

**Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª,
Sentencia de 10 Sep. 2018, Rec. 16/2017**

Ponente: Resa Gómez, Ana Isabel.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 117996/2018

ECLI: *ES:AN:2018:3388*

Sentencia confirmada

AYUDAS Y SUBVENCIONES. Denegación de las subvenciones para rehabilitación solicitadas por varias comunidades de propietarios porque el informe de evaluación del edificio no estaba firmado por un arquitecto o arquitecto técnico, que serían los únicos profesionales competentes para la autoridad autonómica. Vulneración de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Las resoluciones denegatorias no invocan razones de interés general que justifiquen limitar a una titulación concreta la emisión del IEE.

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios, anulándolas.

A Favor: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

En Contra: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000016 / 2017

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

Núm. Registro General: 03938/2017

Demandante: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

Demandado: INSTITUTO GALLEGO DE LA VIVIENDA Y SUELO

Codemandado: COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE GALICIA Y EL CONSEJO GALLEGO DE COLEGIOS DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS

Abogado Del Estado

Ponente IIma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA Nº:**IIma. Sra. Presidente:**

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 16/2017, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda de fecha 20 de diciembre de 2016 en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios de La Coruña (expedientes 201615RHED00112V, 201615RHED00022L, 201615RHED00021H, 201615RHED00087S, 201615RHED00090H). Y como Administración demandada ha comparecido, el Instituto Gallego de la Vivienda y el Suelo representado por el Letrado de la Xunta de Galicia, habiendo actuado como codemandados el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia representado por la Procuradora D^a Ana Barallat López y el Consejo Gallego de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos representados por el Procurador D. Victorino Regueiro Muñoz. Ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ, Magistrada de esta Sección.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase 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 por la que se anulen las resoluciones administrativas impugnadas.

SEGUNDO. - El Letrado de la Xunta de Galicia contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia desestimatoria, petición que igualmente reiteraron las codemandadas en sus respectivos escritos de contestación.

TERCERO.- Re cibido el pleito a prueba quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 4 de julio de 2018 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda de fecha 20 de diciembre de 2016, en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias

comunidades de propietarios de La Coruña (expedientes 201615RHED00112V, 201615RHED00022L, 201615RHED00021H, 201615RHED00087S, 201615RHED00090H).

Las resoluciones denegatorias se fundamentan en que el informe de evaluación del edificio que se ha de acompañar a la solicitud, no está firmado por técnico competente, que a estos efectos sería solo un arquitecto o un arquitecto técnico. Además, en dos de ellas, se alega, por el mismo motivo, que el proyecto de instalación de un ascensor no cumple los requisitos exigibles.

SEGUNDO.- Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

El día 18 de enero de 2017 tuvieron entrada en el Registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) cinco reclamaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), contra las referidas resoluciones.

En concreto, la SECUM tramitó dos expedientes.

- Expediente de referencia, 26/17010
- Expediente de referencia, 26/17013

Por lo que respecta al primero de ellos la reclamación fue remitida a la Comisión de la CNMC por la SECUM en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 LGUM (UM/021/17). Durante la tramitación de la reclamación, esta Comisión, como punto de contacto, emitió su correspondiente informe, en el que se concluía que:

1º.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la exigencia de la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para la elaboración de informes de evaluación de edificios, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado así como del artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2º.- Dicha restricción 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. Asimismo, también debería haberse razonado su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. En todo caso, y aunque en este supuesto hubiese concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

3º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de dicha exigencia en la Resolución del Instituto Gallego de la Vivienda, ésta debe considerarse contraria a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

El informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, de fecha 1 de febrero de 2017, concluyó que: *"Es necesaria la revisión de la reserva de actividad de emisión de Informes de Evaluación de la Edificación conforme al principio de necesidad y proporcionalidad contenido en el artículo 5 de la LGUM".*

También emitió su informe la Agencia de Defensa de la Competencia de la Junta de Galicia, en que concluyó que la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad económica, constituye una restricción de ejercicio de la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM, que debe estar motivada en una razón imperiosa de interés general. Debe evitarse vincular las reservas de actividad a una titulación concreta y, en su lugar, hacerlo a la capacitación técnica del profesional.

En este caso, no habría quedado acreditada ni la necesidad ni la proporcionalidad en la denegación de la competencia para redactar este tipo de certificaciones por parte de la administración recurrida.

Por su parte, la Dirección General de Vivienda y Urbanismo de la Consejería de Fomento de Galicia, en su informe de fecha 20 de enero de 2017, concluye que el criterio adoptado por el Instituto Gallego de la Vivienda es correcto y que no se han conculcado las atribuciones profesionales de la recurrente.

En lo que se refiere a la administración recurrida, la Dirección General del Instituto Gallego de la Vivienda de la Consejería de Infraestructuras y Vivienda de la Junta de Galicia, en su informe de fecha 1 de febrero de 2017, se remite a los criterios del Ministerio de Fomento, según el cual para la redacción de los informes de evaluación de los edificios residenciales solo con competentes los arquitectos y arquitectos técnicos. Posteriormente, a la vista tanto de los informes tanto de la SECUM como de esta CNMC, emitió un informe complementario con fecha 3 de febrero de 2017 en el que se reafirmaba en su criterio. A efectos de este informe, se considera que dichos informes constituyen la resolución denegatoria de la reclamación, pese a que la SCUM entiende que se ha producido el silencio administrativo negativo.

Debe señalarse que el criterio de la Consejería de Infraestructuras y Vivienda contradice el expuesto por el Consejo Gallego de Competencia de la Consejería de Hacienda, pues en sus informes, al analizar la reserva profesional a favor de los arquitectos para certificar las condiciones de habitabilidad de viviendas, considera que es necesario valorar la necesidad y proporcionalidad al privar a determinados técnicos de su condición de técnicos competentes (por ejemplo, en su informe de fecha 9 de diciembre de 2016 (referencia LGUM 45/2016).

La SECUM notificó al interesado la desestimación presunta por parte de la Consejería de Infraestructuras y Vivienda por medio de una carta remitida el día 9 de febrero de 2017. La solicitud de recurso contencioso-administrativo ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 14 de febrero de 2017.

Además, en dos de los expedientes (referencias 201615RHED00022L; 201615RHE00021H), se denegó la subvención también porque no se aportaba el proyecto de instalación del ascensor firmado *"por técnico competente"*. Por ese motivo, la SECUM remitió una petición de informe diferente, de referencia 26/17013.

En el informe de la CNMC, se concluía en idénticos términos que el relativo a los EEs, y señalaba que la exigencia de una titulación concreta para la redacción de informes relativos a las instalaciones en edificios de uso residencial constituya una restricción al acceso a una actividad económica que no se justificaba en razones de interés general y que, en todo caso, es desproporcionada porque debería haberse evitado vincular la reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

Por su parte, la SCUM concluyó de igual manera, al señalar que: *"La reserva de actividad de elaboración de proyectos de instalación de ascensores debe realizarse de forma necesaria y proporcionada conforme a los artículos 5 y 17 de la LGUM"*. El informe la Agencia de Defensa de la Competencia de la Junta de Galicia también se contiene idéntico criterio, al señalar que la competencia técnica que justifica las reservas de actividad ha de efectuarse en atención a las características del proyecto y teniendo en cuenta al nivel de conocimientos de cada profesión.

En cuanto al Instituto Gallego de la Vivienda, se reafirmó en su decisión y se remitió en su informe a los criterios expuestos por la Subdirección General de Urbanismo de la Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento en su informe de fecha 14 de enero de 2014, según el cual la capacitación técnica para suscribir el informe de evaluación de edificios se limita a los arquitectos y arquitectos técnicos y a otros técnicos en los términos que en su día prevea el desarrollo reglamentario que hasta la fecha no se ha producido.

La CNMC acordó el 8 de marzo de 2017, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LRJCA),

presentar una reclamación previa a la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra las cinco resoluciones de fecha 20 de diciembre de 2016 del Instituto Gallego de la Vivienda en virtud de la legitimación activa que el artículo 27 de la LGUM y el artículo 127bis de la LRJCA reconocen a la CNMC.

El requerimiento fue notificado al Instituto Gallego de Vivienda y Suelo el 3 de abril de 2017. La respuesta al requerimiento ha tenido entrada en el registro de la Comisión el día 17 de mayo de 2017.

En concreto, por medio de una resolución del director del IGVS de fecha 10 de mayo de 2017, se desestima el requerimiento previo y se remite a los argumentos

ya expuestos: el programa de rehabilitación edificatoria es un programa subvencionador, incardinado dentro del Plan estatal 2013- 2016, diseñado, regulado y financiado por el Ministerio de Fomento, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Galicia únicamente la convocatoria y gestión de las ayudas que se soliciten, debiendo, posteriormente, justificar ante el citado Ministerio las subvenciones concedidas. En la gestión de este programa resulta obligado tener en cuenta todas las instrucciones e informes que se emitan desde el citado Ministerio. Así resulta tanto del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, como del Convenio de 5 de septiembre de 2014, firmado entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de Galicia, para la ejecución del citado plan.

El IGVS considera que no hace sino trasladar a los expedientes de subvención el criterio impuesto por el Ministerio de Fomento de obligada aplicación a todas las comunidades autónomas que hayan suscrito los respectivos convenios. Dicho criterio está recogido en el informe de la Subdirección General de Urbanismo de la Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, de fecha 14 de enero de 2014, el que se señala que los competentes para la redacción de los informes de evaluación de los edificios y de la redacción de proyectos de obras de edificios de carácter residencial son los arquitectos y arquitectos técnicos.

El Consejo de la CNMC acordó en fecha 31 de mayo de 2017 interponer, en virtud de la legitimación activa que el artículo 27 de la LGUM y el artículo 127bis de la LJCA reconocen a la CNMC, un recurso contencioso-administrativo contra las cinco resoluciones de fecha 20 de diciembre de 2016 del Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios de La Coruña (expedientes 201615RHED00112V; 201615RHED00022L; 201615RHE00021H; 201615RHED00087S; 201615RHED00090H), así como contra la desestimación presunta de las reclamaciones presentadas al amparo del artículo 26 de la citada Ley .

TERCERO.- El Abogado del Estado en defensa de la CNMC solicita en su escrito de demanda la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas porque entiende que la exigencia de requisitos concretos de " *cualificación profesional* " (tener el título de arquitecto o arquitecto técnico) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la expedición de informes de evaluación de edificios) constituye una restricción de acceso a la actividad económica. Entiende que dichas restricciones deberían haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Asimismo, también debería razonarse su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

Por ello, debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales actuantes. En caso contrario, las autoridades competentes estarán imponiendo un límite a las garantías de las libertades económicas innecesario e injustificado.

Los actos contra los que se dirigen las reclamaciones parecen considerar al técnico firmante como no competente para la emisión de los informes de evaluación e interpretar la normativa vigente,

que no reserva esa actividad expresamente a los arquitectos y arquitectos técnicos, pero que, al referirse al proceso edificatorio de viviendas, contendría idéntica reserva. Es decir, dado que un edificio de uso residencial no puede ser proyectado ni su ejecución dirigida por un ingeniero, tampoco podría emitir informes relativos a su estado de conservación, el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal y sobre el grado de eficiencia energética de los mismos.

El argumento, como ya se ha expuesto, no puede compartirse desde la óptica de los principios de las garantías de las libertades económicas. La reserva de la actividad consistente en la proyección de edificios de viviendas y en la ejecución de sus obras de construcción, se fundamenta en evidentes razones de interés general, como la seguridad pública, la protección del medio ambiente o la salud de los consumidores. Sin embargo, la emisión de un informe sobre la situación de conservación, las condiciones de accesibilidad y el grado de eficiencia energética de un edificio de uso residencial no tiene idéntica incidencia en dichos motivos ni exige un conocimiento tan especializado de la normativa y de las técnicas constructivas que impida a otros profesionales realizarlo con las adecuadas garantías.

En todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado 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.

CUARTO.- Por el contrario, el Letrado de la Xunta de Galicia y las partes codemandadas se centran en los siguientes preceptos:

1.- El artículo 6.1 de la Ley 8/2013 y el artículo 30 del RDL 7/2015 que en términos coincidentes establecen que: *" El Informe de la Evaluación de los Edificios podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las Comunidades Autónomas, siempre que cuenten con dichos técnicos. A tales efectos se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera 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 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , o haya acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe, según lo establecido en la disposición final decimoctava . "*

2.- *La Disposición final primera del RDL 7/2015 dispone que "Mediante Orden del Ministro o Ministra de Industria, Energía y Turismo y del Ministro o Ministra de Fomento, se determinarán las cualificaciones requeridas para suscribir los Informes de Evaluación de Edificios, así como los medios de acreditación. A estos efectos, se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación".*

Y de este modo entienden que en tanto no se publique la Orden prevista en la DF 1ª, los ingenieros y los ingenieros técnicos no están legalmente habilitados para suscribir los informes de Evaluación de Edificios por lo que las resoluciones administrativas impugnadas son conformes a derecho al recoger el criterio que legal y jurisprudencialmente debe aplicarse al respecto.

QUINTO.- Centrado el objeto de debate, corresponde examinar si la decisión del Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo en cuanto deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios, por no venir acompañada de un informe emitido por técnico competente, entendiéndose por tal solo el arquitecto o arquitecto técnico, vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3, respectivamente, de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado .

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, *"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"*. Y 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.

E 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"*.

Como hemos expuesto la autoridad autonómica competente denegó la subvención solicitada remitiéndose única y exclusivamente a los criterios expuestos por la Subdirección General de Urbanismo de la DG de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento en su informe de fecha 14 de enero de 2014, según el cual la capacitación técnica para suscribir el informe de evaluación de edificios se limita a los arquitectos y arquitectos técnicos, pero no a otros técnicos hasta que en su día se prevea el desarrollo reglamentario, que hasta la fecha no se ha producido.

Debemos recordar que el marco jurídico estatal, en las fechas afectadas por este proceso estaba constituido por el RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en concreto el artículo 30 que a su vez reproduce el art. 6.1 de la Ley 8/2013, de 26 de junio , de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y la DF 1ª de dicho Texto Refundido.

También debe tomarse en consideración que el artículo 30, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre , en cuanto reproducen el contenido de los preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas ha sido declarado inconstitucional por sentencia 143/2017, de 14 de diciembre de 2017 .

Por lo que la justificación que llevo al Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo a denegar dichas subvenciones ha dejado de existir.

SEXTO.- El conflicto así planteado supone analizar que con independencia de que la autoridad autonómica entiende que según su criterio ha aplicado de forma correcta la legislación aplicable, concurren los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que aconsejan un análisis más abierto de lo que debe entenderse como requisitos concretos de cualificación profesional para el desarrollo de una actividad, pues en caso contrario, podría entenderse que vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica restringiría o limitaría el acceso a dicha actividad.

Se trata de unos principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias tal como así dispone el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre . Precepto que dispone: *"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 autorizaciones así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013

-.

Debemos, por tanto, analizar si la autoridad autonómica al dictar las resoluciones administrativas ahora impugnadas 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 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 17.1.a) de la Ley 20/2013 dispone que podrá establecerse la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad y estará, en su caso, justificada la autorización respecto de los operadores económicos "cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad". Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 y respecto de los mismos ha señalado que:

" 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".

A la vista de este planteamiento únicamente corresponde a esta Sala examinar si la denegación de la subvención sobre la base de que el informe de evaluación del edificio que se ha de acompañar a la solicitud, no está firmado por técnico competente, entendiéndose por tal, el arquitecto o arquitecto técnico, ha sido interpretado por la autoridad autonómica competente, atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad aludidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Pues bien, en el caso examinado la denegación de la subvención por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo se ha basado exclusivamente en el hecho de que al no haber indicado el legislador con claridad que técnicos son los competentes para suscribir el informe de Evaluación de los Edificios y a la vista de distintos pronunciamientos judiciales que circunscriben dicha competencia a los arquitectos y a los arquitectos técnicos, concluyen que en aplicación del artículo 3.1. del C.c ., una interpretación sistemática, histórica y teleológica de los preceptos reguladores de la Ley del Suelo anteriormente transcritos, llevan a la conclusión de que en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en la DF 1ª del RDL 7/2015 , no puede ampliarse el elenco de técnicos competentes a otros profesionales ni a otras titulaciones, pero ello no justifica en modo alguno los principios de necesidad y de proporcionalidad que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado exige, amén de que como ya dijimos anteriormente, los preceptos de la Ley del Suelo en los que se basaba la resolución del Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo han sido anulados por el Tribunal Constitucional.

Es decir, el Instituto Gallego no ha acreditado 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 técnica de los edificios, exigible a su vez para acceder a la subvención para la rehabilitación solicitada-, en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y que de haberse interpretado de acuerdo con los principios aludidos de necesidad y de proporcionalidad hubieran evitado la exclusión de otros técnicos capacitados técnicamente.

Se insiste en la idea de que la autoridad autonómica se ha apoyado exclusivamente en la legislación estatal del suelo, pero no en razones de interés general para poder limitar solo a los arquitectos o arquitectos técnicos la posibilidad de emitir el informe de evaluación técnica de edificios.

No se cuestiona con este pronunciamiento la legislación estatal ni la competencia de la Comunidad autónoma a la hora de conceder subvenciones o gestionarla. Revisamos exclusivamente que la autoridad autonómica ha dictado la resolución impugnada sin apoyarse, al excluir a otros profesionales capacitados técnicamente, en principios de necesidad y proporcionalidad, previstos en una norma con rango de Ley dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1ª, 6ª, 13ª y 18ª, al no concurrir, o al menos, al no haberse acreditado que concurrieran razones de interés general que pudiera justificar esa exclusión, lo que avala la estimación del presente recurso.

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 las partes demandadas.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo núm. 16/2017, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda de fecha 20 de diciembre de 2016 en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios de La Coruña, que anulamos por no ser conformes a derecho. Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a las partes demandadas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 13/09/2018 doy fe.

Análisis

Normativa Aplicada

Normativa aplicada

Constitución Española de 27 Dic. 1978 art. 149.1; art. 149.6; art. 149.13; art. 149.18

L 20/2013, de 9 Dic. (garantía de la unidad de mercado) art. 5; art. 9; art. 17

L 17/2009 de 23 Nov. (libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) art. 3.11

Jurisprudencia relacionada

Jurisprudencia relacionada

En sentido equivalente:

AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S, 31 Oct. 2018 (Rec. 5/2017)

AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S, 28 Nov. 2018 (Rec. 757/2015)

Véase también:

TC, Pleno, S 79/2017, 22 Jun. 2017 (Rec. 1397/2014)

Comentario

Comentario

La exigencia de una concreta titulación para expedir el informe de evaluación de edificios debe justificarse por razones de interés general

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 10 Septiembre 2018

Diario La Ley, Nº 9331, Sección Jurisprudencia, 7 de Enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 6810/2018

Limitar la firma del informe a los arquitectos o arquitectos técnicos sin invocar razones de interés general, como pudieran ser la seguridad pública, la protección del medio ambiente o la salud de los consumidores vulnera los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 10 Sep. 2018. Rec. 16/2017

Resuelve la Audiencia el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda en las que se deniega una subvención para la rehabilitación, presentada por varias comunidades de propietarios de A Coruña, solo porque el informe de evaluación del edificio no estaba firmado por técnico competente, que a juicio de la autoridad autonómica serían únicamente los arquitectos o arquitectos técnicos.

La **exigencia de esta concreta cualificación profesional**, - título de arquitecto o arquitecto técnico-, para la expedición de los informes de evaluación de edificios constituye una restricción de acceso a la actividad económica que en el caso no ha sido en absoluto motivada por **razones de interés general**, por lo que resulta contraria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Aun siendo cierto que la reserva de la actividad, consistente en la proyección de edificios de viviendas y en la ejecución de sus obras de construcción, se fundamenta en evidentes razones de interés general, como pudieran ser la seguridad pública, la protección del medio ambiente o la salud de los consumidores, estas razones no son extrapolables a la emisión de un informe sobre la situación de conservación, las condiciones de accesibilidad y el grado de eficiencia energética de un edificio porque para la emisión de este tipo de informes no son necesarios conocimientos tan especializados como para impedir a otros profesionales la posibilidad de realizarlo con las adecuadas garantías.

Entiende el órgano autonómico que en aplicación de la Ley del Suelo y hasta que no se produzca su desarrollo reglamentario no podría ampliarse el elenco de técnicos competentes a otros profesionales ni a otras titulaciones, pero señala la Audiencia que ello no justifica los **principios de necesidad y de proporcionalidad** que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado exige. A lo que se añade que los preceptos de la Ley del Suelo en los que se basaba la resolución del Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo han sido anulados por el Tribunal Constitucional.

No existen razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, que justifiquen 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, - declara la sentencia.

Los principios de necesidad y proporcionalidad obligan a motivar y a justificar los límites impuestos para el acceso a una actividad económica, y en el caso, ninguna razón se ofrece para justificar la limitación.

La Audiencia es tajante a la hora de afirmar que no se puede excluir a otros profesionales, capacitados técnicamente, cuando no se alega razón alguna de interés general para justificar la exclusión, y anula las resoluciones dictadas por el Instituto Gallego de la Vivienda en las que denegaba la subvención.

Voces

Voces

- Ayudas y subvenciones
- Requisitos
- Titulación académica o profesional

Vivienda
Ayudas y subvenciones