

Id Cendoj: 28079130032010100273
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 179/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Reglamento de **Instalaciones Térmicas** de Edificios, Real Decreto 1020/2007 de 20 de julio-Directiva 90/396/CEE del Consejo, de 29 de junio, y Directiva 2009/142/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre aparatos de gas

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil diez.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo nº 179/ 2007 interpuesto por SEDIGAS, ASOCIACION ESPAÑOLA DEL GAS, representada por la Procuradora DªAfrica Martín-Rico Sanz, contra *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio* , sobre aprobación del Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "Sedigas, Asociación Española del Gas", interpuso recurso contencioso- administrativo con fecha 23 de octubre de 2007, contra *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio* , sobre aprobación del Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, siendo admitido a trámite por esta Sala por resolución de 26 de octubre de 2007 que, al tiempo, ordenó la petición del expediente administrativo y el emplazamiento de las partes que pudieran estar interesados en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y tras la ampliación del mismo, por providencia de fecha 22 de julio de 2008 se da traslado al recurrente "Sedigas, Asociación Española del Gas", con entrega del mismo, para que formalice la demanda en el plazo legal que le resta.

TERCERO.- Formalizada demanda por la recurrente, en escrito presentado con fecha 2 de octubre de 2008, fundamenta su recurso en los cuatro motivos siguientes:

Primero: Motivos impugnatorios referidos a los *artículos 1.3.4.1.3.1 y 1.3.4.1.3.3 de la Instrucción Técnica 1.3.1.1.3 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios* : evacuación obligatoria de los productos de combustión por la cubierta de los edificios.

Segundo:Nulidad por vulneración del principio de jerarquía normativa. Infracción de normas de derecho comunitario originario prevalentes: imposición de una restricción a la libre circulación de aparatos de gas incompatible con los Tratados.

Tercero: Infracción de normas de derecho comunitario derivado. Invocabilidad directa de la *directiva 90/396/CEE* . Pérdida del efecto útil de la *directiva 90/396/CEE* sobre aparatos de gas.

Cuarto: Infracción de normas de rango legal en materia de seguridad industrial (*Art. 13 del RITE*).

Terminando por suplicar que "previo recibimiento del pleito a prueba, dicte sentencia que :

i) anule, en su integridad, el *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, por el que se aprueba Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, por concurrir en él los motivos impugnatorios detallados en el apartado B) de los Fundamentos de Derecho de orden jurídico-sustantivo del presente escrito de demanda.

ii) subsidiariamente, anule el *artículo 1.3.4.1.3.1 de la Instrucción Técnica 1.3.4.1.3 del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, en sus apartados a) b) c) y d).

iii) condene en costas a la Administración Demandada."

Así mismo, que la cuantía del presente recurso es indeterminada e interesa el recibimiento a prueba y trámite de conclusiones escritas.

CUARTO.- Por providencia de fecha 3 de octubre de 2008 se dio traslado del escrito de demanda a la "Administración del Estado", para que en el plazo de veinte días formalizara su escrito de oposición, que evacuó en escrito de fecha 19 de noviembre de 2008, en el que suplicaba se dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso declarando el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, aprobado pro *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, conforme a derecho.

QUINTO.- Practicada prueba, a instancia de la recurrente, por resolución de fecha 24 de febrero de 2009, se acuerda dar traslado a "Sedigas, Asociación Española del Gas" por diez días para conclusiones escritas. Evacuado el trámite con fecha 23 de marzo de 2009, la recurrente termina suplicando "se dicte sentencia estimatoria del presente recurso".

SEXTO.- Por resolución de fecha 24 de marzo de 2009 se dió traslado a la "Administración del Estado" para que presentara sus conclusiones, trámite que evacuó en escrito presentado el 15 de abril de 2009, en la que terminó suplicando a la sala que dicte "sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por SEDIGAS contra el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, aprobado por *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, al ser el mismo plenamente conforme a Derecho".

SEPTIMO.- Señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de noviembre de 2009, se dictó providencia suspendiendo el señalamiento acordado, a fin de requerir al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para que informara de las actuaciones realizadas subsiguientes al dictamen razonado de la Comisión Europea de fecha 19 de diciembre de 2006, emitido de conformidad con el *apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 98/34 / CE de 22 de junio de 1998*.

OCTAVO.- Recibido el informe solicitado, por providencia de 2 de diciembre de 2009 se dio traslado a las partes por plazo de cinco días a fin de que alegaran lo que a su derecho conviniera. Trámite que fue evacuado por la representación procesal de "Sedigas, Asociación Española del Gas" y de la "Administración del Estado".

NOVENO. - Señalado nuevamente para Votación y Fallo el día 2 de febrero de 2010, y por providencia de la misma fecha, con suspensión del señalamiento, se acordó oír a las partes por plazo de quince días sobre: A) La acumulación del recurso contencioso-administrativo número 1/182/07 (promovido por la Asociación de Promotores Constructores de España), al recurso número 179/07 (interpuesto por la Asociación Española de la Industria del Gas -SEDIGAS), seguidos ante esta misma Sección, en los que se impugna el mismo *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de **instalaciones térmicas** en los edificios; y B) La conveniencia de plantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

DÉCIMO .- Habiéndose evacuado el trámite de alegaciones por el Abogado del Estado y Sedigas, por providencia de 6 de julio de 2010 se señala para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2010, fecha en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Asociación Española del Gas "SEDIGAS" cuyo objeto consiste en la representación, gestión y defensa de los intereses colectivos de sus asociados en relación con sus actividades en la industria y comercio del petróleo y sus derivados, impugna el *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios.

Las pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo presentan un distinto alcance. Los tres primeros motivos de nulidad se contraen a los *artículos 1.3.4.1.3.1 y 1.3.4.1.3.3 de la Instrucción Técnica 1.3.4.1.3*, relativos, respectivamente a la evacuación de los productos de combustión y a la evacuación por conducto con salida al exterior o al patio de ventilación, por su colisión con normas del Derecho Comunitario, mientras que en el último de los motivos de impugnación se plantea, en esencia, la nulidad del *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, en su integridad, por infringir normas de rango legal en materia de seguridad industrial.

Esta doble formulación se refleja en el suplico de la demanda en el que se solicita, de forma principal, la anulación, en su totalidad, del *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio* impugnado y de forma subsidiaria, la anulación de los concretos *artículos 1.3.4.1.3.1 y 1.3.4.1.3.3 de la Instrucción Técnica 1.3.4.1.3* del mencionado Real Decreto, sobre **Instalaciones Térmicas** en los Edificios.

En el desarrollo de estos motivos se afirma en la demanda que estos últimos preceptos de la Instrucción Técnica constituyen una medida reglamentaria de efecto equivalente a una restricción de la libre circulación de mercancías en el territorio comunitario toda vez que al obligar, con carácter general, la evacuación individualizada de los productos de la combustión del generador por las cubiertas de los edificios -a excepción de ciertos generadores que utilicen combustibles gaseosos- produce el efecto de impedir, obstaculizar o restringir la puesta en el mercado o la comercialización de aparatos de gas del tipo A y B que, siendo conformes con las exigencias de seguridad de las Directivas Comunitarias pueden, en principio, ser instalados cualquiera que sea la forma de evacuación. La Instrucción, en cuanto impone una solución única de evacuación obligatoria de los productos de combustión por la cubierta de los edificios, implica, en opinión de la Asociación recurrente, una restricción objetiva a la libre circulación al introducir una barrera a determinados tipos de aparatos conformes con la seguridad comunitaria, que produce el efecto de impedir, obstaculizar o restringir la puesta en el mercado o comercialización de los aparatos de gas definidos como del tipo A y B con arreglo al "Esquema Europeo para la clasificación de los aparatos que utilizan combustibles gaseosos según la forma de evacuación de los productos de combustión (CEN/TR 1749)", diseñados y aprobados para desarrollar sus prestaciones propias por fachada, homologados y que cumplen las exigencias de seguridad de las Directivas Comunitarias.

Al igual que infringe el *artículo 4 de la Directiva 90/396/CEE* relativa a la "aproximación de los Estados miembros sobre los aparatos de gas" que reconoce la libre circulación de los aparatos de gas que reúnan las exigencias de seguridad de la propia Directiva, transpuesta al ordenamiento interno por el *artículo 2 del Real Decreto 1428/1992, de 27 de noviembre*.

Finalmente, se afirma la infracción de normas de rango legal en materia de seguridad industrial, que remiten a las previsiones del derecho comunitario en materia de determinación de estándar de seguridad y, en consecuencia, infringiendo el Reglamento impugnado el *artículo 4 de la mencionada Directiva 90/396/CEE*, se infringe de manera oblicua -el *artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de Julio, de Industria*, dado que la determinación de los parámetros de seguridad industrial se efectúa por remisión a las normas comunitarias, de modo que la observancia de las exigencias esenciales de seguridad de la *Directiva 90/396/CEE* u otras normas comunitarias implica la concurrencia de niveles de seguridad acordes con la legislación interna. Los productos industriales seguros han de poder circular en el mercado, comercializarse y ser instalados sin restricciones. En consecuencia, excluir o restringir la libre circulación, en el mercado, de productos seguros, conforme a la legislación de industria, o, en otros términos, imponer una solución de evacuación de productos de combustión que, amén de disminuir su rendimiento y eficiencia energética, cuestiona la seguridad misma de una amplia gama de otros aparatos de gas, que, de evacuar a fachada, serían seguros, constituye infracción de la legislación de seguridad industrial acabada de transcribir, y determina la nulidad del concreto precepto de la disposición impugnada, por exigencia del principio de jerarquía normativa.

SEGUNDO.- Para el adecuado entendimiento de lo que se suscita en este recurso, resulta oportuno introducir ahora una referencia preliminar a los precedentes normativos del Real Decreto, teniendo en cuenta la regla general de evacuación de productos de combustión por cubierta que han incorporado anteriores disposiciones, cuya impugnación ha sido objeto de pronunciamiento por esta Sala.

La *Disposición Final segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, autorizó al Gobierno para que mediante Real Decreto y en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, aprobase un Código Técnico de la Edificación que estableciera las exigencias que debían cumplir los edificios en relación con los requisitos básicos establecidos en el *artículo 3, apartados 1 b) y 1 c) de la Ley*, relativos a la seguridad y a la habitabilidad y que, a su vez, se subdividen el primero en seguridad estructural, seguridad en caso de incendio y seguridad de utilización, y el segundo en higiene,

salud y protección del ambiente, protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico y otros aspectos que permitan un uso satisfactorio del edificio.

El Real Decreto 314/2006, de 17 de Marzo, aprueba el Código Técnico de la Edificación que, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus **instalaciones**.

El segundo inciso del artículo 13.3, de dicho Código de la Edificación incluye como regla general que la evacuación de los productos de combustión del generador se realizara por la cubierta del edificio, y solo por excepción, se permite la salida directa de los productos de combustión por fachada o patio de ventilación.

En particular, el apartado tercero del artículo 13 del Código Técnico de Edificación que contempla la "Exigencia básica HS3 : calidad del aire interior" y dispone en su inciso segundo: "para limitar el riesgo de contaminación del aire interior de los edificios y del entorno exterior en fachadas y patios, la evacuación de productos de combustión de las **instalaciones térmicas** se producirá, con carácter general, por la cubierta del edificio, con independencia del tipo de combustible y del aparato que se utilice, de acuerdo con la reglamentación específica sobre **instalaciones térmicas**".

Posteriormente, el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ICG 01 a 11 que incorpora la norma UNE 60670 de 2005 sobre **instalaciones** receptoras de gas suministradas a una presión máxima de operación (MOP) inferior o igual a 5 bar".

En su Instrucción complementaria séptima, apartado segundo, sobre "diseño y ejecución de las **instalaciones** receptoras", dispone que «con carácter general, la evacuación de los productos de la combustión deberán efectuarse por cubierta», con las excepciones que a continuación señala:

*"Excepcionalmente, cuando se trate de aparatos estancos o de tiro forzado de potencia útil nominal igual o inferior a 70 kW, así como de tiro natural para la producción de agua caliente sanitaria de potencia útil nominal igual o inferior a 24,4 kW, la evacuación de los productos de la combustión podrá realizarse mediante salida directa al exterior (fachada o patio de ventilación), sin perjuicio de lo que establezca el Reglamento de **instalaciones térmicas** de los edificios.*

En edificaciones ya existentes que se reformen, si disponen de conducto de evacuación adecuado al nuevo aparato a conectar y si este reúne las condiciones establecidas en la reglamentación vigente, la evacuación de los productos de la combustión se realizará por el conducto existente".

El Real Decreto 919/2006, de 28 de julio ha sido recurrido en esta sede jurisdiccional en el procedimiento ordinario 51/2006 por el Consejo General del Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, si bien, en esta ocasión, la propia entidad demandante SEDIGAS defendió la legalidad de dicha disposición de carácter general, a pesar de contener la misma regla de evacuación de los productos de la combustión por cubierta.

Finalmente, y dada la necesidad de trasponer la Directiva 2002/91/CEE de 16 de diciembre, de eficiencia energética de los edificios y por la aprobación del código técnico de edificación por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, se aprueba el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, que deroga y sustituye el anterior reglamento de **instalaciones térmicas** en los edificios, aprobado por Real Decreto 1751/1998 de 31 de julio.

Según se indica en el Preámbulo del Real Decreto mencionado, el nuevo reglamento es una medida de desarrollo del Plan de Acción de la estrategia de ahorro y eficiencia energética en España (2005-2007) para contribuir también a alcanzar los objetivos establecidos por el Plan de fomento de las energías renovables (2000-2010).

Los preceptos impugnados (1.3.4.1.3.1 y 1.3.4.1.3.3) de la Instrucción Técnica 1.3.4.1.3 establecen la misma regla general de evacuación por cubierta.

En el Preámbulo del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, se justifica las medidas que se incluyen en el reglamento, en los siguientes términos:

"Las medidas que este reglamento contempla presentan una clara dimensión ambiental. Por un lado, contribuyen a la mejora de la calidad del aire en nuestras ciudades y, por otro, añaden elementos en la

lucha contra el cambio climático. En el primer caso, se tiene en cuenta que los productos de la combustión son críticos para la salud y el entorno de los ciudadanos. Por eso, ahora se prevé la obligatoriedad de la evacuación por cubierta de esos productos en todos los edificios de nueva construcción."

TERCERO.- Pues bien, la misma sociedad recurrente, SEDIGAS, impugnó ante esta Sala Tercera el Real Decreto 314/2006, de 17 de Marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. En particular, y por lo que ahora importa, cuestionaba el artículo 13.3, segundo inciso, del mencionado Código Técnico de Edificación por entender la actora SEDIGAS que la exigencia incluida en este precepto, de evacuación de productos por cubierta, carecía de justificación técnica y económica suficiente y vulneraba el derecho comunitario por suponer una restricción a la libre circulación de aparatos de gas incompatible con los Tratados CE.

Como vemos, se trata de una impugnación planteada en similares términos a los que se suscitan el recurso de casación que ahora conocemos, dirigido, en esta ocasión, frente al Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios. Se reiteran ahora las alegaciones vertidas sobre la eventual incompatibilidad con el derecho comunitario de la solución adoptada de evacuación de los productos de combustible por cubierta, en cuanto pudiera implicar -en opinión de la demandante- una restricción de la circulación y comercialización de los aparatos de gas homologados con una diferente evacuación de los productos de combustión, solución que se incluyó por primera vez en el Código Técnico de Edificación y que se mantiene en el Reglamento ahora impugnado referido a las **instalaciones térmicas** de edificios, Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio.

Pues bien, esta Sala ha dictado Sentencia desestimatoria en el recurso ordinario 33/2006 instado por SEDIGAS contra la previsión de evacuación por cubierta contenida en el artículo 13.3 del Código Técnico de Edificación. En la Sentencia de 4 de mayo de 2010 la Sección Quinta de esta Sala desestimó la impugnación relativa a la falta de justificación vulneración del derecho comunitario debido a las supuestas restricciones injustificadas en la libre circulación y comercialización de los aparatos de gas de evacuación por fachada derivadas de la solución adoptada en el artículo 13.3 del Código citado.

Cabe, por ello, remitirse a lo que entonces se dijo, particularmente en los fundamentos de derecho quinto a octavo de la Sentencia en que se examinan estas cuestiones y que, por su interés, conviene ahora reproducir:

<< (...) Centra, después, la demandante la impugnación formal del concreto precepto contenido en el segundo inciso del artículo 13.3 del Código Técnico de la Edificación en que no existe justificación técnica ni económica del mismo, por lo que se ha vulnerado, al aprobarlo, lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

Este motivo no puede prosperar porque en el expediente administrativo remitido a esta Sala aparecen sendos documentos fechados en junio de 2005, denominados, respectivamente, "Proyecto Final del Código Técnico de la Edificación - Memoria Justificativa" (folios 30 al 85) y "Memoria económica y Estudio de impacto" (folios 86 al 123).

En el primero, hay un apartado (folios 66 a 68) destinado a la "Calidad del aire", actualizado en agosto de 2004, en el que se recogen los coordinadores de los trabajos realizados, el equipo de redacción, los expertos que han colaborado, los antecedentes normativos, las referencias internacionales, que se concretan en Francia, Inglaterra y Gales, Bélgica y Australia, los documentos elaborados para su desarrollo, las alegaciones recibidas, un resumen del documento y ámbito de aplicación, el índice del documento, las normas necesarias para su correcta aplicación, las limitaciones del documento actual y causas, las necesidades de estudios específicos o investigación prenORMATIVA, las exclusiones del ámbito de aplicación, otros documentos complementarios a desarrollar y la evaluación de impacto del documento.

En el segundo se incluye un Anejo 4, con una tabla resumen de los sobrecostes relacionados con el DB - HS (folio 99), en cuyo epígrafe HS 3 se evalúan los costes que conlleva la disposición técnica controvertida sobre evacuación de gases de combustión por la cubierta de los edificios de nueva construcción.

A petición del propio Letrado de la demandante, el perito procesal remitió a esta Sala el documento que, con objeto de elaborar el informe, recibió de la Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda y concretamente del Subdirector General de Innovación y Calidad de la Edificación, en el que se contiene una justificación técnica de la exigencia de salubridad, tenida en cuenta para la redacción del artículo 13.3, apartado 2, del Código Técnico de la Edificación aprobado por Real Decreto 314/2006, al que se adjuntan unas fotografías y un dictamen del Consejo Superior de Higiene Pública de Francia, emitido el 27 de

septiembre de 2006, relativo a la implantación de terminales empleadas para la evacuación de productos de combustión de aparatos con circuito de combustión estanco.

El informe pericial, emitido en el proceso y solicitado por la demandante, ha versado precisamente sobre la justificación técnica de la exigencia de salubridad contenida en el artículo 13.3 del Código Técnico de la Edificación, y sus conclusiones son literalmente las siguientes: 1º «Que la exigencia de salubridad contenida en el artículo 13.3 del Código Técnico de la Edificación, apartado 2, está técnicamente justificada, según he indicado en los folios 12 al 16 del presente dictamen, corroborando en todos sus puntos los argumentos técnicos dados por D. Elías, Subdirector General de Innovación y Calidad de la Edificación del Ministerio de la Vivienda, en su escrito de contestación a mi solicitud de fecha 11-2-2009, el cual figura transcrito en los folios 9 al 12 del presente dictamen pericial judicial».- 2º «Que, además, la normativa europea CEN/TR 1749 de fecha diciembre 2005, cuya versión oficial en español es el documento UNE-CEN/TR 1749 IN de julio 2006, cuyo Título es: Esquema europeo para la clasificación de los aparatos que utilizan combustibles gaseosos según la forma de evacuación de los productos de la combustión (tipos), indica en su Anexo A, que: "Los esquemas incluidos en el citado documento tienen como fin identificar gráficamente los distintos tipos de aparatos, pero que no están destinados a ser utilizados como guía para la instalación de ellos. Y que en lo referente a la instalación de ellos es fundamental considerar los reglamentos en vigor en los diferentes países miembros del CEN donde vayan a instalarse"».- 3º «Que, por ello, para la instalación de los distintos tipos de aparatos clasificados según la forma de evacuación de los productos de la combustión, habrá de estarse al reglamento en vigor en España, el cual se ha promulgado en el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios (RITE). Este Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, establece además las circunstancias de excepción para aplicar la obligatoriedad de evacuar los productos de combustión por la cubierta de los edificios».

La representación procesal de la entidad demandante en su escrito de conclusiones descalifica dicho informe por considerarlo defectuoso y ser copia del documento remitido al perito desde el Ministerio de la Vivienda, pero lo que no puede cuestionarse es la evidencia empírica de que la eliminación de los gases de combustión por cubierta favorece la calidad del aire interior de los edificios al evitar los patios saturados por la salida de dichos gases de combustión al interior de éstos.

Tal evidencia empírica, unida a que la norma cuestionada contiene una mera regla general de evacuación de productos de combustión de las **instalaciones térmicas** por cubierta, que se remite a la reglamentación específica sobre **instalaciones térmicas**, que no es otra que la contenida en el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, en el que se contiene una regla general equivalente al prever «la obligatoriedad de la evacuación por cubierta de esos productos en todos los edificios de nueva construcción» (Exposición de motivos e IT 1. 3. 4. 1. 3.1 Evacuación de los productos de combustión), y que, a su vez, el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias, aprobado por Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, en el apartado 2 de su capítulo denominado ITC - ICG07 - **Instalaciones** receptoras de combustibles gaseosos- dispone también que: «Con carácter general, la evacuación de los productos de combustión deberá efectuarse por cubierta», no permiten tachar al precepto combatido de arbitrario e irracional, de modo que el motivo de impugnación en el que se sostiene lo contrario es manifiestamente infundado.

(...) Afirma después la representación procesal de la entidad demandante que el precepto contenido en el artículo 13.3, segundo inciso, del Código Técnico de la Edificación vulnera normas de derecho comunitario originario por imponer una restricción a la libre circulación de aparatos de gas incompatible con los Tratados CE.

Este motivo de nulidad lo trae a colación la demandante porque entiende que la previsión normativa, que dicho precepto contiene, de evacuación de los productos de combustión por cubierta restringe objetivamente la libre circulación de aparatos de gas, derivado de los problemas de adaptación a chimeneas, que pueden determinar que no sean elegidos ni sean instalados en los edificios.

Guarda este motivo relación directa con el siguiente, en el que se asegura que la norma impugnada provoca la pérdida de efecto útil de la Directiva 90/396/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre aparatos de gas, cuyo artículo 4 consagra la libre circulación de los aparatos de gas que reúnan las exigencias de seguridad de la propia Directiva, la que ha sido transpuesta al ordenamiento interno por el artículo 2 del Real Decreto 1428/1992, de 27 de noviembre.

Como repite una y otra vez el Abogado del Estado en sus alegaciones, el Código Técnico de la Edificación, a través del precepto impugnado, no tiene otra finalidad que preservar la calidad del aire interior

en los edificios y no regula el mercado de los aparatos o **instalaciones** de gas, de manera que ni de forma directa ni indirecta, al limitarse a contener una regla general con remisión expresa a la reglamentación específica sobre **instalaciones térmicas**, puede conculcar la norma de derecho comunitario originario sobre libre circulación de mercancías ni una Directiva relativa al mercado de aparatos o **instalaciones** de gas.

Según hemos indicado antes, el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias, aprobado por Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, contiene en el apartado 2 de su capítulo denominado " ITC - ICG07.- **Instalaciones** receptoras de combustibles gaseosos, una regla general equivalente a la ahora impugnada, al establecer que «con carácter general, la evacuación de los productos de la combustión deberán efectuarse por cubierta», con las excepciones que a continuación señala y que son idénticas a las contenidas en el Instrucción Técnica 1.3.4.1.3.1 Evacuación de los productos de la combustión, contenida en el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio , que ciertamente también ha sido recurrido en esta sede jurisdiccional por la misma demandante (procedimiento ordinario 179/2007), a diferencia del anterior que, combatido en el procedimiento ordinario 51/2006 por el Consejo General del Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, la propia entidad demandante SEDIGAS defiende en él la legalidad de dicha disposición de carácter general, a pesar de contener la misma regla de evacuación de los productos de la combustión por cubierta.

En conclusión, la regla general con la remisión expresa a la reglamentación específica sobre **instalaciones térmicas**, contenida en el artículo 13.3, segundo inciso, del Código Técnico de la Edificación , no constituye una medida reglamentaria de efecto equivalente a una restricción a la libre circulación de mercancías en territorio de la Unión Europea ni implica la pérdida del efecto útil de la Directiva 90/396/CEE , relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre aparatos de gas, transpuesta al ordenamiento interno por el artículo 2 del Real Decreto 1428/1992, de 27 de noviembre , de manera que los motivos de impugnación quinto y sexto, esgrimidos por la demandante, también deben decaer.

(....) Considera la demandante que el artículo 13.3, segundo inciso, del Código Técnico de la Edificación infringe lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria , dado que aquel precepto impide o dificulta la comercialización de aparatos de gas que cumplen los estándares de seguridad previstos en la legislación de industria vigente en España, puesto que, conforme a dicho artículo 13 c) de la Ley 13/1992 , el cumplimiento de las exigencias reglamentarias de seguridad industrial se prueba por cualquier medio de comprobación previsto en derecho comunitario, de modo que la observancia de las exigencias esenciales de seguridad de la Directiva 90/396/CEE u otras normas comunitarias implica la concurrencia de niveles de seguridad acordes con la legislación interna.

El indicado motivo de nulidad presupone que el precepto impugnado, al establecer la regla general de evacuación de productos de combustión por cubierta, comporta una exclusión o restricción de la libre circulación en el mercado de aparatos o **instalaciones** de gas acordes con la legislación de industria.

Sin embargo, el Código Técnico de la Edificación, a diferencia del Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, no desarrolla la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria , sino la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , razón por la que el primero se remite expresamente al segundo, y no a la inversa, en cuanto a las **instalaciones térmicas**, de manera que de existir contradicción estaría en esta última reglamentación de **instalaciones térmicas** y no en aquella, aunque ambas, al igual que el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias, contengan idéntica regla de carácter general, cual es que la evacuación de los productos de la combustión deberá efectuarse por la cubierta, si bien en estos dos últimos reglamentos se contienen las excepciones que, lógicamente, el primero incluye también, aunque contemple como más idónea, para conseguir la calidad del aire interior de los edificios y del entorno exterior en fachadas y patios, la evacuación de productos de combustión por la cubierta del edificio.

No es exacta, por tanto, la conclusión quinta (página 150) a que llegan los arquitectos que emitieron dictamen, en diciembre de 2008, a instancia de la entidad demandante y que su representante hizo llegar al perito procesal como información complementaria, cuando afirman que existe contradicción entre lo reglamentado por el Real Decreto 919/2006 y lo dispuesto en el Real Decreto impugnado 314/2006 , ya que éste claramente se remite a la reglamentación específica sobre **instalaciones térmicas**, entre las que se cuenta tanto el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios , aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio , como el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias, aprobado por Real Decreto 919/2006 , los que, según hemos indicado, contienen la misma regla general de evacuación de los productos de la combustión por cubierta con idénticas excepciones, a las que, por tanto, se remite el artículo 13.3, segundo inciso, del

Código Técnico de la Edificación .

Pero es más, estos dos peritos, a los que tanto crédito da la entidad demandante, no niegan las ventajas de esa evacuación de gases de combustión por las cubiertas sino que consideran una omisión del Código Técnico de la Edificación (conclusión duodécima, página 152) que esta disposición no recoja la obligación de construir chimeneas individuales para cada vivienda o local, tal como prescribe la Sección HS 3 para la extracción mecánica en cocinas de los vapores contaminantes de la cocción, mediante un extractor conectado a un conducto de extracción independiente de los de la ventilación general de la vivienda.

A pesar del cúmulo de cálculos que dichos peritos realizan, de difícil comprensión para esta Sala, no compartimos su conclusión octava en la que, del hecho de que las normas propias de los aparatos de calefacción y producción de agua caliente sanitaria que utilizan combustibles gaseosos de acuerdo con la Directiva 90/396/CEE contemplen los mismos valores para las concentraciones máximas de CO y NOx, deducen que no hay evidencia científica para diferenciar por efectos contaminantes la emisión de los productos de combustión a través de una chimenea vertical por cubierta de la producida por una evacuación horizontal a través de la fachada, pues lo cierto es que existe una evidencia empírica, a la que aludíamos en el precedente fundamento jurídico quinto, de que la eliminación de los gases de combustión por la cubierta favorece la calidad del aire exterior de fachadas y patios, evitando la archidemostrada realidad de los "patios saturados".

*En definitiva, el precepto en cuestión no vulnera el artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio , porque, como hemos expresado, no regula las **instalaciones térmicas** o los aparatos que utilizan combustibles gaseosos, sino que se remite a las disposiciones generales que contienen tal regulación en desarrollo de esa Ley 21/1992 , razón por la que el motivo de impugnación examinado ha de ser rechazado también."*

(...) .- De lo hasta aquí expuesto se deduce que el último motivo de impugnación, basado en la ilegalidad del artículo 13.3 del Código Técnico de la Edificación por inadecuación del mismo en cuanto a los elementos procedimentales reglados y por vulneración de los principios generales rectores de su elaboración que generan arbitrariedad, tampoco puede prosperar.

No se han conculcado, como hemos analizado antes, los principios generales que afectan a elementos reglados del procedimiento ni a la fundamentación de la misma norma, que está suficientemente justificada y no contradice otras disposiciones nacionales ni comunitarias, de manera que la doctrina jurisprudencial que se cita, recogida en las Sentencias de esta Sala de fechas 13 de marzo de 1998, 16 de junio de 2003 y 15 de junio de 2005 , no es de aplicación al supuesto ahora enjuiciado con la finalidad anulatoria pretendida por la demandante sino, por el contrario, para considerar que la Administración ha procedido, al promulgar la regla impugnada, con respeto del trámite legalmente establecido y de forma razonable y proporcionada en evitación de los riesgos de contaminación del aire interior de los edificios y del entorno exterior de fachadas y patios. >>

CUARTO.- Los razonamientos de la Sentencia antes transcrita, llegan a la conclusión de la legalidad del artículo 13.3, segundo inciso del Código de la Edificación, que introduce, por vez primera , la regla general de la evacuación de los productos de combustión por cubierta, por presentar una justificación técnica suficiente y válida, cual es la salud y la preservación de la calidad del aire interior de los edificios y del entorno exterior de fachadas y patios.

En la medida que la presente impugnación se dirige en su mayor parte a discutir la aludida solución de salida por cubierta incluida en el Reglamento de **Instalaciones** Terminas de Edificios, en línea de lo establecido en el Código Técnico de Edificación y por el Reglamento Técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos, han de decaer los argumentos esgrimidos en la demanda que se sustentan en la ausencia de justificación razonable y suficiente de las disposiciones impugnadas y ello por cuanto la disposición impugnada se limita a determinar y concretizar las especificidades técnicas derivadas de dicha regla general, que hemos declarado suficientemente justificada por razones medioambientales y de salubridad.

No cabe entender lesionado el principio de libre circulación de mercancías atendido el régimen jurídico que diseña el Reglamento respecto a la forma de evacuación de los combustibles, pues las eventuales limitaciones que puedan producirse en la comercialización de los aparatos de gas con salida a fachada -en caso de que no fuera posible canalizar o adaptar su evacuación- no resultan irrazonables ni exorbitantes respecto de la finalidad perseguida, presentan justificación objetiva y obedecen a criterios racionales.

Así es, las restricciones que eventualmente pudieran deducirse de la reglamentación impugnada, en tanto pudiera incidir indirectamente en la comercialización de este tipo de aparatos han de entenderse fundadas si tenemos en cuenta que atienden a la necesidad de preservar la calidad del aire interior y exterior de los edificios, esto es, a razones de interés general, que se conectan de forma directa con la protección del medio ambiente, lo que proporciona la justificación objetiva y razonable al criterio seguido en el Real Decreto impugnado, congruente con las anteriores disposiciones.

La solución de salida por cubierta, según ha constatado esta Sala, se encuentra objetivamente justificada y es apropiada para alcanzar el objetivo de preservar la calidad del aire interior de los edificios y de las fachadas exteriores por lo que en coherencia con lo manifestado en la Sentencia de 4 de mayo de 2010 y de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, citada por la propia recurrente, cabe considerar que la específica reglamentación técnica sobre **instalaciones térmicas** impugnada que precisa y puntualiza en lo referido a **instalaciones térmicas** la aludida regla general se encuentra solidamente avalada y resulta razonable y proporcionada.

En fin, no se ha acreditado en este proceso que la reglamentación específica contenida en los preceptos de la Instrucción técnica cuestionada, en su redacción final -con la modificación del apartado a) tras las objeciones de la dictamen razonado emitido por la Comisión Europea- contenga alguna previsión que no responda a la misma finalidad que la contemplada en la pauta general establecida o suponga una restricción desproporcionada respecto a tales finalidades. Como hemos reiterado, la exigencia de evacuación se adopta en atención a razones de salubridad pública y cabe considerar que la determinación de las condiciones técnicas que no son sino consecuencia de la anterior, obedecen y presentan la misma justificación y fundamentación.

Sin que, por lo demás, pueda olvidarse que, como indica el Abogado del Estado -y se reconoce en la demanda-, existe una diversidad de opciones en la regulación de los principales países europeos que determinan, en función de los factores concurrentes, las distintas configuraciones para la evacuación de productos para la combustión y de tipos de aparatos autorizados (Anexo I del documento elaborado UNE-CEN/TR 1749 IN) correspondiente al "Esquema europeo para la clasificación de los aparatos que utilizan combustibles gaseosos según la forma de evacuación de los productos de combustión".

QUINTO.- Finalmente, resta abordar la vulneración de lo dispuesto en el *artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria*. Se aduce que el mencionado precepto impide o dificulta la comercialización de aparatos de gas que cumplen los estándares de seguridad previstos en la legislación de industria vigente en España, toda vez que, conforme a dicho *artículo 13 c) de la Ley 13/1992*, el cumplimiento de las exigencias reglamentarias de seguridad industrial se acreditan por cualquier medio de comprobación previsto en derecho comunitario, de modo que la observancia de las exigencias esenciales de seguridad de la *Directiva 90/396/CEE* u otras normas comunitarias implica la concurrencia de niveles de seguridad acordes con la legislación interna.

La Ley de Seguridad Industrial se infringiría de manera indirecta, pues, en la tesis sostenida en la demanda, al conculcar el Reglamento el *artículo 4 de la Directiva 90/396/CEE* "es dable sostener que infringe oblicuamente el contenido del *artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria*". Parte pues, la Asociación actora de la previa vulneración de la Directiva Comunitaria para mantener, después que la observancia de las exigencias esenciales de seguridad de la *Directiva 90/396/CEE* u otras normas comunitarias implica la concurrencia de niveles de seguridad acordes con la legislación interna, de manera que los productos industriales seguros han de poder circular en el mercado y comercializarse y ser instalados sin restricciones.

Tal alegato no es acogible pues aun cuando parece plantearse desde una distinta perspectiva al invocarse un diferente precepto referido a la seguridad, en realidad, nuevamente se trae a colación la controversia sobre idoneidad de la solución de evacuación por cubierta antes examinada y por ende, hemos de reproducir los argumentos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos en los que, en coherencia con lo declarado en la Sentencia de 4 de mayo de 2010, consideramos válida y suficientemente justificada dicha exigencia.

SEXTO.- A pesar de ser desestimado el recurso contencioso-administrativo, no existen méritos para imponer las costas procesales causadas a la entidad demandante, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, conforme a lo establecido en el *artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana

del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

NO HA LUGAR y por tanto desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Africa Martín-Rico Sanz, en nombre y representación de la entidad SEDIGAS ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL GAS, contra el *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de **Instalaciones Térmicas** en los Edificios, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas.

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 la Magistrada Ponente Excmá. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.