

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 21 Oct. 2020, Rec. 6/2018

Ponente: Vegas Torres, María Jesús

Ponente: Vegas Torres, María Jesús.

LA LEY 171291/2020

ECLI: ES:AN:2020:3255

VIVIENDA. COMUNIDAD VALENCIANA. Nulidad del segundo inciso del art. 8.1 del Decreto 53/2018, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico. Reserva de actividad (emisión del informe de evaluación de los edificios de viviendas) a favor de arquitectos y arquitectos técnicos. No tiene amparo en ninguna norma con rango de ley, ni estatal ni autonómica. Tampoco acredita la Generalitat que concurren razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de 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. Vulneración de los principios de necesidad, interés general y proporcionalidad.

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la CNMC, por los trámites del procedimiento especial para la protección de la garantía de la unidad de mercado, y anula el segundo inciso del ap. 1 del art. 8 del Decreto 53/2018 de 27 Abr., del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

**A Favor: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.
En Contra: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000006 /2018

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

Núm. Registro General:05982/2018

Demandante:Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Letrado:ABOGADO DEL ESTADO

Demandado:GENERALITAT VALENCIANA

Abogado Del Estado

Ponente IImo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

IImo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 6/2018, 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 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana número 8288, de fecha 7 de mayo de 2018. Ha comparecido como Administración demandada la Generalitat Valenciana asistida y representada por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

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 que se dicte sentencia estimando el recurso, anulando las resoluciones recurridas fijadas en el Fundamento de Derecho Quinto, con expresa imposición de costas a la parte demandada .

SEGUNDO.- El Letrado de la Generalitat Valenciana 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 esta Administración

TERCERO.- Mediante auto de 8 de marzo de 2019, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por las partes en sus escritos sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 14 de octubre del año en curso.

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 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana número 8288, de fecha 7 de mayo de 2018.

El indicado Decreto desarrolla la previsión contenida en el artículo 180 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en cuyo apartado 3 dispone que: " *Las inspecciones técnicas en edificios con uso residencial se realizarán de acuerdo con el documento informe de evaluación del edificio, que contempla aspectos relativos al*

estado de conservación, pero también respecto a la accesibilidad universal y a la eficiencia energética según los siguientes apartados:

a) Evaluación del estado de conservación del edificio reflejando los resultados de la inspección, indicando los desperfectos apreciados en el inmueble, sus posibles causas y las medidas prioritarias recomendables para asegurar su estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales, o para mantener o rehabilitar sus dependencias adecuándolas al uso a que se destinen.

b) Evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con diversidad funcional para el acceso y utilización del edificio, estableciendo si es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas.

c) Evaluación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento que se establezca reglamentariamente".

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, establece que *"el objeto del presente decreto es regular el contenido y formalización del informe de evaluación del edificio, aplicable a las edificaciones con uso residencial de vivienda, tanto unifamiliares como plurifamiliares (IEEV.CV), así como su tramitación y registro oficial.*

El informe de evaluación del edificio de viviendas es el documento que describe las características constructivas de los elementos comunes de un edificio existente, indicando su estado de conservación, sus condiciones de accesibilidad y eficiencia energética, señalando las deficiencias constructivas, funcionales, de seguridad o de habitabilidad detectadas, con el fin de advertir sobre ellas y orientar sobre las acciones necesarias para mantener el adecuado estado de conservación del edificio, así como para mejorar su accesibilidad y eficiencia energética"

Y su artículo 8 dispone que *"el IEEV.CV podrá ser suscrito tanto por personal técnico facultativo competente como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dicho personal. A tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien 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 con uso residencial, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación".*

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad del precepto impugnado porque entiende que implica el establecimiento de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Considera que el artículo 8 del citado Decreto efectúa una reserva a favor de las personas con habilitación académica y profesional como proyectista, director de obra o director de ejecución de obra en edificación residencial de viviendas, según se establece en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Y sostiene que la exigencia de una cualificación profesional concreta - como es, en este caso, disponer de título de arquitecto o de arquitecto técnico- para el desarrollo de una actividad, como es la realización de inspecciones técnicas de edificios de viviendas o de informes de evaluación de edificios de viviendas, supone una restricción de acceso para el ejercicio de una actividad profesional.

El Abogado del Estado sigue diciendo que, en su caso, la reserva de actividades profesionales a favor de un colectivo debería haberse realizado atendiendo a la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general 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, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Y sostiene que la Generalitat de Cataluña no ha justificado la restricción aplicada apoyándose en razones de necesidad o de proporcionalidad conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Ya que, según la CNMC, únicamente

deberían imponerse reservas de actividad por razones de necesidad, interés general y de proporcionalidad; o, en su caso, justificar la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

Por ello, el Abogado del Estado entiende que el artículo 8 del Decreto impugnado debe anularse por ser contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, así como al principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma Ley por cuanto ha dispuesto que solo los arquitectos y los arquitectos técnicos son los profesionales competentes para realizar inspecciones de los edificios de viviendas.

TERCERO.- Por el contrario, la Generalitat Valenciana en su escrito de contestación a la demanda solicita la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por la CNMC.

Con carácter previo recuerda que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, establece en el artículo 49.1 que la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda, y que, por ello, que la Comunitat Valenciana ha aprobado Decreto 53/2018, de 27 de abril.

Expone que la legislación urbanística y la legislación de vivienda, estatal y valenciana, incorporaron, en relación con el deber de conservación la figura de la inspección periódica de las edificaciones, si bien hasta el Real Decreto Ley 8/2011, de fomento de la Actividad Empresarial e impulso de la Rehabilitación, no se instaura la obligatoriedad de esta inspección a nivel estatal (esta inspección periódica de las edificaciones es el antecedente normativo del informe de evaluación de edificios). Añade que, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda, recoge la temática de las inspecciones periódicas de edificios, pero es el Decreto 81/2006, de 9 de junio, del Consell, el que establece la regulación del informe de conservación del edificio, como lo haría a continuación el Decreto 189/2009, de 23 de octubre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Rehabilitación de Edificios y Viviendas y al que, mediante el Decreto 43/2011, de 29 de abril, se introduciría la evaluación energética y que la armonización básica entre la legislación estatal y valenciana, vino de la mano de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana, en cuyo artículo 180 se trata sobre el deber de conservación, rehabilitación e inspección periódica de edificaciones, que impone la obligación de promover un informe de evaluación sobre el estado del edificio.

Explica que el Decreto 53/2018 tiene por objeto clarificar el informe de evaluación del estado del edificio en cuanto a la denominación, contenido, casuística y alcance para simplificar y dar coherencia a las actuaciones de inspección a través de un procedimiento que dé lugar a un documento que satisfaga las exigencias de la normativa. Y que por ello el decreto recoge las directrices de la LOTUP, recoge la información del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, sobre el estado de conservación, las condiciones de accesibilidad y la evaluación del edificio cumplimentando las exigencias de dicha Ley y, por último, recoge también las determinaciones del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril.

A continuación, recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 143/2017, de 14 de diciembre, que ha anulado parcialmente el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, concretamente sus artículos 29 y 30 y que, de acuerdo con ella corresponde a las Comunidades Autónomas la regulación en materia de ITES en virtud de las competencias sobre vivienda y urbanismo y que no existe norma legal del Estado que establezca las profesiones que pueden realizar ITES o regule las cualificaciones que deban tener estos para la realización de las ITES. Por ello, no existe reserva legal de actividad a favor de ninguna profesión para realizar ITES.

Por lo demás afirma que existen razones de seguridad pública que justifican la reserva del informe de evaluación de los edificios a arquitectos y arquitectos técnicos amparadas en la LOE. Precisa que en el Decreto no se determina que solo sean los arquitectos o arquitectos técnicos de forma directa sino

que, en congruencia con la Ley de Ordenación de la Edificación, se señala que serán competentes los técnicos que tengan las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción del proyecto o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación con uso residencial según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y que el hecho de que se reserve a una determinada categoría de técnicos facultativos, los arquitectos y arquitectos técnicos, la redacción del informe de evaluación de edificios de uso residencial, se realiza con la exclusiva finalidad de garantizar una adecuada competencia profesional y, por ello, garantizar que estos informes sean objetivos y aseguren que los edificios residenciales de más de 50 años cuentan con las condiciones arquitectónicas necesarias para su conservación. Para apoyar su tesis cita y transcribe la de Sentencia de 29 de junio de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso- Administrativo, que resuelve un procedimiento sobre el Decreto que regulaba el informe de evaluación de edificios y el Registro de los mismos en el Principado de Asturias en la que se concluye que el uso residencial es lo que determina la competencia y especialidad de los arquitectos y arquitectos técnicos para realizar el informe sobre evaluación del edificio y que siendo el ámbito de aplicación del Decreto la edificación residencial no puede atribuirse la competencia a titulaciones distintas de las relacionadas efectivamente con este sector.

Continúa manifestando que cuando en el artículo 180, apartado 2 de la Ley 5/2014, julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana (LOTUP), se indica que el informe de evaluación se realizará para la LOTUP, se señala que el informe debe servir para mantener o rehabilitar las dependencias del edificio en condiciones de habitabilidad o uso efectivo según el destino propio de ellas, está remitiendo a criterios, condiciones y normas de la actividad edificatoria (proyectual y de materialización) vinculada al uso concreto de cada inmueble y que en esa parte del informe sobre el estado de conservación del edificio se hace especialmente importante que la titulación del técnico que realiza el mismo sea la adecuada, arquitectura o arquitectura técnica, y garantice que se poseen los conocimientos suficientes para analizarlo de forma correcta. Y añade que el apartado b) del citado artículo 180.2 de la LOTUP, que aborda la inclusión en el informe de la evaluación sobre accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, determina que en dicha evaluación se establezca si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas"; lo que exige una perspectiva técnica en razón del uso del inmueble, y que, tratándose de inmuebles residenciales de vivienda, corresponde a los técnicos competentes que la LOE atribuye, en exclusiva, en esta materia.

Para apoyar su postura se remite al contenido de las Sentencia 62/2016, de 18 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha; 128/2016 de 25 de febrero el Tribunal Superior de Justicia de Galicia número, 463/2015 de 30 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 29/2015 de 22 de enero, que han desestimado los recursos interpuestos por Corporaciones Profesionales de Ingenierías, como Ingenierías Técnicas Industriales, Ingenieros Industriales, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, entre otras, que reclamaban competencias profesionales para emitir informes de evaluación de edificios destinados a viviendas y usos residenciales.

Para terminar, defiende que el artículo 8 del decreto 53/2018 no infringe los principios de necesidad y proporcionalidad y que no constituye una restricción a la libertad de establecimiento y la libertad de circulación que consagra la LGUM. Expone que citado artículo se remite expresamente a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, por lo que difícilmente se puede admitir que existe una reserva contraria a la Ley de garantía de la unidad de mercado cuando la norma reglamentaria contiene una regulación en el mismo sentido que la Ley 38/1999, en lo que se refiere a los profesionales competentes en materia de construcción de edificios de vivienda, especialmente cuando no consta que en la fecha de aprobación del Decreto recurrido existiese ninguna otra normativa estatal que haya complementado la Ley 38/1999.

CUARTO.- Expuestos los términos del debate, debemos ahora analizar si los principios desarrollados en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado se han respetado por la Generalitat Valenciana en la regulación del artículo 8 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana número 8288, de fecha 7 de mayo de 2018 . 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 ha dispuesto 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 que el artículo 8 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, 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 velaran, 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 Generalitat Valenciana al dictar el artículo 8 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, 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 53/2018, de 27 de abril, del Consell 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. Sin embargo, 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 debamos 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 Generalitat Valenciana, 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 entendiendo 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, entendiendo 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 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 53/2018 tiene cobertura en el artículo 180.2 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, por cuanto que dicho precepto se limita a consignar, que *"los propietarios de toda edificación con uso residencial destinado a vivienda de antigüedad superior a cincuenta años, en los términos y condiciones que haya determinado reglamentariamente la conselleria competente en materia de vivienda, deberán promover, al menos cada diez años, la realización de una inspección técnica, a cargo de facultativo competente que evalúe el estado de conservación del edificio"* sin concretar quienes han de ser dichos técnicos competentes.

SEXTO.- Así las cosas, el artículo 8 del Decreto 53/2018 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 Generalitat Valenciana no ha acreditado ni ha justificado en la elaboración del Decreto 53/2018, de 27 de abril por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunitat Valenciana, que concurren 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

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 en el artículo 7.4 atendiendo a los principios de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y esta Sección concluye que la Generalitat Valenciana no ha justificado la restricción recogida en el artículo 8 del Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell, 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 Generalitat 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 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, 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 tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien 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 con uso residencial, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación"*.

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 Administración demandada.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. 6/2018, 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 53/2018, de 27 de abril, del Consell, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicado en el

Diario Oficial de la Generalitat Valenciana número 8288, de fecha 7 de mayo de 2018, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución, por no ser conforme a derecho.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia 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.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **notificación**, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 10/11/2020 doy fe.