunicación, restringe la capacidad profesional de Ingenieros titulados en otras especialidades igualmente hábiles vulnerando el principio de jerarquía normativa en los términos referidos en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia. [...]" (fundamento de derecho octavo)

Y, en la Sentencia de 15 de febrero de 2.005 (recurso ordinario 89/2.003) hemos dicho:

"[...] Por otra parte, en ningún caso se ha acreditado ante esta Sala la incompetencia técnica de los ingenieros industriales para el ejercicio de la competencia controvertida. Aunque tal circunstancia, en puridad, tampoco afecta a la existencia de la reserva de ley, sin duda hubiera podido esgrimirse como una circunstancia que privase de relevancia a la regulación reglamentaria, puesto que podría entenderse que ésta se había limitado a constatar una mera situación de competencia técnica y sostener por tanto que el ejercicio de las atribuciones controvertidas se atribuía a la única titulación técnicamente competente. Ante dicha situación, difícilmente hubiera podido considerarse la intervención reglamentaria del Real Decreto y Orden impugnados como una intervención relevante en el ejercicio de las profesiones afectadas. Pero la actividad probatoria encaminada a acreditar la complejidad y carácter técnico de las instalaciones afectadas no implica la prueba de que los ingenieros industriales carezcan de dichos conocimientos.

Siendo así, por tanto, que, de acuerdo con la regulación vigente de sus competencias, también los ingenieros industriales están legalmente capacitados para el ejercicio de dicha competencia y que sus estudios les otorgan capacidad técnica para ello, el corolario inexcusable es que sólo el legislador puede, en virtud de la reserva reglamentaria sancionada en el artículo 36 de la Constitución, intervenir en el ejercicio de las profesiones de los ingenieros industriales y de telecomunicaciones para asignar a éstos en exclusiva unas atribuciones que hasta el momento, podían ejercer ambos titulados." (fundamento de derecho octavo)

Finalmente, en relación con la concurrencia competencial entre titulaciones y en la misma Sentencia de 15 de febrero de 2.005 (recurso ordinario 89/2.003) hemos afirmado:

"[...] Por otra parte, la concurrencia competencial entre diversas titulaciones respecto a una misma actividad profesional es conforme al principio sentado por nuestra jurisprudencia de que la mayor especialización de una determinada profesión no es una razón que por sí misma determine la necesaria restricción de una determinada competencia a la profesión titulada más especializada (Sentencias de 1 de abril de 1.985 -RJ 1985\1791 - y de 19 de diciembre de 1.996 -apelación 5.934/1.991 -). Ha de ser la regulación positiva -tras 1.978, necesariamente proveniente del legislador parlamentario- la que determine dichas atribuciones exclusivas (salvo, posiblemente, el supuesto de una manifiesta exclusividad técnica a favor de una determinada profesión). Así, por ejemplo, la exclusividad de los ingenieros de caminos para determinados proyectos, en detrimento de los ingenieros industriales, la ha basado este Tribunal en la previsión del Decreto de 23 de noviembre de 1.956 -que por su fecha no estaba impedido por ninguna reserva constitucional de ley-, sin perjuicio de resaltarse su mayor competencia técnica en la materia (Sentencia de 25 de enero de 1.999 -apelación 1.115/1.991 -, con expresión de abundante jurisprudencia previa).

En conclusión, en defecto de restricción legislativa o de exclusiva capacitación técnica en beneficio de una sola profesión, rige el principio de la concurrencia competencial para el ejercicio de una determinada atribución entre las profesiones que están habilitadas para ello en su normativa específica. Criterio que es a su vez el más conforme con el principio general de libertad puesto de relieve a este respecto por la jurisprudencia constitucional." (fundamento de derecho noveno)

Sentada pues la capacitación técnica de los ingenieros industriales en materia de telecomunicaciones -a salvo de que pudiera acreditarse lo contrario en algún supuesto concreto-, así como el principio de concurrencia competencial, debemos determinar si la limitación que supone restringir la actividad de que se trata a otras titulaciones queda cubierta por la excepción contemplada en el artículo 13.2.c) de la Ley - que traspone la establecida en el artículo 17.6) de la Directiva de Servicios -, en el sentido de que pudiera considerarse que la elaboración de un proyecto técnico de ICT constituye, por virtud de la disposición impugnada, una actividad legítimamente reservada por el Estado español a una profesión -la de ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones-.

Debe rechazarse esta posibilidad. Por un lado no parece plausible entender que una labor profesional tan concreta y limitada como la elaboración de un proyecto técnico para las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios pueda calificarse como una "actividad" en el sentido del citado precepto de la Ley. Cuando la Directiva primero y la Ley interna después hablan de reservar una actividad a una profesión ha de entenderse que, en principio y a salvo de cualquier excepción, ambas normas se refieren a una actividad genérica. Lo contrario supondría admitir que pudieran establecerse todo tipo de excepciones casuistas y

concretas que hiciesen ineficaz la garantía de la libertad de prestación de servicios, al abrirse la posibilidad de que cualquier actividad de servicios pudiera tener múltiples excepciones reservadas a determinados profesionales. En todo caso, cualquier excepción tan concreta y delimitada como la que constituye el objeto de este litigio, deberá estar expresamente justificada por razones que superasen las restricciones a la libertad de ejercicio garantizada por las citadas Directiva de Servicios y Ley 17/2009.

Sin embargo, dicha limitación no sólo no se justifica por la disposición impugnada -ni, en su momento, por la Ley 10/2005- sino que un examen de la misma muestra que no supera los criterios contemplados tanto en la Directiva como en la Ley citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse a libre ejercicio de una actividad de servicios. En efecto, en cuanto al fundamento, no puede entenderse que la exigencia de la intervención de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley 17/2009) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-.

En términos más concretos, el artículo 12.3 de la propia Ley admite que el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial "por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente", además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

Pues bien, no parece que pueda esgrimirse ninguna razón de tal naturaleza para la elaboración de un proyecto técnico sobre las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios. A este respecto podemos afirmar lo mismo que hemos declarado en otro asunto resuelto recientemente en relación con el requisito, también contemplado por el propio Real Decreto aquí impugnado, consistente en la necesidad de una verificación externa obligatoria del mismo proyecto que examinamos, exigencia que hemos anulado en tanto que requisito obligatorio (Sentencia de 9 de octubre 2.012, RCA 1/313/2.011). En dicha Sentencia hemos dicho al respecto:

" **QUINTO** .- Sobre la legalidad de la exigencia de verificación.

La cuestión a dilucidar es pues, si tal exigencia resulta compatible con las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Directiva 2006/123/CE.

La parte recurrente centra su argumentación en las previsiones contenidas por la citada Directiva. Esta regula en el capítulo III la libertad de establecimiento de los prestadores (arts. 9 a 15) y en el IV, la libre circulación de servicios, versando su primera sección sobre la libre prestación de servicios y las posibles excepciones (arts. 16 a 18); en ambos capítulos hay prescripciones sobre la libertad del ejercicio de la prestación de servicios, sobre la que trata la presente litis.

De toda esa regulación resulta pertinente recordar que el artículo 16, que se refiere específicamente a la libre prestación de servicios, impone estrictas limitaciones a cualquier condicionamiento al acceso o desarrollo de cualquier actividad de servicios. Así, el precepto excluye que se pueda condicionar el acceso o el ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (apartado 1), así como también prohíbe otros requisitos enumerados en el apartado 2, entre los que se encuentran la colegiación obligatoria "salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario". Finalmente, el precepto admite en todo caso (apartado 3) que los Estados miembros impongan requisitos "que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1".

A su vez el artículo 17 exceptúa de las garantías establecidas en el precepto anterior a determinados servicios y materias, entre las que se incluyen (apartado 6) aquéllas "a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE , incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión"; la citada Directiva, que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, trata en su título II precisamente de la libre prestación de servicios.

Debe tenerse presente, por consiguiente, que según las previsiones anteriores implican el derecho comunitario impone severos criterios para limitar el libre ejercicio de una actividad de prestación de servicios, pero sin embargo admite que se reserve el ejercicio de una determinada actividad a una profesión, como de hecho sucede con la actuación ante los tribunales a los abogados, necesariamente titulados en derecho - aunque en este caso el derecho europeo ha previsto y regulado de forma expresa la excepción mediante la Directiva 77/249/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1.977-.

En cualquier caso, aunque la parte aduce en defensa de su pretensión tanto la Directiva como la referida Ley 17/2009, siendo ésta la transposición de aquélla al derecho interno, es la Ley nacional la que ostenta la prioridad a la hora de valorar la legalidad del Real Decreto impugnado, sin menoscabo del valor interpretativo de la Directiva. En cualquier caso la Ley 17/2009 traspone de manera muy fidedigna las previsiones de la Directiva y trata de asegurar el libre ejercicio de las actividades de servicios remuneradas, restringiendo severamente la posibilidad de condicionar dicho ejercicio mediante requisitos o limitaciones de cualquier tipo. A los efectos de valorar la legalidad de la exigencia de que los proyectos técnicos de ICT sean verificados por una entidad habilitada para ello conviene hacer una sucinta referencia a tales previsiones.

Las limitaciones contempladas por la Ley pueden referirse, siguiendo a la directiva, tanto a la libertad de establecimiento (capítulo II, arts. 4 a 11) como a la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros (capítulo III, arts. 12 a 16). En particular, resultan aplicables al caso los siguientes preceptos. En primer lugar, el artículo 9, referido a los principios aplicables a los requisitos exigidos al acceso y al ejercicio de cualquier actividad de servicios, estipula que tales requisitos, además de otras exigencias, han de "estar justificados por una razón imperiosa de interés general" y han de "ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general" (artículo 9.2.b y c).

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley -que transpone el artículo 16 de la Directiva- establece que los prestadores de servicios establecidos en cualquier otro Estado miembro pueden prestar servicios en España sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con la propia Ley (apartado 1). Seguidamente, tras prohibir de forma expresa determinadas restricciones (apartado 2), estipula en el siguiente apartado que el acceso o el ejercicio de la actividad de prestación de servicios puede ser supeditado, sólo excepcionalmente, a requisitos que determine la legislación sectorial aplicable "únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección de medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada" (apartado 3). Tales garantías, aunque dirigidas a los prestadores de servicios de otros Estados miembros de la Unión Europea, se aplican necesariamente también a los prestadores españoles establecidos en España.

En cuanto a las posibles limitaciones al ejercicio de la actividad de prestación de servicios están contempladas, en lo que aquí importa, en el artículo 13 de la Ley, intitulado "excepciones a la libre prestación de servicios", que transpone el artículo 17 de la Directiva. En dicho precepto se excluye la aplicación de la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación de servicios a determinadas materias y actividades, entre las que se cuentan la libre prestación de servicios de los abogados (apartado 2.b) y, repitiendo la dicción antes transcrita del artículo 17.6) de la Directiva, a "las materias a que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2.005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión".

Pues bien, con ese marco normativo debemos considerar si la exigencia de una verificación obligatoria del proyecto técnico para una actuación sumamente concreta, como lo son las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios, respeta las referidas limitaciones legales al establecimiento de requisitos o restricciones de cualquier tipo para el libre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios.

En primer lugar, debemos asumir que la exigencia de que el proyecto de ICT se tenga que someter preceptivamente a una verificación privada externa constituye, sin duda, una limitación o condicionamiento al ejercicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al imponer esa obligación, un profesional, aun disponiendo de la titulación y formación técnica adecuada, no puede prestar el servicio de elaborar un proyecto técnico para una determinada instalación que sea válido por sí propio, sino que ha de someter dicha labor profesional a un requisito o condicionamiento externo.

En segundo lugar hemos de determinar si dicha limitación supera los criterios contemplados tanto en la Ley como en la Directiva citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse al libre ejercicio de una actividad de servicios. En cuanto al fundamento, no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-. En términos más concretos, el artículo 12.3 admite que el acceso o el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial "por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente", además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

Pues bien, resulta claro que la exigencia de que se trata no puede ampararse en ninguna de tales razones, tanto menos cuanto se trata de un requisito general y permanente para todos los prestadores, lo que hace todavía más evidente su falta de fundamento. En efecto, de entre las razones previstas por el legislador, es claro que no puede considerarse que concurra la de seguridad pública, tanto por la naturaleza de las ICT, cuanto porque el propio Gobierno, en uso de la habilitación otorgada por el legislador (artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales -Ley 2/1974, de 13 de febrero -) no ha considerado incluir los proyectos de ICT en los trabajos profesionales necesitados de visado obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio), lo que supone que no ha considerado que concurra una relación de causalidad directa entre el citado trabajo profesional y la integridad física y seguridad de las personas (artículo citado de la Ley 2/1974). En este sentido, tiene razón la asociación actora cuando denuncia un fraude de ley al haberse excluido el visado obligatorio y sin embargo, introducir un requisito equivalente por medio de la exigencia de la verificación privada externa obligatoria.

Las razones anteriormente expuestas nos conducen a estimar el recurso en este punto, anulando el inciso final del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto impugnado: "debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello". [...] (fundamento de derecho quinto)

Las mismas razones nos conducen a declarar que el requisito de que los proyectos técnicos de ICT sean elaborados necesaria y exclusivamente por ingenieros de una concreta especialidad es contrario a las referidas exigencias de la Ley 17/2009 para toda limitación al libre ejercicio de prestación de servicios, así como a las de la Directiva de Servicios reiteradamente invocada. En consecuencia y tal como propugna la recurrente, dicha exigencia ha sido derogada por la Ley 17/2009, a cuya disposición derogatoria nos hemos referido *supra*, denegación que se proyecta sobre la impugnación del Real Decreto 346/2011 en los términos que exponemos en el siguiente fundamento de derecho.

La estimación, en la forma indicada, de la pretensión principal en los términos que vemos en el siguiente fundamento de derecho hace innecesario el pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria.

En lo que respecta a la pretensión anulatoria relativa a la verificación externa obligatoria de los proyectos técnicos de ICT por su carácter restrictivo del ejercicio de derecho individuales, hemos de tener en cuenta que según la Sentencia de 9 de octubre de 2.012 (RCA 1/313/2.011) antes citada, dicha verificación ha de considerarse meramente voluntaria, lo que supone ya la satisfacción material de su pretensión. Puede añadirse asimismo, en relación con la pretensión subsidiaria tendente a que se reconozca a los Colegios Profesionales la capacidad de llevar a cabo dicha verificación, que ello no resulta impedido o negado por el Real Decreto que se recurre, si bien es preciso ciertamente que dichas instituciones cumplan los requisitos estipulados en el apartado 4 del artículo 9 -cumplimiento que, por lo demás, según la entidad actora es inequívoco-, así como los que puedan requerirse en los términos previstos por el apartado 6. Pero ello no excusa de que deban someterse a la acreditación correspondiente, tal como requiere con carácter general el apartado 5 del precepto y la normativa a la que el mismo se refiere, apartado respecto al que la parte no ofrece argumentos que fundamenten la ilegalidad que postula.

CUARTO .- Sobre los preceptos impugnados del Real Decreto 346/2011.

Las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho y la derogación de la referencia del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 , en su redacción vigente, a que los profesionales que elaboren o dirijan la ejecución del proyecto de infraestructura común de telecomunicaciones de un edificio sean ingenieros o ingenieros técnicos "de telecomunicación", suponen la estimación de la pretensión principal deducida en el presente recurso contencioso administrativo.

La apreciación de que dicha referencia a la especialidad "de telecomunicación" ha sido derogada por la Ley 17/2009 haría en puridad innecesaria declarar la nulidad de los incisos del Real Decreto impugnado en los que se hace referencia a la titulación requerida por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , pues la referencia que tales incisos contienen a dicha titulación serían ahora una referencia a una titulación exclusivamente de "ingeniero" o "ingeniero técnico".

Sin embargo, en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica, debemos anular tales incisos, contenidos en los artículos 8.2.a), 9.1 párrafo quinto , y 10.1 y 2 párrafo tercero, que hacen referencia a dicha especialidad profesional. El inciso anulado en todos los preceptos indicados es exclusivamente "en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación", quedando vigente el resto de los respectivos párrafos. En los cuatro casos la referencia queda efectuada al profesional "que dispone de la titulación establecida",

remisión que queda abierta a la regulación que pueda estar en vigor en cada caso y, en el momento presente, según hemos establecido en relación con el referido artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, a los ingenieros o ingenieros técnicos que tengan conocimientos sobre la materia.

QUINTO .- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, debemos estimar parcialmente la pretensión de nulidad de los artículos 8.2.a), 9.1 , y 10.1 y 2, anulando sólo los incisos "en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación". Incisos incluidos en los apartados 2.a) del artículo 8; párrafo quinto del apartado 1 del artículo 9; apartado 1 del artículo 10; y párrafo tercero del apartado 2 del artículo 10. Se desestima el recurso en todo lo demás.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EN PARTE, en los términos expuestos, el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones en cuanto a su pretensión de nulidad de los artículos 8.2.a), 9.1 y 10.1 y 2 del citado Reglamento, y DESESTIMAMOS las demás pretensiones.

Se anula el inciso "en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación" incluido en los apartados 2.a) del artículo 8; párrafo quinto del apartado 1 del artículo 9; apartado 1 del artículo 10 y párrafo tercero del apartado 2 del artículo 10, todos ellos del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, quedando vigente en resto de los apartados afectados.

No se hace imposición de las costas procesales.

En relación con el artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional , publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-



Roj: STS 6694/2012
Id Cendoj: 28079130032012100473
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 309/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 309/2011 interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE INGENIEROS INDUSTRIALES, representado por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, que aprueba el Reglamento de infraestructuras de telecomunicaciones en edificios; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS TÉCNICOS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Antonio Molina Santiago, y el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Ramiro Reynolds de Miguel.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Consejo General de Ingenieros Industriales interpuso ante esta Sala, con fecha 16 de septiembre de 2011, el recurso contencioso-administrativo número 309/2011 contra los artículos 8.2 , 9.1 , 10.1 y 2 y Anexo IV del Real Decreto número 346/2011, de 11 de marzo , que aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones .

Segundo.- En su escrito de demanda, de 16 de septiembre de 2011, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que anule:

a. El artículo 8.2 del Real Decreto 346/2011 , en cuanto atribuye la condición de proyectista para el diseño de infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT), exclusivamente, a los Ingenieros e Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones.

b. El artículo 9.1 del Real Decreto 346/2011 , en cuanto impone que el Proyecto técnico de ICT sea firmado exclusivamente por Ingeniero o Ingeniero Técnico de Telecomunicación.

c. El artículo 10.1 y 2 del Real Decreto 346/2011 , que únicamente permite la ejecución del proyecto técnico de ICT a Ingeniero de Telecomunicación o Ingeniero Técnico de Telecomunicación.

d. Y el anexo IV, en la medida en que limita la elaboración del Estudio Técnico del proyecto de ICT a Ingeniero de Telecomunicación o Ingeniero Técnico de Telecomunicación.

2) Subsidiariamente, eleve cuestión prejudicial al TJUE a fin de plantear a dicho Tribunal si una regulación que establezca la exclusiva de prestación de servicios (en este caso en relación con los proyectos de ICT) resulta compatible con los artículos 45 a 48 del Tratado de Roma, en relación con los artículos 16 a 18 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 regulador de la libre circulación de los trabajadores en el ámbito de la U.E."

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 27 de octubre de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas".

Cuarto.- El Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación contestó a la demanda con fecha 1 de diciembre de 2011 y suplicó a la Sala que "dicte sentencia desestimatoria de la misma".

Quinto.- El Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación contestó a la demanda el 1 de diciembre de 2011 y suplicó a la Sala sentencia "en que desestimando la misma declare ser conforme a derecho el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, y concretamente los artículos impugnados de contrario, 8, 9, 10 y Anexo IV".

Sexto.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 17 de mayo de 2012 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 2 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Consejo General de Ingenieros Industriales impugna ante esta Sala determinados preceptos singulares (artículos 8.2 , 9.1 , 10.1 y 2 y Anexo IV) del Real Decreto número 346/2011, de 11 de marzo , que aprueba el Reglamento de infraestructuras de telecomunicaciones en edificios. Se trata, en concreto, de aquellos artículos que establecen la competencia exclusiva de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones para diseñar, proyectar o elaborar los estudios técnicos precisos para la instalar las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de los edificios.

En sentencia de esta misma fecha hemos resuelto -y estimado en parte- un recurso análogo (el número 271/2011) interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales contra el mismo Real Decreto 346/2011. En su recurso dicho Consejo General impugnaba los preceptos sobre la atribución competencial, que en el presente litigio censura el Consejo General de Ingenieros Industriales (el Consejo General de Ingenieros Técnicos propugnaba, además, la declaración de nulidad de "la intervención de las entidades de verificación").

Segundo.- Dada la similitud de planteamiento de las demandas (con los matices que ulteriormente expondremos), es procedente que transcribamos el contenido de la sentencia recaída en el recurso "paralelo" 271/2011 , de cuyos fundamentos jurídicos reproducimos los que siguen, suprimiendo para mayor claridad de ésta los ordinales de aquélla:

"[...] La parte actora propugna la nulidad de los preceptos del Real Decreto impugnado (arts. 8.2.a), 9.1 y 10.1 y 2) que establecen una atribución exclusiva a los ingenieros de telecomunicaciones de la competencia profesional para elaborar y dirigir los proyectos de infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) para edificios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 -según la redacción dada al mismo por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo-. La recurrente entiende que dicha atribución competencial exclusiva ha quedado derogada por la Directiva de Servicios (2006/123/CE, de 12 de junio de 2.006) y la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009, de 23 de noviembre).

Subsidiariamente, la institución recurrente solicita la declaración de nulidad de dichos preceptos en tanto que proyectan dicha exclusividad competencial sobre toda clase de proyectos, rebasando el alcance de la regulación establecida en el citado Real Decreto-ley 1/1998. En este sentido, pide que se declare que la competencia exclusiva de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones se refiere exclusivamente a los proyectos y direcciones de obras en obras de construcción de edificios de nueva planta o de rehabilitación integral de edificios.

La recurrente pretende también la nulidad de la intervención prevista por la disposición recurrida de las entidades de verificación (arts. 9.3, 4 y 5). Subsidiariamente, solicita que, en caso de considerarse válida dicha intervención, pueda ser llevada a cabo por los Colegios Profesionales.

[...] Sobre la atribución profesional de los proyectos de ICT.

Entiende la entidad actora que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2.006, posterior a la Ley 10/2005 y a la modificación que ésta introdujo en el Real Decreto-ley 1/1998, establece que los requisitos sobre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios deben estar justificados en una razón imperiosa de interés general y respetar el principio de proporcionalidad: que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persigan y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo ni puedan ser sustituidos por

otras medidas menos restrictivas (artículos 15.3 y 16.1). Todo ello queda reflejado en la Ley 17/2009 , que traspone la citada Directiva.

Pues bien, según la recurrente, la disposición derogatoria, apartado 2, de la Ley 17/2009 estipula que las disposiciones vigentes que resulten incompatibles con los capítulos y preceptos que se señalan en ella 'mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2.009'. Y entiende, en consecuencia, que el artículo 3.1 del Real Decreto 1/1998 redactado por la citada Ley 10/2005, ha sido derogado por la Ley 17/2009; en su opinión, dicho precepto resulta incompatible con las previsiones de la Ley que restringen las limitaciones al libre establecimiento y ejercicio de las actividades de prestación de servicios a las previstas por la propia Ley (art. 4.1) y que someten a los requisitos para el libre acceso y ejercicio de la prestación de servicios a que resulten necesarios por razones imperiosas de interés general y a la proporcionalidad respecto a dichas razones (art. 9.2); previsiones reiteradas en los artículos 11.2 y 12.3 de la referida Ley 17/2009.

Concluye la parte recurrente que la atribución exclusiva a los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones de la facultad profesional de formular los proyectos y dirigir las obras de ICT no se justifican por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente, como tampoco por "razones imperiosas de interés general", cuando según ha reiterado esta Sala los ingenieros e ingenieros técnicos industriales están científica y técnicamente capacitados para llevar a cabo tales actividades. La parte expone también a este respecto la regulación sobre las facultades de estos profesionales.

El Abogado del Estado considera que la primera pretensión debe ser desestimada habida cuenta que tanto la Directiva de Servicios como la Ley española que la transpone, la 17/2009, de 23 de noviembre, permiten la reserva de una actividad a una determinada profesión. En cuanto a la extensión de la reserva competencial a favor de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones, el representante de la Administración afirma que el Real Decreto se refiere sólo a las obras nuevas. Finalmente, en cuanto a la intervención de las entidades de verificación, sostiene que su intervención no es obligatoria.

Las restantes partes codemandadas instan asimismo la desestimación de la demanda.

[...] Sobre la vigencia del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 .

La Ley 10/2005, de 14 de junio, en su artículo 5, punto dos, modificó el apartado 1 del artículo 3 del referido Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, dándole la siguiente redacción:

'1. A partir de la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, no se concederá autorización para la construcción o rehabilitación integral de ningún edificio de los referidos en el artículo 2, si al correspondiente proyecto arquitectónico no se une el que prevea la instalación de una infraestructura común propia, que deberá ser firmado por un ingeniero de telecomunicación o un ingeniero técnico de telecomunicación. Estos profesionales serán, asimismo, los que certifiquen la obra. Esta infraestructura deberá reunir las condiciones técnicas adecuadas para cumplir, al menos, las funciones indicadas en el artículo 1.2 de este Real Decreto -ley, sin perjuicio de los que se determine en las normas que, en cada momento, se dicten en su desarrollo.'

Pues bien, lo que se sostiene en el presente recurso como pretensión principal es que el referido texto reformado del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 ha quedado derogado por la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009, en la medida en que supedita el ejercicio de una actividad de servicios a un requisito, la exigencia de la concreta titulación de ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones, que no resultaría compatible con los preceptos antes mencionados de ambas disposiciones.

Tiene razón la entidad recurrente y debemos estimar esta pretensión. En primer lugar, conviene recordar la doctrina sentada por esta Sala sobre la concurrencia competencial en relación específica con la materia que nos ocupa y la capacidad técnica de otros ingenieros e ingenieros técnicos en materia de telecomunicaciones, que resumíamos en la Sentencia de 22 de enero de 2.004 (recurso de casación en interés de ley 53/2.002):

'[...] En efecto, la noción de 'técnico titulado competente en materia de telecomunicaciones' que empleaban aquellas disposiciones (el Real Decreto 279/1999 y la Orden de 26 de octubre de 1999, mediante los preceptos antes transcritos) no se limita -aunque, obviamente, los comprende- a los Ingenieros, superiores o técnicos, 'de' Telecomunicación. En 'materia de' telecomunicaciones pueden ostentar determinadas competencias otros técnicos distintos de dichos ingenieros y habrá que estar a su régimen normativo

correspondiente para determinar si efectivamente las tenían y si, en virtud de dichas competencias, estaban habilitados o no para realizar uno u otros tipo de proyectos.

La 'materia' de telecomunicaciones es muy amplia y, dada la creciente extensión de las comunicaciones a distancia a todos los órdenes de la actividad humana, cada vez abarca más facetas de ésta. En concreto, la actividad industrial estaba y está de manera necesaria muy vinculada a las telecomunicaciones, pues las instalaciones industriales necesariamente han de contar con las infraestructuras (canalizaciones, circuitos, redes y otros componentes) a veces muy complejas que permiten el funcionamiento y la transmisión de las señales, internas o externas, generadas a partir de los sistemas de telecomunicación. En el plano conceptual son distinguibles los sistemas de telecomunicación en cuanto tales, por un lado, y las infraestructuras precisas en el interior de un determinado inmueble (sea destinado a la vivienda humana o a instalación industrial) para propiciar el acceso a los servicios de telecomunicación, por otro.

En el caso específico de los ingenieros industriales, el Abogado del Estado no llega a negar que su régimen normativo específico (se refiere al Decreto de Ministerio de Instrucción Pública de 18 de septiembre de 1935) les atribuya determinadas capacidades de orden general para actuar en materia de 'comunicaciones a distancia y, en general, cuanto comprende al campo de la telecomunicación, incluidas las aplicaciones e industrias acústicas ópticas y radioeléctricas'. Reconocimiento que no era incompatible con la existencia, en aquellas mismas fechas de las competencias propias de los Ingenieros de Telecomunicaciones.

Siendo ello así, esto es, admitida oficialmente la competencia genérica de los ingenieros industriales para intervenir en proyectos relativos a la 'materia de telecomunicaciones', también puede considerárseles en principio 'técnicos titulados competentes en materia de telecomunicaciones', por emplear la dicción de la Orden y del Real Decreto, y, a la vista del contenido de ambas disposiciones reglamentarias, habilitados legalmente para realizar los proyectos técnicos que una y otro regulan.

Si esta idoneidad de principio se traduce o no, en cada supuesto, en capacidad profesional suficiente para redactar un determinado proyecto singular, será cuestión a decidir en función de otros factores y, eventualmente, en el seno de cada eventual litigio, pero ello en nada empece a la admisión del criterio general (los ingenieros industriales pueden ostentar determinadas competencias 'en materia de telecomunicaciones') y, en todo caso, desborda el marco limitado de un recurso de casación en interés de Ley cuyo designio es establecer para el futuro unas pautas generales y no tanto resolver un litigio concreto respecto del cual la situación jurídica individualizada que haya derivado de la sentencia recurrida es ya inalterable (artículo 100.7 de la Ley Jurisdiccional).

En esta misma línea, ningún obstáculo normativo había para que la idoneidad de principio de los ingenieros industriales se pudiera concretar respecto de las infraestructuras comunes de los edificios que son objeto de debate. Sin prejuzgar ahora la validez de la opción finalmente acogida por el titular de la potestad reglamentaria en la nueva regulación de 2003, es cierto que se trata de infraestructuras cuyo nivel de complejidad no es, cuando menos, superior al propio de las existentes en el interior algunas de las instalaciones industriales que aquéllos están capacitados para proyectar.

En la sentencia impugnada se destaca, con acierto, cómo las disposiciones reglamentarias vigentes antes de la publicación del Real Decreto 401/2003 se habían preocupado de no limitar, en los términos que después haría este Real Decreto, el elenco de titulados competentes para acometer este tipo de proyectos.

En la misma sentencia, y aun cuando fuera referido no ya a la fase de proyecto sino a la de instalación (y en este punto ha de reconocerse que la perspectiva es aún más abierta), se destacaba que la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1999 [...] contempla la posibilidad concurrente de diversas titulaciones en orden a realizar las funciones de instalación estableciendo 'ad exemplum' quiénes han de ser considerados sin ningún género de dudas como instaladores en función de su titulación. [...] La Orden deja abierta otras posibilidades [...].

Sin necesidad de acudir a este argumento adicional sobre la fase ejecutiva del proyecto, esto es, reduciendo el ámbito del pronunciamiento a lo que era propiamente objeto de litigio -la capacidad misma para proyectar-, la conclusión que se obtiene del análisis de las normas aplicables no puede ser favorable a la tesis que propugna el Abogado del Estado. (fundamento de derecho séptimo in fine)

Por otra parte, en la Sentencia de 22 de enero de 2.004 (recurso de casación 3.037/2.001) declaramos:

'OCTAVO.- Procede declarar la nulidad de la Instrucción de la Secretaría General de Comunicaciones de 12 de enero de 2000, relativa al personal facultativo competente en materia de telecomunicaciones para la elaboración de los proyectos de infraestructuras comunes de telecomunicación en edificios que precisa el contenido de los artículos 8 y 9 del Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero , que establecen

que el correspondiente proyecto técnico y el certificado deberán estar firmados por un Técnico titulado competente, y lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Orden de 26 de octubre de 1999, que lo desarrolla, que concreta que este Técnico titulado debe ser un Ingeniero o un Ingeniero Técnico competente en materia de telecomunicaciones, porque al prescribir que, en razón de las características técnicas de los proyectos de infraestructuras en materia de telecomunicaciones su elaboración esté estructuralmente vinculada a las funciones encomendadas a la especialidad de los Ingenieros de Telecomunicaciones, sin perjuicio de las competencias que, de una forma general, puedan tener otras titulaciones en materia de telecomunicación, restringe la capacidad profesional de Ingenieros titulados en otras especialidades igualmente hábiles vulnerando el principio de jerarquía normativa en los términos referidos en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia. [...] (fundamento de derecho octavo)

Y, en la Sentencia de 15 de febrero de 2.005 (recurso ordinario 89/2.003) hemos dicho:

[...] Por otra parte, en ningún caso se ha acreditado ante esta Sala la incompetencia técnica de los ingenieros industriales para el ejercicio de la competencia controvertida. Aunque tal circunstancia, en puridad, tampoco afecta a la existencia de la reserva de ley, sin duda hubiera podido esgrimirse como una circunstancia que privase de relevancia a la regulación reglamentaria, puesto que podría entenderse que ésta se había limitado a constatar una mera situación de competencia técnica y sostener por tanto que el ejercicio de las atribuciones controvertidas se atribuía a la única titulación técnicamente competente. Ante dicha situación, difícilmente hubiera podido considerarse la intervención reglamentaria del Real Decreto y Orden impugnados como una intervención relevante en el ejercicio de las profesiones afectadas. Pero la actividad probatoria encaminada a acreditar la complejidad y carácter técnico de las instalaciones afectadas no implica la prueba de que los ingenieros industriales carezcan de dichos conocimientos.

Siendo así, por tanto, que, de acuerdo con la regulación vigente de sus competencias, también los ingenieros industriales están legalmente capacitados para el ejercicio de dicha competencia y que sus estudios les otorgan capacidad técnica para ello, el corolario inexcusable es que sólo el legislador puede, en virtud de la reserva reglamentaria sancionada en el artículo 36 de la Constitución, intervenir en el ejercicio de las profesiones de los ingenieros industriales y de telecomunicaciones para asignar a éstos en exclusiva unas atribuciones que hasta el momento, podían ejercer ambos titulados.' (fundamento de derecho octavo)

Finalmente, en relación con la concurrencia competencial entre titulaciones y en la misma Sentencia de 15 de febrero de 2.005 (recurso ordinario 89/2.003) hemos afirmado:

[...] Por otra parte, la concurrencia competencial entre diversas titulaciones respecto a una misma actividad profesional es conforme al principio sentado por nuestra jurisprudencia de que la mayor especialización de una determinada profesión no es una razón que por sí misma determine la necesaria restricción de una determinada competencia a la profesión titulada más especializada (Sentencias de 1 de abril de 1.985 -RJ 1985\1791 - y de 19 de diciembre de 1.996 -apelación 5.934/1.991 -). Ha de ser la regulación positiva -tras 1.978, necesariamente proveniente del legislador parlamentario- la que determine dichas atribuciones exclusivas (salvo, posiblemente, el supuesto de una manifiesta exclusividad técnica a favor de una determinada profesión). Así, por ejemplo, la exclusividad de los ingenieros de caminos para determinados proyectos, en detrimento de los ingenieros industriales, la ha basado este Tribunal en la previsión del Decreto de 23 de noviembre de 1.956 -que por su fecha no estaba impedido por ninguna reserva constitucional de ley-, sin perjuicio de resaltarse su mayor competencia técnica en la materia (Sentencia de 25 de enero de 1.999 -apelación 1.115/1.991 -, con expresión de abundante jurisprudencia previa).

En conclusión, en defecto de restricción legislativa o de exclusiva capacitación técnica en beneficio de una sola profesión, rige el principio de la concurrencia competencial para el ejercicio de una determinada atribución entre las profesiones que están habilitadas para ello en su normativa específica. Criterio que es a su vez el más conforme con el principio general de libertad puesto de relieve a este respecto por la jurisprudencia constitucional.' (fundamento de derecho noveno)

Sentada pues la capacitación técnica de los ingenieros industriales en materia de telecomunicaciones -a salvo de que pudiera acreditarse lo contrario en algún supuesto concreto-, así como el principio de concurrencia competencial, debemos determinar si la limitación que supone restringir la actividad de que se trata a otras titulaciones queda cubierta por la excepción contemplada en el artículo 13.2.c) de la Ley - que traspone la establecida en el artículo 17.6) de la Directiva de Servicios -, en el sentido de que pudiera considerarse que la elaboración de un proyecto técnico de ICT constituye, por virtud de la disposición impugnada, una actividad legítimamente reservada por el Estado español a una profesión -la de ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones-.

Debe rechazarse esta posibilidad. Por un lado no parece plausible entender que una labor profesional tan concreta y limitada como la elaboración de un proyecto técnico para las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios pueda calificarse como una "actividad" en el sentido del citado precepto de la Ley. Cuando la Directiva primero y la Ley interna después hablan de reservar una actividad a una profesión ha de entenderse que, en principio y a salvo de cualquier excepción, ambas normas se refieren a una actividad genérica. Lo contrario supondría admitir que pudieran establecerse todo tipo de excepciones casuistas y concretas que hiciesen ineficaz la garantía de la libertad de prestación de servicios, al abrirse la posibilidad de que cualquier actividad de servicios pudiera tener múltiples excepciones reservadas a determinados profesionales. En todo caso, cualquier excepción tan concreta y delimitada como la que constituye el objeto de este litigio, deberá estar expresamente justificada por razones que superasen las restricciones a la libertad de ejercicio garantizada por las citadas Directiva de Servicios y Ley 17/2009.

Sin embargo, dicha limitación no sólo no se justifica por la disposición impugnada -ni, en su momento, por la Ley 10/2005- sino que un examen de la misma muestra que no supera los criterios contemplados tanto en la Directiva como en la Ley citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse a libre ejercicio de una actividad de servicios. En efecto, en cuanto al fundamento, no puede entenderse que la exigencia de la intervención de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley 17/2009) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-.

En términos más concretos, el artículo 12.3 de la propia Ley admite que el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial 'por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente', además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

Pues bien, no parece que pueda esgrimirse ninguna razón de tal naturaleza para la elaboración de un proyecto técnico sobre las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios. A este respecto podemos afirmar lo mismo que hemos declarado en otro asunto resuelto recientemente en relación con el requisito, también contemplado por el propio Real Decreto aquí impugnado, consistente en la necesidad de una verificación externa obligatoria del mismo proyecto que examinamos, exigencia que hemos anulado en tanto que requisito obligatorio (Sentencia de 9 de octubre 2.012, RCA 1/313/2.011). En dicha Sentencia hemos dicho al respecto:

'QUINTO.- Sobre la legalidad de la exigencia de verificación.

La cuestión a dilucidar es pues, si tal exigencia resulta compatible con las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Directiva 2006/123/CE.

La parte recurrente centra su argumentación en las previsiones contenidas por la citada Directiva. Esta regula en el capítulo III la libertad de establecimiento de los prestadores (arts. 9 a 15) y en el IV, la libre circulación de servicios, versando su primera sección sobre la libre prestación de servicios y las posibles excepciones (arts. 16 a 18); en ambos capítulos hay prescripciones sobre la libertad del ejercicio de la prestación de servicios, sobre la que trata la presente litis.

De toda esa regulación resulta pertinente recordar que el artículo 16, que se refiere específicamente a la libre prestación de servicios, impone estrictas limitaciones a cualquier condicionamiento al acceso o desarrollo de cualquier actividad de servicios. Así, el precepto excluye que se pueda condicionar el acceso o el ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (apartado 1), así como también prohíbe otros requisitos enumerados en el apartado 2, entre los que se encuentran la colegiación obligatoria 'salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario'. Finalmente, el precepto admite en todo caso (apartado 3) que los Estados miembros impongan requisitos 'que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1'.

A su vez el artículo 17 exceptúa de las garantías establecidas en el precepto anterior a determinados servicios y materias, entre las que se incluyen (apartado 6) aquéllas 'a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE , incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión'; la citada Directiva, que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, trata en su título II precisamente de la libre prestación de servicios.

Debe tenerse presente, por consiguiente, que según las previsiones anteriores implican el derecho comunitario impone severos criterios para limitar el libre ejercicio de una actividad de prestación de servicios, pero sin embargo admite que se reserve el ejercicio de una determinada actividad a una profesión, como de hecho sucede con la actuación ante los tribunales a los abogados, necesariamente titulados en derecho - aunque en este caso el derecho europeo ha previsto y regulado de forma expresa la excepción mediante la Directiva 77/249/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1.977-.

En cualquier caso, aunque la parte aduce en defensa de su pretensión tanto la Directiva como la referida Ley 17/2009, siendo ésta la transposición de aquélla al derecho interno, es la Ley nacional la que ostenta la prioridad a la hora de valorar la legalidad del Real Decreto impugnado, sin menoscabo del valor interpretativo de la Directiva. En cualquier caso la Ley 17/2009 traspone de manera muy fidedigna las previsiones de la Directiva y trata de asegurar el libre ejercicio de las actividades de servicios remuneradas, restringiendo severamente la posibilidad de condicionar dicho ejercicio mediante requisitos o limitaciones de cualquier tipo. A los efectos de valorar la legalidad de la exigencia de que los proyectos técnicos de ICT sean verificados por una entidad habilitada para ello conviene hacer una sucinta referencia a tales previsiones.

Las limitaciones contempladas por la Ley pueden referirse, siguiendo a la directiva, tanto a la libertad de establecimiento (capítulo II, arts. 4 a 11) como a la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros (capítulo III, arts. 12 a 16). En particular, resultan aplicables al caso los siguientes preceptos. En primer lugar, el artículo 9, referido a los principios aplicables a los requisitos exigidos al acceso y al ejercicio de cualquier actividad de servicios, estipula que tales requisitos, además de otras exigencias, han de 'estar justificados por una razón imperiosa de interés general' y han de 'ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general' (artículo 9.2.b y c).

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley -que transpone el artículo 16 de la Directiva- establece que los prestadores de servicios establecidos en cualquier otro Estado miembro pueden prestar servicios en España sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con la propia Ley (apartado 1). Seguidamente, tras prohibir de forma expresa determinadas restricciones (apartado 2), estipula en el siguiente apartado que el acceso o el ejercicio de la actividad de prestación de servicios puede ser supeditado, sólo excepcionalmente, a requisitos que determine la legislación sectorial aplicable "únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección de medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada" (apartado 3). Tales garantías, aunque dirigidas a los prestadores de servicios de otros Estados miembros de la Unión Europea, se aplican necesariamente también a los prestadores españoles establecidos en España.

En cuanto a las posibles limitaciones al ejercicio de la actividad de prestación de servicios están contempladas, en lo que aquí importa, en el artículo 13 de la Ley, intitulado 'excepciones a la libre prestación de servicios', que transpone el artículo 17 de la Directiva. En dicho precepto se excluye la aplicación de la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación de servicios a determinadas materias y actividades, entre las que se cuentan la libre prestación de servicios de los abogados (apartado 2.b) y, repitiendo la dicción antes transcrita del artículo 17.6) de la Directiva, a 'las materias a que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2.005 , relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión'.

Pues bien, con ese marco normativo debemos considerar si la exigencia de una verificación obligatoria del proyecto técnico para una actuación sumamente concreta, como lo son las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios, respeta las referidas limitaciones legales al establecimiento de requisitos o restricciones de cualquier tipo para el libre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios.

En primer lugar, debemos asumir que la exigencia de que el proyecto de ICT se tenga que someter preceptivamente a una verificación privada externa constituye, sin duda, una limitación o condicionamiento al ejercicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al imponer esa obligación, un profesional, aun disponiendo de la titulación y formación técnica adecuada, no puede prestar el servicio de elaborar un proyecto técnico para una determinada instalación que sea válido por sí propio, sino que ha de someter dicha labor profesional a un requisito o condicionamiento externo.

En segundo lugar hemos de determinar si dicha limitación supera los criterios contemplados tanto en la Ley como en la Directiva citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse al libre ejercicio de una actividad de servicios. En cuanto al

fundamento, no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-. En términos más concretos, el artículo 12.3 admite que el acceso o el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial "por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente", además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

Pues bien, resulta claro que la exigencia de que se trata no puede ampararse en ninguna de tales razones, tanto menos cuanto se trata de un requisito general y permanente para todos los prestadores, lo que hace todavía más evidente su falta de fundamento. En efecto, de entre las razones previstas por el legislador, es claro que no puede considerarse que concurra la de seguridad pública, tanto por la naturaleza de las ICT, cuanto porque el propio Gobierno, en uso de la habilitación otorgada por el legislador (artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales -Ley 2/1974, de 13 de febrero -) no ha considerado incluir los proyectos de ICT en los trabajos profesionales necesitados de visado obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio), lo que supone que no ha considerado que concurra una relación de causalidad directa entre el citado trabajo profesional y la integridad física y seguridad de las personas (artículo citado de la Ley 2/1974). En este sentido, tiene razón la asociación actora cuando denuncia un fraude de ley al haberse excluido el visado obligatorio y sin embargo, introducir un requisito equivalente por medio de la exigencia de la verificación privada externa obligatoria.

Las razones anteriormente expuestas nos conducen a estimar el recurso en este punto, anulando el inciso final del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto impugnado: 'debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello'. [...] (fundamento de derecho quinto)

Las mismas razones nos conducen a declarar que el requisito de que los proyectos técnicos de ICT sean elaborados necesaria y exclusivamente por ingenieros de una concreta especialidad es contrario a las referidas exigencias de la Ley 17/2009 para toda limitación al libre ejercicio de prestación de servicios, así como a las de la Directiva de Servicios reiteradamente invocada. En consecuencia y tal como propugna la recurrente, dicha exigencia ha sido derogada por la Ley 17/2009, a cuya disposición derogatoria nos hemos referido supra, denegación que se proyecta sobre la impugnación del Real Decreto 346/2011 en los términos que exponemos en el siguiente fundamento de derecho.

La estimación, en la forma indicada, de la pretensión principal en los términos que vemos en el siguiente fundamento de derecho hace innecesario el pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria.

[...] Sobre los preceptos impugnados del Real Decreto 346/2011.

Las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho y la derogación de la referencia del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 , en su redacción vigente, a que los profesionales que elaboren o dirijan la ejecución del proyecto de infraestructura común de telecomunicaciones de un edificio sean ingenieros o ingenieros técnicos 'de telecomunicación', suponen la estimación de la pretensión principal deducida en el presente recurso contencioso administrativo.

La apreciación de que dicha referencia a la especialidad 'de telecomunicación' ha sido derogada por la Ley 17/2009 haría en puridad innecesaria declarar la nulidad de los incisos del Real Decreto impugnado en los que se hace referencia a la titulación requerida por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , pues la referencia que tales incisos contienen a dicha titulación serían ahora una referencia a una titulación exclusivamente de 'ingeniero' o 'ingeniero técnico'.

Sin embargo, en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica, debemos anular tales incisos, contenidos en los artículos 8.2.a), 9.1 párrafo quinto , y 10.1 y 2 párrafo tercero, que hacen referencia a dicha especialidad profesional. El inciso anulado en todos los preceptos indicados es exclusivamente 'en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación', quedando vigente el resto de los respectivos párrafos. En los cuatro casos la referencia queda efectuada al profesional 'que dispone de la titulación establecida', remisión que queda abierta a la regulación que pueda estar en vigor en cada caso y, en el momento presente, según hemos establecido en relación con el referido artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998 , a los ingenieros o ingenieros técnicos que tengan conocimientos sobre la materia."

Tercero.- Estas mismas consideraciones bastan para la estimación, también parcial, del presente recurso. En su demanda el Consejo General de Ingenieros Industriales destaca como "novedad legislativa" que justifica sus pretensiones el artículo 16 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, posterior a la "reserva monopolítica a favor de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones" introducida por la Ley 10/2005 respecto del artículo 3.1 del Real Decreto-ley 1/1998 ; subraya la falta de razones de necesidad y proporcionalidad que justificaran aquella reserva, a los efectos de los artículos 17 y 18 de la citada Directiva; y sostiene que la aplicación de los artículos 15.2 y 15.3 de la Directiva 2006/123/CE exige un examen de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad de la medidas que en este caso no se supera.

Sentadas estas premisas y sobre la base de la permanencia de la capacidad de los ingenieros industriales en materia de telecomunicaciones (reconocida desde el año 1935 y corroborada por la jurisprudencia de esta Sala), el Consejo General de Ingenieros Industriales considera que la reserva de actividad implantada por el Decreto impugnado es contraria a la Directiva 2006/123/CE y debe ser anulada de modo directo o, subsidiariamente, previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

No será necesario el reenvío prejudicial una vez que, por los fundamentos jurídicos desarrollados en la sentencia resolutoria del recurso 271/2011 , hemos concluido que las disposiciones reglamentarias objeto del litigio no pueden ampararse en la reforma legal del año 2005 (Ley 10/2005, antes citada) visto que su contenido quedó derogado mediante la aprobación de la Ley española 17/2009, que incorporaba a nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 2006/12/CE sobre la que gira la demanda.

Aquellas mismas consideraciones abonan, pues, la estimación parcial (en cuanto que la declaración de nulidad afecta a parte y no a todo el contenido de los preceptos impugnados) de la pretensión anulatoria deducida en el presente recurso. Como en el recurso paralelo 271/2011, razones de claridad y seguridad jurídica determinan que el fallo de la sentencia haga referencia explícita a los preceptos expresamente impugnados, entre los que se encuentra el inciso del Anexo IV en que se reserva la elaboración de los estudios técnicos de los proyectos de ICT a los ingenieros de telecomunicación o a los ingenieros técnicos de telecomunicación.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , en la redacción aplicable según la fecha de interposición del recurso, no procede la imposición de costas.

Quinto.- Para dar cumplimiento al artículo 107.2 de la Ley Jurisdiccional procede la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 309/2011 interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, en cuanto a la pretensión de nulidad de los artículos 8.2.a), 9.1 , 10.1 y 2 y el inciso de la sección tercera del Anexo IV del citado Reglamento, en la medida en que atribuyen exclusivamente la condición de proyectista, la firma o la ejecución del proyecto, o la realización del estudio técnico, para el diseño de infraestructuras comunes de telecomunicaciones a los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones.

Segundo. - Anular el inciso "en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación" incluido en los apartados 2.a) del artículo 8; párrafo quinto del apartado 1 del artículo 9; apartado 1 del artículo 10 y párrafo tercero del apartado 2 del artículo 10; así como el inciso "a realizar por un Ingeniero de Telecomunicación o un Ingeniero Técnico de Telecomunicación" de la sección 3 del Anexo IV, todos ellos del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, quedando vigente el resto de los apartados afectados.

Tercero.- No hacer imposición de las costas procesales.

Cuarto.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ



Roj: STS 6512/2012
Id Cendoj: 28079130032012100456
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 313/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/313/2011, interpuesto por la ASOCIACIÓN DE PROMOTORES CONSTRUCTORES DE ESPAÑA, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

Son partes demandadas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado; el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS TÉCNICOS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Arturo Molina Santiago; el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN, representado por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representada por la Procurador D^a Ana Llorens Pardo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 2 de junio de 2.011 la representación procesal de la entidad demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 1 de abril de 2.011. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de fecha 6 de junio de 2.011.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se declare haber lugar a estimar el recurso interpuesto o, subsidiariamente, se declare la nulidad del artículo 9 del Real Decreto 346/2011, así como de sus artículos o disposiciones concordantes, ello con expresa condena en costas a la Administración demandada. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse indeterminada la cuantía del recurso y que, dado el carácter estrictamente jurídicos de los motivos de impugnación, no hay necesidad de acordar el recibimiento a prueba del mismo ni la celebración de vista o conclusiones escritas.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, habiendo cumplimentado dicho trámite la representación de Telefónica de España, S.A.U., quien suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto.

Asimismo ha procedido la representación procesal del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación a contestar la demanda, suplicando en su escrito que se dicte sentencia en que,

desestimando la demanda, se declare ser conforme a derecho el Real Decreto 346/2011. A través de otrosí manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada.

También ha contestado la demanda el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación, solicitando su representación procesal que se dicte sentencia desestimatoria de la misma, y manifestando que a su parecer la cuantía del recurso es indeterminada.

CUARTO .- En decreto del Secretario judicial de 5 de diciembre de 2.011 se ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, declarando al mismo tiempo conclusas las actuaciones.

QUINTO .- Por providencia de fecha 21 de mayo de 2.012 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 25 de septiembre de 2.012, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Asociación de Promotores Constructores de España impugna el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

La entidad recurrente basa su recurso en dos alegaciones. En la primera se aduce la infracción del procedimiento de aprobación del Real Decreto impugnado, como consecuencia de no haberle dado trámite de audiencia. En su segunda alegación, la asociación actora considera contraria a derecho la exigencia de una verificación privada y obligatoria del proyecto técnico necesario para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) en edificios, que vendría a substituir el anterior visado colegial obligatorio recientemente suprimido. Entre otras razones, la parte entiende que con tal exigencia se vulnera la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la Directiva 2006/123/CE, sobre servicios en el mercado interior.

SEGUNDO .- Sobre la omisión del trámite de audiencia.

La parte recurrente aduce que se ha vulnerado el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, con infracción del artículo 24 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), por haberse obviado cualquier trámite de consulta o alegaciones por su parte, aun siendo interesada.

El Abogado del Estado objeta a esta alegación que el proyecto de Real Decreto fue sometido a informe del Consejo Asesor de Telecomunicación, trámite respecto al que la disposición adicional 5.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre) estipula que equivale precisamente a la audiencia establecida en el artículo 24.1.c) de la citada Ley del Gobierno ; afirma asimismo que la audiencia que se preveía por el artículo 41 de la Ley General de Telecomunicaciones fue suprimida por el artículo 27.1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre , cuyo texto vigente no dice nada al respecto.

Tiene razón el representante de la Administración, por lo que no puede prosperar esta queja. El informe del referido Consejo Asesor de Telecomunicaciones cumple ya con la obligación de audiencia a los sujetos interesados contemplada en el precepto de la Ley del Gobierno que la parte invoca, según prevé la citada disposición adicional 5.2 de la Ley General de Telecomunicaciones . Conviene tener presente que dicho Consejo es un órgano consultivo en el que están representados los sectores afectados del ámbito de las telecomunicaciones, por lo que es natural la previsión de que su participación equivale a la audiencia de los sujetos interesados prevista en el citado artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno .

Aunque lo anterior ya bastaría para desechar el motivo, debe recordarse la reiterada doctrina de esta Sala respecto a que la exigencia de audiencia a los sujetos afectados por una disposición general no supone la necesaria convocatoria a trámite de audiencia a toda asociación u organización voluntaria que pudiera tener intereses sobre la materia, lo que sería prácticamente inviable en numerosos casos. Al margen de situaciones especiales que pudieran requerir la audiencia a sujetos especialmente afectados por la disposición, lo que el invocado precepto requiere es que la audiencia a los interesados se cumplimente a través de las asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley con relación directa con el objeto de la disposición, lo que debe entenderse referido a las de carácter preceptivo, según reiterada jurisprudencia.

Por último, tiene también razón el Abogado del Estado en que en su redacción vigente desde la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, el artículo 42 de la Ley General de las Telecomunicaciones no requiere la audiencia de los Colegios profesionales afectados o de las asociaciones representativas de las empresas de

construcción de equipos de telecomunicaciones -lo que tampoco afecta a la asociación actora- en orden a reglamentar las condiciones de instalación y puesta en servicio de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

TERCERO .- Sobre las alegaciones de las partes respecto al requisito de verificación de las ICT.

Sostiene la entidad actora que la exigencia de una verificación preceptiva de los proyectos técnicos de instalaciones técnicas de telecomunicaciones, efectuada por entidades privadas de verificación, contraviene lo dispuesto por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como también a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2.006, relativa a los servicios en el mercado interior, parcialmente transpuesta por la citada Ley.

En opinión de la Asociación recurrente, al imponer de forma obligatoria la verificación de los citados proyectos por una entidad privada de verificación, el Real Decreto impugnado conculca la citada Ley, que trata de liberalizar la prestación de los servicios en cumplimiento de la referida Directiva. Tal vulneración se debería a que dicho trámite no estaría respaldado por razones imperiosas de interés general -de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente- ni sería proporcionado, exigencias requeridas por la Directiva 2006/123/CE y, de conformidad con la misma, por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, para cualquier requisito que condicione el ejercicio de una actividad de servicios.

Por otra parte, sostiene la entidad recurrente, el Real Decreto incurre en un auténtico fraude de ley, ya que se respeta aparentemente la Ley al suprimir el visado colegial y simultáneamente se llega a un resultado igualmente contrario al ordenamiento jurídico al establecer una verificación privada, obligatoria y onerosa, previa a la obtención de una licencia de obras.

El Abogado del Estado sostiene por su parte que la intervención de la entidad privada de verificación es voluntaria, no preceptiva, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 9.3 del Real Decreto, que se limita a establecer la presunción de que el proyecto técnico cumple con las exigencias reglamentarias cuando haya sido sometido a verificación por un entidad habilitada. Según el representante de la Administración, con ello no se impone ninguna obligación.

El Colegio Oficial de Telecomunicaciones entiende que el requisito de la verificación sí es obligatorio, aunque no se diga de forma explícita, y sostiene que debieran ser los Colegios profesionales quienes se encomendaran de dicha supervisión mediante el visado; considera que el requisito de la verificación viene a substituir al suprimido visado, dada la complejidad técnica de las instalaciones de que se trata.

El Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones por su parte considera que la disposición adicional quinta de la Ley de Colegios Profesionales , introducida por la Ley 25/2009 da cobertura a la exigencia de verificación.

CUARTO .- Sobre la exigencia de verificación de los proyectos técnicos de instalaciones comunes de telecomunicaciones.

Tras el sucinto resumen de las principales razones esgrimidas por las partes, es preciso en primer lugar dilucidar si el requisito de verificación del proyecto de instalaciones comunes de telecomunicaciones es obligatorio o no, puesto que la queja formulada por la actora sería rechazable de tener razón el Abogado del Estado en que se trata de un requisito voluntario: en tal caso no se producirían las vulneraciones denunciadas, que presuponen que la verificación es un requisito obligatorio.

El examen del Real Decreto evidencia de forma indubitada que se trata de un requisito preceptivo. La norma impugnada dedica los tres primeros apartados del artículo 9 al proyecto técnico (los apartados cuatro a seis se refieren a las entidades de verificación). Pues bien, en su primer apartado se indican la finalidad, contenido y principales aspectos del proyecto técnico y el párrafo quinto del mismo dice expresamente lo siguiente:

"El proyecto técnico, firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT, que dispone de la titulación establecida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación que, en su caso, actuará en coordinación con el autor del proyecto de edificación, debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello."

Así pues, de forma inequívoca el precepto establece que las redes de telecomunicaciones que se instalen en el interior de lo edificios "deberán contar con el correspondiente proyecto técnico" (art. 9.1, primer párrafo) y que el proyecto técnico "debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia

necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello" (*ibidem* , quinto párrafo).

No cabe pues duda de que la instalación de las ICT deben contar con un proyecto técnico y que este ha de estar, preceptivamente, verificado por una entidad capacitada legalmente para ello, por lo que sorprende la interpretación del Abogado del Estado. Es verdad, como aduce el representante de la Administración, que el apartado 3 del referido artículo 9 se limita a establecer que la verificación otorga al proyecto técnico una presunción de que el mismo cumple con la normativa técnica, pero eso se añade a la expresa previsión de su exigibilidad, como ya hemos indicado.

QUINTO .- Sobre la legalidad de la exigencia de verificación.

La cuestión a dilucidar es pues, si tal exigencia resulta compatible con las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Directiva 2006/123/CE.

La parte recurrente centra su argumentación en las previsiones contenidas por la citada Directiva. Esta regula en el capítulo III la libertad de establecimiento de los prestadores (arts. 9 a 15) y en el IV, la libre circulación de servicios, versando su primera sección sobre la libre prestación de servicios y las posibles excepciones (arts. 16 a 18); en ambos capítulos hay prescripciones sobre la libertad del ejercicio de la prestación de servicios, sobre la que trata la presente litis.

De toda esa regulación resulta pertinente recordar que el artículo 16, que se refiere específicamente a la libre prestación de servicios, impone estrictas limitaciones a cualquier condicionamiento al acceso o desarrollo de cualquier actividad de servicios. Así, el precepto excluye que se pueda condicionar el acceso o el ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (apartado 1), así como también prohíbe otros requisitos enumerados en el apartado 2, entre los que se encuentran la colegiación obligatoria "salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario". Finalmente, el precepto admite en todo caso (apartado 3) que los Estados miembros impongan requisitos "que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1".

A su vez el artículo 17 exceptúa de las garantías establecidas en el precepto anterior a determinados servicios y materias, entre las que se incluyen (apartado 6) aquellas "a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE , incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión"; la citada Directiva, que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, trata en su título II precisamente de la libre prestación de servicios.

Debe tenerse presente, por consiguiente, que según las previsiones anteriores implican el derecho comunitario impone severos criterios para limitar el libre ejercicio de una actividad de prestación de servicios, pero sin embargo admite que se reserve el ejercicio de una determinada actividad a una profesión, como de hecho sucede con la actuación ante los tribunales a los abogados, necesariamente titulados en derecho - aunque en este caso el derecho europeo ha previsto y regulado de forma expresa la excepción mediante la Directiva 77/249/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1.977-.

En cualquier caso, aunque la parte aduce en defensa de su pretensión tanto la Directiva como la referida Ley 17/2009, siendo ésta la transposición de aquélla al derecho interno, es la Ley nacional la que ostenta la prioridad a la hora de valorar la legalidad del Real Decreto impugnado, sin menoscabo del valor interpretativo de la Directiva. En cualquier caso la Ley 17/2009 traspone de manera muy fidedigna las previsiones de la Directiva y trata de asegurar el libre ejercicio de las actividades de servicios remuneradas, restringiendo severamente la posibilidad de condicionar dicho ejercicio mediante requisitos o limitaciones de cualquier tipo. A los efectos de valorar la legalidad de la exigencia de que los proyectos técnicos de ICT sean verificados por una entidad habilitada para ello conviene hacer una sucinta referencia a tales previsiones.

Las limitaciones contempladas por la Ley pueden referirse, siguiendo a la directiva, tanto a la libertad de establecimiento (capítulo II, arts. 4 a 11) como a la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros (capítulo III, arts. 12 a 16). En particular, resultan aplicables al caso los siguientes preceptos. En primer lugar, el artículo 9, referido a los principios aplicables a los requisitos exigidos al acceso y al ejercicio de cualquier actividad de servicios, estipula que tales requisitos, además de otras exigencias, han de "estar justificados por una razón imperiosa de interés general" y han de "ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general" (artículo 9.2.b y c).

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley -que traspone el artículo 16 de la Directiva- establece que los prestadores de servicios establecidos en cualquier otro Estado miembro pueden prestar servicios en España

sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con la propia Ley (apartado 1). Seguidamente, tras prohibir de forma expresa determinadas restricciones (apartado 2), estipula en el siguiente apartado que el acceso o el ejercicio de la actividad de prestación de servicios puede ser supeditado, sólo excepcionalmente, a requisitos que determine la legislación sectorial aplicable "únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección de medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada" (apartado 3). Tales garantías, aunque dirigidas a los prestadores de servicios de otros Estados miembros de la Unión Europea, se aplican necesariamente también a los prestadores españoles establecidos en España.

En cuanto a las posibles limitaciones al ejercicio de la actividad de prestación de servicios están contempladas, en lo que aquí importa, en el artículo 13 de la Ley, intitulado "excepciones a la libre prestación de servicios", que transpone el artículo 17 de la Directiva. En dicho precepto se excluye la aplicación de la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación de servicios a determinadas materias y actividades, entre las que se cuentan la libre prestación de servicios de los abogados (apartado 2.b) y, repitiendo la dicción antes transcrita del artículo 17.6) de la Directiva, a "las materias a que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2.005 , relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión".

Pues bien, con ese marco normativo debemos considerar si la exigencia de una verificación obligatoria del proyecto técnico para una actuación sumamente concreta, como lo son las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios, respeta las referidas limitaciones legales al establecimiento de requisitos o restricciones de cualquier tipo para el libre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios.

En primer lugar, debemos asumir que la exigencia de que el proyecto de ICT se tenga que someter preceptivamente a una verificación privada externa constituye, sin duda, una limitación o condicionamiento al ejercicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al imponer esa obligación, un profesional, aun disponiendo de la titulación y formación técnica adecuada, no puede prestar el servicio de elaborar un proyecto técnico para una determinada instalación que sea válido por sí propio, sino que ha de someter dicha labor profesional a un requisito o condicionamiento externo.

En segundo lugar hemos de determinar si dicha limitación supera los criterios contemplados tanto en la Ley como en la Directiva citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse al libre ejercicio de una actividad de servicios. En cuanto al fundamento, no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-. En términos más concretos, el artículo 12.3 admite que el acceso o el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial "por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente", además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

Pues bien, resulta claro que la exigencia de que se trata no puede ampararse en ninguna de tales razones, tanto menos cuanto se trata de un requisito general y permanente para todos los prestadores, lo que hace todavía más evidente su falta de fundamento. En efecto, de entre las razones previstas por el legislador, es claro que no puede considerarse que concurra la de seguridad pública, tanto por la naturaleza de las ICT, cuanto porque el propio Gobierno, en uso de la habilitación otorgada por el legislador (artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales -Ley 2/1974, de 13 de febrero -) no ha considerado incluir los proyectos de ICT en los trabajos profesionales necesitados de visado obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio), lo que supone que no ha considerado que concurra una relación de causalidad directa entre el citado trabajo profesional y la integridad física y seguridad de las personas (artículo citado de la Ley 2/1974). En este sentido, tiene razón la asociación actora cuando denuncia un fraude de ley al haberse excluido el visado obligatorio y sin embargo, introducir un requisito equivalente por medio de la exigencia de la verificación privada externa obligatoria.

Las razones anteriormente expuestas nos conducen a estimar el recurso en este punto, anulando el inciso final del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto impugnado: "debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello".

Aunque esta anulación provoca un indudable desajuste sintáctico, no se produce sin embargo ninguna inseguridad jurídica, pues siguen vigentes las restantes previsiones del párrafo, esto es, que el proyecto estará firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT y que el mismo actuará en su caso en coordinación con el autor del proyecto de edificación. Por otra parte, carece de relevancia el hecho de que quede sin objeto la remisión al párrafo suprimido por parte del apartado 3, primer párrafo, del mismo artículo 9, el cual estipula que "se presumirá que el proyecto técnico cumple con las determinaciones establecidas en este reglamento y demás normativa aplicable, *cuando haya sido verificado por una entidad que cumpla los requisitos señalados en el apartado 1 del presente artículo*, siempre y cuando dicha verificación se realice siguiendo los criterios básicos establecidos mediante orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio".

Está claro que esta presunción no resulta alterada por la anulación antes señalada, si bien ahora la verificación, con tales efectos, será simplemente voluntaria. Ahora bien, como hemos indicado, al quedar suprimido el inciso anulado se pierde la referencia a los requisitos de las entidades de verificación incluidos en el mismo; sin embargo, fuera del hecho de que la remisión quede ahora sin objeto, tales requisitos están también recogidos con mucho mayor detalle en el apartado 4 del propio artículo 9 de la Ley, dedicado a las exigencias requeridas a las entidades de verificación, con lo que dicha circunstancia resulta irrelevante.

SEXTO .- Conclusión y costas.

De lo expuesto en los fundamentos anteriores se deriva que se debe rechazar la pretensión de nulidad del Real Decreto por la supuesta irregularidad de su tramitación, así como la del artículo 9 en su integridad. En efecto, aunque la entidad actora solicita en su *petitum* la nulidad del mismo y de los preceptos concordantes, en realidad su argumentación no se dirige contra la exigencia de que las ICT deban contar con un proyecto técnico, sino con la necesidad de que dicho proyecto sea preceptivamente sometido a verificación por parte de una entidad de verificación debidamente habilitada, exigencia que hemos declarada nula.

No procede la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Promotores Constructores de España contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento reguladora de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, ANULANDO el inciso "debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello" *in fine* del párrafo quinto del artículo 9 del citado Reglamento, y DESESTIMAMOS el resto de pretensiones formuladas.

No se hace imposición de las costas procesales.

En relación con el artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional, publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-