



Roj: **SAN 1176/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1176**

Id Cendoj: **28079230062021100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/03/2021**

Nº de Recurso: **10/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000010 /2019

Tipo de Recurso: PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Núm. Registro General: 15337/2019

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Procurador: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: CONSEJERÍA DE FOMENTO DE CASTILLA-LA MANCHA

Codemandado: EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS Y OTRO.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS** TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **10/2019**, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** contra el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida. Ha comparecido como Administración demandada la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha asistida y representada por Letrado de sus Servicios Jurídicos y se ha personado como codemandado el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, representado por el procurador D.



Alberto Hidalgo Martínez; el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y el Consejo de Colegios Oficiales de Aparejadores Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Castilla la Mancha, representado por el procurador D. Javier Martín Santacruz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que presentara la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimando el recurso interpuesto, anulando del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA.

SEGUNDO. - El Letrado de Junta de Comunidades de Castilla la Mancha contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso con todos los pronunciamientos favorables a la Administración.

TERCERO. - Mediante Decreto de Decreto de 3 de febrero de 2020 se declararon conclusas las presentes actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les corresponda, a cuyo efecto se señaló el día 3 de marzo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a **Jesús Vegas** Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha interpuesto recurso contencioso administrativo, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, contra el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida.

El artículo 1 del Decreto 53/225/2019 , de 2 de abril 18, de 27 de abril, establece que:

"El presente Decreto tiene por objeto regular el Informe de Evaluación de Edificios (en adelante IEE) en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, así como el Registro de Informes de Evaluación de Edificios de Castilla-La Mancha, en desarrollo de las previsiones contenidas en la normativa autonómica urbanística, y en concreto en el artículo 138 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo".

Y su artículo 8 dispone:

" 1. El IEE podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE, siempre que cuenten con dichos técnicos.

2. A estos efectos, se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la normativa vigente de ordenación de la edificación, sin perjuicio de que el Certificado de Eficiencia Energética que forme parte del IEE pueda ser redactado por técnico facultativo competente distinto del autor de éste.

3. Cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas enumeradas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , podrán suscribir los Informes de Evaluación, en su caso, los responsables de los correspondientes servicios técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir las mismas funciones a que se refiere el apartado anterior".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado entiende que la exigencia de determinados requisitos formativos como criterio de cualificación para el ejercicio de una actividad profesional o el acceso a una profesión regulada o titulada, constituye una restricción a la competencia que solo podría estar justificada por razones de interés general, como se establece en el artículo 5.1 LGUM, por lo que debe evitarse incurrir en la infundada restricción que consiste en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad.



Sostiene que las reservas de actividades profesionales actúan como barrera de entrada y limitan el número, la variedad de operadores y la libre concurrencia en el mercado, protegen a un colectivo frente a otros operadores capacitados y generan efectos negativos en términos de competencia, eficiencia y bienestar, impidiendo que determinados operadores puedan aprovechar economías de escala, lo que generaría ganancias de productividad.

Expone que si la interpretación del artículo 8.2 del Decreto 25/2019 supone restringir los técnicos competentes para emitir los IEE de edificios de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural a los arquitectos o arquitectos técnicos, se estaría produciendo una reserva de actividad contraria al principio de necesidad y que, aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería evitarse establecer una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, con exclusión de todas las demás, y en su lugar, optar por vincularla a la capacitación técnica del profesional en cuestión y concluye que procede declarar la nulidad del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida por resultar contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, procede declarar la nulidad del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida.

TERCERO. - La representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha opone que el Decreto 25/2019, de 2 de abril por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, no contiene propiamente una reserva de actividad en materia de atribuciones profesionales sobre la elaboración de informes de evaluación de edificios sino una remisión a la normativa vigente en materia de edificación, concretamente a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE) por lo que, en definitiva, la reserva de actividad o declaración de exclusividad competencia está establecida en la propia LOE, norma con rango de ley, vigente y aplicable a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Añade que la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuando en el ámbito de sus competencias aplica esta reserva de actividad, prevista en la LOE, no lo hace con ánimo de limitar el acceso a una actividad de servicios o económica, sino en riguroso cumplimiento de lo establecido en la LOE, y por extensión en la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que justifica de forma razonada y suficiente los principios de interés público, necesidad y proporcionalidad derivados del artículo 5 de la Ley 20/2013.

Sostiene que el Decreto 25/2019, no infringe lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, puesto que concurren las razones de imperioso interés general a los que hace referencia el artículo 3 de la Ley 17/2009, (como son la protección y la garantía de la seguridad de los edificios en interés de los usuarios) y que no existe otra medida menos restrictiva de derechos, que imponga menos obligaciones a los destinatarios, por cuanto que, para garantizar la protección de la seguridad de los usuarios, es absolutamente relevante determinar el aspecto del profesional o técnico que reúna los conocimientos, formación y capacidad exigidos para la redacción del IEE. Por tanto, la distribución de competencias establecida en esta materia es proporcionada al fin del interés general, cumpliéndose los principios de necesidad y proporcionalidad a que se refiere dicho precepto legal y que el denominado test de proporcionalidad se deriva de las propias sentencias analizadas del Tribunal Supremo.

Afirma que existen razones de interés general, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y como son la protección y la garantía de la seguridad de los edificios en interés de los usuarios y esa protección de la seguridad, como se deriva expresamente del artículo 2 de la LOE, se satisface no sólo en el proyecto, sino en el mantenimiento, la conservación y el uso de sus edificios y sus instalaciones.

Considera que se cumplen los requisitos de interés general que se contienen en el artículo 3 de la Ley 17/2009, porque la reserva de actividad deriva de la LOE y de la Jurisprudencia, y que no se infringe lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado, porque además de concurrir esa razón imperiosa de interés general, la competencia exclusiva de arquitectos y arquitectos técnicos establecida en esta materia, y en los términos analizados, es proporcionada al fin del interés general, cumpliéndose los principios de necesidad y proporcionalidad a que se refiere dicho precepto legal.

Por lo demás expone que el Tribunal Supremo ha establecido una directa vinculación de la competencia para emitir Informes de Evaluación de Edificios (IEEs) con la determinación competencial que establece la LOE, para proyectar y dirigir la construcción de edificios ya que existe una íntima conexión entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación.



Manifiesta que el Tribunal Supremo [sentencias de 9 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6520) y 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5928)], ha declarado que la competencia profesional para emitir los informes de evaluación de edificios, viene determinada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), y por ello, los profesionales competentes son los que poseen los títulos académicos y profesionales habilitantes para proyectar edificios, la dirección de obras o la dirección de ejecución de las obras, teniendo en cuenta los usos a que se destine cada edificio y las competencias y especialidades de cada una de las profesiones y que esta doctrina no se modifica, ni puede modificarse, por ninguna sentencia de la Audiencia Nacional.

Añade que un hito jurídico importantísimo en materia de Informes de Evaluación de Edificios, viene dado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017 de 14 de diciembre, la cual declaró inconstitucionales varios preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; también declaró inconstitucional el Real Decreto Legislativo 7/2015 y que, en otros aspectos, la derogación afectó a los preceptos que regulaban los informes de evaluación de edificios y la determinación de los técnicos facultativos competentes y consideró que la regulación de esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas y no al Estado. Por ello entiende que aquellas normativas autonómicas que determinen las LOE, son coherentes con la doctrina del Tribunal Supremo que señalábamos más arriba, así como también con las propias reservas de actividad que establece la propia LOE.

Sostiene que en las sentencias de 9 de diciembre de 2014 y 25 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo ha establecido una directa vinculación de la competencia para emitir informes de Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs), hoy conocidos como Informes de Evaluación de Edificios (IEEs), en los que se analizan las condiciones de seguridad, habitabilidad y accesibilidad, entre otras, de un edificio, con la determinación competencia que establece la LOE, para proyectar y dirigir la construcción de edificios y que en esta vinculación subyacen las razones de interés general de garantizar el cumplimiento de los requisitos básicos de la edificación que establece la propia LOE y especialmente, que los edificios, a través de la exigencia de esas evaluaciones, cumplan con la finalidad de alcanzar un correcto estado de conservación y que, en estas Sentencias, el Tribunal Supremo deja muy claro que ha de estarse a la LOE y a las competencias que ésta establece para proyectar y dirigir edificios en cuanto a las competencias para emitir informes sobre evaluación de edificios y que únicamente los arquitectos y arquitectos técnicos o aparejadores, son los competentes en exclusiva, para emitir los informes de evaluación de edificios destinados a dichos usos por las siguientes razones: 1.- Coincidencia sustancial entre el contenido de la evaluación de edificios con los requisitos básicos de edificación que establece la LOE; 2.- Inexistencia de normas jurídicas que establezcan la diferencia entre la actividad de edificación y la de conservación; 3 - Las atribuciones profesionales de los ingenieros se delimitan por la especialidad respectiva de cada una de sus ramas y están en correspondencia con la técnica propia de cada titulación y, 4-La competencia profesional para intervenir en los informes de evaluación de edificios está en relación con la formación y conocimiento para proyectar y dirigir el edificio del que se trate en cada caso.

CUARTO.- Expuestos los términos del debate, debemos ahora analizar si el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida respeta, los principios desarrollados en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Concretamente, debemos examinar si la regulación del citado precepto, en cuanto implica una reserva de actividad a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos, implica la fijación de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios profesionales.

La CNMC, que impugna en este proceso especial el indicado artículo 8, considera que su regulación vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en cuanto, como consecuencia de la remisión que efectúa a la normativa vigente de ordenación de la edificación, dispone que únicamente los arquitectos y los arquitectos técnicos son los profesionales competentes para realizar informes de evaluación de edificios de viviendas de acuerdo con los que se efectuarán las inspecciones técnicas en edificios con uso residencial.

Conviene desde un principio destacar que la impugnación efectuada por la CNMC se ha realizado con arreglo al procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado lo cual implica que la adecuación de la norma impugnada deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esto se destaca porque la CNMC únicamente discute el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, en cuanto ha establecido una reserva a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos, vulnera los principios recogidos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Planteado así el proceso, corresponde a esta Sección examinar si la citada reserva de cualificación profesional vulnera o no los principios de necesidad, de interés general y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

En esta línea, destacamos lo que se indica en el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, cuando señala que "esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado". Ley que se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. Con ese fin introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que "... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella".

Además, existen unos principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben tenerse en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias y así el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre dispone que: "Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia". Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con "las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella" - art. 9.2.a) de la Ley 20/2013-.

Debemos, por tanto, analizar si la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, al dictar el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, ahora impugnado, ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:

" 1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Y el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prevé como "razones imperiosas de interés general":

"...razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

Y el artículo 16 de la Ley 20/2013 dispone que "el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales".

En el mismo sentido, el artículo 18 de la Ley 20/2013 que regula las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación dispone:



"1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado".

QUINTO -. Ninguna de las partes intervinientes en este proceso niega que la redacción del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida suponga el establecimiento de una reserva a favor de un colectivo profesional para emitir los informes de evaluación de edificios de viviendas de acuerdo con los que se efectuarán las inspecciones técnicas en edificios con uso residencial. Y ello, en un principio, implica la fijación de obstáculos y de trabas en el ejercicio de la actividad económica profesional. La discusión entre las partes se centra en justificar si esa regulación es o no contraria a los principios recogidos en los artículos 5 y 17 de la LGUM lo que implica que debemos ahora examinar si dicha reserva de actividades profesionales se ha establecido atendiendo a los principios de necesidad, de interés general, de proporcionalidad y de no discriminación.

Por tanto, lo único que debemos analizar en este proceso es si esa regulación concreta, en cuanto limita a un colectivo profesional concreto la realización de los informes de evaluación técnica de los edificios de viviendas, implica o no la fijación de obstáculos al ejercicio de una actividad profesional por cuanto excluye a otros profesionales que pudieran tener cualificación profesional para su emisión. Limitación que podría ser ajustada a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado si la Junta de Comunidades, al dictar el artículo 8 del Decreto impugnado hubiera tenido en cuenta los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación recogidos en los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado para justificar que únicamente los arquitectos y los arquitectos técnicos son los profesionales cualificados para la emisión de los informes de inspección técnica de los edificios de viviendas. Como así expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 79/2017, de 22 de junio:

"En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad."

La CNMC apoya el recurso interpuesto indicando que esa restricción para ser válida debería haberse motivado en razones de interés general y justificando, en su caso, la inexistencia de otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad afectada. Frente a dicha tesis, la Administración demandada justifica la validez del citado precepto señalando que tiene amparo legal en cuanto se ajusta a lo exigido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Esta Sección no comparte la tesis de la demandada en este proceso. Esta Sección rechaza que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación a la que se remite el artículo 8 del Decreto impugnado recoja una reserva legal a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos para la emisión del informe de evaluación técnica de los edificios de viviendas. Esa reserva legal afecta únicamente al proceso de construcción. Concretamente, en el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación se especifica que la misma se aplica al proceso de la edificación entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente. Y en el artículo 2.2 se destaca que, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, tendrán la consideración de edificación y requerirán un proyecto según lo especificado en el artículo 4 las siguientes obras: obras de edificación de nueva construcción, todas las intervenciones sobre los edificios existentes siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio, y las obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico. Ninguna mención se contiene sobre la emisión de informes técnicos de inspección de edificios de viviendas o sobre la emisión de informes de evaluación de edificios residenciales ni tampoco podemos entender incluida esa actividad en el proceso de construcción a la vista del contenido que debe contener el informe aludido tal como se refleja en el artículo 8 del Decreto impugnado. Dicho artículo refiere el contenido que tiene que tener el informe de esta inspección técnica y es: identificación del edificio; identificación del personal técnico; características generales del edificio; estado de conservación del edificio; apreciación de las deficiencias detectadas así como su clasificación; recomendaciones técnicas para la mejora de la sostenibilidad y la ecoeficiencia del edificio; la evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y la utilización del edificio de acuerdo con la normativa vigente. Informe que destacamos tiene una validez de cuatro meses a contar desde la fecha de su emisión.

Tampoco razona la parte demandada que la reserva a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos para la emisión del informe de evaluación técnica de los edificios de viviendas contenida en el artículo 8 del Decreto

25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida tenga cobertura en otra disposición autonómica con rango legal.

SEXTO.- Así las cosas, el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril no tiene amparo en ninguna norma con rango de ley, ni estatal ni autonómica ; no obstante, debemos ahora examinar si la reserva a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos para realizar los informes de valoración de los edificios residenciales, de acuerdo con los que se efectuarán de la inspección técnica de los edificios de viviendas supone un obstáculo al ejercicio de la competencia en cuanto impide que puedan realizarse por otros profesionales igualmente cualificados. Análisis que debemos realizar atendiendo a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en cuyo artículo 9 se especifica que las autoridades administrativas, en sus actuaciones administrativas y al dictar disposiciones de carácter general que impliquen la regulación de una actividad económica o incidan en ellas, deben respetar los principios de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad. Y ello supone que, cuando se establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, la autoridad administrativa que actúa en ejercicio de sus competencias deberá motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general comprendida en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y, además, deberá justificar que no existen otros medios menos restrictivos al libre ejercicio de las actividades profesionales. Principios recogidos en los artículos 3, 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 en la que se señalan las razones que justifican la aplicación de los principios que se recogen en los citados preceptos. Concretamente, en dicha sentencia se ha señalado:

"El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7º).

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen...Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

Una vez que hemos resaltado la razón de ser de los principios de necesidad y de proporcionalidad debemos analizar si la autoridad autonómica al dictar el artículo 7.4 del Decreto 67/2015 ahora impugnado ha tenido en cuenta los referidos principios previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.

Pues bien, en el caso analizado, la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha no ha acreditado ni ha justificado en la elaboración del Decreto 25/2019, de 2 de abril, que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente, que justificase una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica - en este caso para realizar el informe de evaluación de los edificios de uso residencial - en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, la Administración demandada debería haber razonado la concurrencia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, precepto al que remite el artículo 5 LGUM.

No se pone en duda que el principio de seguridad de las construcciones de los edificios de viviendas es esencial en cuanto beneficia a los consumidores y a los trabajadores de tal manera que ello justifica que la realización de dicha actividad se haya encomendado a los técnicos que están más cualificados y, de acuerdo con la regulación de la Ley de Ordenación de la Edificación, dicha función se ha atribuido a los arquitectos y a los arquitectos técnicos. Del artículo 10.2.a) de la Ley de Ordenación de la Edificación se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para la elaboración de proyectos de edificación de uso residencial relativos a nueva construcción, modificación con alteración de la configuración arquitectónica o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística. No obstante, no se desprende de la citada regulación la existencia de una reserva legal a favor de los arquitectos en materia de inspección técnica de edificaciones de viviendas.

Y en el debate ahora planteado no se analiza la competencia profesional para la construcción de edificios de viviendas, sino si en la emisión del informe de evaluación de acuerdo con el que se efectuará la inspección técnica de los edificios de uso residencial está justificado que el artículo 8 impugnado atribuya únicamente esa competencia a los arquitectos y a los aparejadores técnicos. Como ya hemos señalado, la CNMC sostiene que no está justificada ni es proporcionada esa limitación a favor de los arquitectos y de los aparejadores técnicos. Y ello determinaría, según solicita, su nulidad por ser contrario a las garantías recogidas en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Pues bien, una vez que se ha constatado que en el proceso de construcción de los edificios de viviendas no se incluye la posterior inspección técnica, debemos analizar si está justificada y si es proporcionada la limitación recogida apoyándose en razones de necesidad y de proporcionalidad. La necesidad debería haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM y aunque concurriese alguna de esas razones, la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha debería haber evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincular el ejercicio de la actividad a la capacitación técnica del profesional.

El principio de proporcionalidad implica que cualquier límite o requisito para el desarrollo de una actividad económica deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. Ninguna justificación de interés general se ha aportado por la Generalitat demandada para justificar la regulación impugnada que establece un límite al acceso y ejercicio de una actividad económica profesional. Sin que resulta válida a los efectos examinados la justificación dada de que la Ley de Ordenación de la Edificación, a la que se remite el



precepto impugnado, permitía esa reserva porque, como ya hemos expuesto anteriormente, esa reserva se ha establecido únicamente para todo lo que afecta al proceso de construcción de los edificios de viviendas.

Es lo cierto que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, rec.578/2014 y 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012 no analizaron, a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado, la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9. Es más, en la sentencia de 22 de diciembre de 2016, rec. 177/2013 al enjuiciar el Tribunal Supremo la legalidad del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, para la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados técnicos (en ese caso, de eficiencia energética) afirma que deberá tenerse en cuenta "la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación", sin reconocer la exclusividad de expedición de dichos certificados a favor de una titulación técnica en concreto.

Por tanto, esa reserva de actividad que supuestamente atribuye la LOE en éste ámbito a arquitectos y arquitectos técnicos no es tal pues los Informes de inspección técnica de los edificios de viviendas no tienen la naturaleza de proyectos de obras ni de dirección de obras, ni de dirección de ejecución de obras y una cosa es la exigencia de la titulación necesaria para realizar un proyecto de edificación o dirección de obra de un edificio según su uso como distingue la LOE y otra que esa misma titulación sea la requerida para realizar el informe técnico del estado de un edificio de viviendas ya construido. Y reproduciendo ahora argumentos contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional nº 143/2017, de 14 de diciembre: "A estos efectos, se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación".

En consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en defensa y representación de la CNMC y acordamos la nulidad del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, por cuanto ha establecido límites y obstáculos al libre ejercicio de la actividad profesional sin estar justificado en principios de necesidad, de interés general y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Esta decisión se fundamenta exclusivamente en que el artículo 8 impugnado no tenía apoyo en ninguna norma con rango de ley -ni estatal ni autonómica- y en que se había acreditado ni justificado la razón que implicaba limitar su emisión a un colectivo profesional concreto en detrimento de otros técnicos que pudieran estar cualificados profesional y técnicamente.

Este mismo criterio se ha recogido en las sentencias dictadas por esta misma Sección en fechas 10 de septiembre de 2018 (rec. nº 16/2017) y 31 de octubre de 2018 (rec. nº 5/2017).

Lo expuesto determina la estimación del presente recurso y en, consecuencia, la anulación del segundo inciso del apartado primero del citado artículo 8 impugnado cuyo tenor "A estos efectos, se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la normativa vigente de ordenación de la edificación, sin perjuicio de que el Certificado de Eficiencia Energética que forme parte del IEE pueda ser redactado por técnico facultativo competente distinto del autor de éste".

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. **10/2019**, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** contra el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla- La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida en los términos expuestos en el Fundamento Derecho Sexto de la presente resolución, con imposición de costas a la parte demandada.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ