

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 77/2019

SENTENCIA NÚMERO 402/2021

ILMOS/AS. SRES/AS.
PRESIDENTA
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ANGEL RUIZ RUIZ
DON DANIEL PRIETO FRANCOS

En la Villa de Bilbao, a veintiséis de octubre de dos mil veintiuno.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 77//2019 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna: el Acuerdo de 3 de diciembre de 2018 del Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco para rechazar el requerimiento para que se modifique el artículo 10 del Decreto 117/2018 de 24 de julio, de la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco así como el apartado 1-A de su Anexo I.

Son parte:

- **DEMANDANTE:** AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA , representada por la Procuradora DÑA. ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU y dirigido por la letrada D^a CRISTINA MENDEZONA GONZÁLEZ DE AUDICANA.

- **DEMANDADA:** ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por su Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

-OTROS DEMANDADOS:

-COLEGIOS DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TECNICOS DE ÁLAVA, BIZKAIA Y GIPUZKOA; representados por el Procurador D. Luis Pablo Lopez-Abadia y dirigidos por el letrado D. FRANCISCO JAVIER HERNÁEZ MANRIQUE.

- AYUNTAMIENTO DE VITORIA, representado por el Procurador D. GERMAN ORS SIMÓN y dirigido por la Letrada D^a LORETO ABRIGAR ECHEGOYEN.

- COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO, representado por la Procuradora D^a PATRICIA LANZAGORTA MAYOR y dirigido por la Letrada D^a LOURDES MARÍA SAITUA IRURETAGOYENA.

-CONSEJO SUPERIOR DE LOS COLEGIOS DE ARQUITECTOS DE ESPAÑA representado por D^a MARÍA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigido por el Letrado D. JUAN ÁNGEL RODRÍGUEZ ZAPATARO.

- AYUNTAMIENTO DE BILBAO representado y dirigido por el Letrado de sus servicios jurídicos.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. DANIEL PRIETO FRANCOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 24 de enero de 2019 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la representación procesal de la Autoridad Vasca de la Competencia, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 3-12-2018 del Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco que rechazó el requerimiento para que se modifique el artículo 10 del Decreto 177/2018, de 24 de julio de la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como el apartado 1-A de su Anexo I.

SEGUNDO. - En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en él expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estime el recurso interpuesto contra la citada Resolución, y en consecuencia, se declare nula los indicados preceptos de la citada resolución.

TERCERO. - En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del recurso o, en su defecto, desestime el recurso en todos los pedimentos y todo lo demás que legalmente proceda, confirmándose en consecuencia el Acto Administrativo impugnado.

CUARTO. - Por Decreto de 6/02/2020 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, las partes formularon conclusiones en las que sustancialmente reprodujeron sus peticiones, y por Decreto de 22 de junio de 2020 se declaró concluso el pleito.

SEXTO. - Se señaló el día 26/10/2021 para la votación y fallo del presente recurso.

SEPTIMO. - En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Autoridad Vasca de la Competencia impugna en la presente Litis el Acuerdo de 3-12-2018 dictado por el Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco que rechazó el requerimiento efectuado para que se modifique el artículo 10 del Decreto 117/2018, de 24 de julio de la Inspección Técnica de los Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco así como el apartado 1-A) de su Anexo I.

El citado Decreto, tiene por objeto, según el artículo *1 la regulación de los criterios y requisitos que debe cumplir la inspección técnica de los edificios de uso predominantemente residencial en la Comunidad Autónoma del País Vasco, contribuyendo así a garantizar el derecho de las personas a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible.*

- 1. Se regula el deber de las personas propietarias de los edificios que deben realizar una inspección técnica de disponer del Plan de Uso y Mantenimiento del edificio.*
- 2. Se regula el Registro de Inspecciones Técnicas de los Edificios de la Comunidad Autónoma de Euskadi.*

Por su parte, el artículo 10, que es el combatido por la Autoridad Vasca de la Competencia, señala lo siguiente:

1. *La inspección técnica de los edificios será realizada por quien posea la titulación profesional habilitante según corresponda conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, bien de forma directa como profesional, o bien como técnica o técnico facultativo inspector perteneciente a una Entidad de Control de la Calidad de la Edificación regulada por el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación.*
2. *Las personas físicas y jurídicas habilitadas para la inspección técnica de los edificios deberán cumplir las condiciones y requisitos contemplados en el Anexo I del presente Decreto.*
3. *Sin perjuicio de lo anterior, la evaluación de la eficiencia energética del edificio se realizará por las personas técnicas competentes de acuerdo con la normativa de aplicación.*

Finalmente, el apartado 1 a del Anexo I, dispone:

Las personas físicas y jurídicas que vayan a desarrollar la inspección técnica de los edificios deben satisfacer los requisitos siguientes:

- a. *La o el técnico facultativo para realizar la inspección técnica de los edificios ostentará, como título habilitante el que se establece en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.*

El requerimiento efectuado por la Autoridad Vasca de la Competencia, con soporte en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción, insta al Gobierno Vasco a modificar tanto el artículo 10 como el artículo 1-A del Anexo I, recibiendo respuesta por Acuerdo de 3-12-2018, que rechaza el mismo. Nos remitimos, en aras a la brevedad, al mismo y a la argumentación contenida en el mismo y en el requerimiento.

SEGUNDO .- En el escrito de demanda, la recurrente sostiene que en el presente supuesto no existen razones imperiosas de interés general para reservar una actividad a unos profesionales, excluyendo a otros. Cita en defensa este motivo la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio así como la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado, aludiendo al carácter restrictivo de las excepciones al libre acceso al ejercicio, así como la necesidad de motivar las circunstancias que pudieran excepcionar aquel régimen general. Alude igualmente al artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que consagra la necesidad de ponderar el principio de proporcionalidad y necesidad en las restricciones que se establezcan.

En segundo lugar, alega que no se ha cumplido con la obligación de motivar y justificar el cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad y necesidad que deben observarse cuando se apela a una razón imperiosa de interés general.

Finalmente alude a la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en Sentencias de 10 de septiembre de 2018 y 31 de octubre de 2018, y descarta la aplicación al supuesto de autos de las STSs de 25 de noviembre de 2015 y 19 de enero de 2012. Por todo ello termina solicitando que se declare la nulidad del artículo 10 del Decreto así como el apartado 1-a del Anexo I.

En sus contestaciones, las demandadas solicitan en primer término la inadmisibilidad del recurso al entender que existe una divergencia entre el requerimiento ex artículo 44 de la LJ, cuyo tenor era la petición de modificación de los citados preceptos, y el posterior recurso, lo que conlleva en primer término, que no se pueda entender como suspensivo del plazo de dos meses para interponer el recurso el citado requerimiento. Por su parte, la representación procesal del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, señala también la existencia de desviación procesal por aquella falta de correspondencia entre el requerimiento y el posterior recurso. Señala igualmente, que la Autoridad Vasca no es formalmente una Administración distinta de la Administración Vasca, por lo que no sería procedente el requerimiento previo del artículo 44.

Finalmente, todas las demandadas, en cuanto al fondo, solicitan la desestimación del recurso, al entender que el Decreto es conforme a derecho con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Expuestos de manera sintética los argumentos de las partes, así como el texto impugnado, procede entrar a resolver las cuestiones debatidas comenzando, por elemental orden metodológico, por las causas de inadmisibilidad opuestas por las demandadas.

Como ya hemos dicho, se fundamentan, en coincidente argumentación en que el requerimiento efectuado no se corresponde con los pedimentos del recurso, lo que supondría que no se puede tener en cuenta a los efectos de suspender el plazo para interponer el recurso, por lo que el recurso en vía jurisdiccional devendría extemporáneo, por interponerse fuera del plazo de dos meses que establece el artículo 46 de la LJ.

El artículo 44 de la Ley Jurisdiccional establece que:

"1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.

2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local" .

Por su parte, el artículo 46.6 del mismo cuerpo legal dispone que, *"en los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos*

meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del art. 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado".

La Sala entiende que dada la naturaleza del requerimiento previo, que no es la de recurso administrativo, sino vía de arreglo o composición entre las administraciones concernidas, no cabe acoger la causa de inadmisibilidad opuesta. Ciertamente, como señalan las demandadas, en el previo requerimiento no se alude a la derogación de la disposición, sino que se refiere al término más amplio de modificación. No obstante, consideramos que tal concepto, y los términos en que aparece plasmado el requerimiento, permitieron conocer cabalmente a la Administración autora de la disposición la pretensión de la Autoridad Vasca. Ciertamente lo que no podría ahora interesar la demandante en vía jurisdiccional es la modificación de la redacción, pues es pronunciamiento que estaría vedado a la Sala por el artículo 71.2 de la LJ, pero entendemos que nada obsta a que en aquel previo requerimiento se manifestara como lo hizo. En consecuencia, teniendo por válido el requerimiento efectuado, no existe extemporaneidad en el recurso.

Por lo acabado de exponer tampoco cabe hablar de la desviación procesal alegada por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos en la medida en que, como ya hemos dicho, el requerimiento previo no es recurso administrativo.

Finalmente, en cuanto a la alegación de "falta de legitimación" para formular el requerimiento previo que alega esta última demandada, debe igualmente decaer, por cuanto los organismos de la competencia constituyen lo que ha venido a denominarse administración independiente, por lo que está plenamente legitimada para recurrir aquellas decisiones que afecten al ámbito de sus fines, incluido el requerimiento previo, como vía para posibilitar una solución pre jurisdiccional de la cuestión.

CUARTO.- Despajadas las anteriores causas de inadmisión, hemos de entrar en el fondo del asunto.

Las partes fundan sus respectivas posiciones en la existencia de jurisprudencia al respecto. Debemos advertir que con posterioridad al recurso que ahora decidimos se han dictado nuevas resoluciones en esta materia. Igualmente, debemos dejar constancia que el Tribunal Supremo ha dictado diversos autos de admisión al apreciar interés casacional en la cuestión que nos ocupa. Así, entre los más recientes podemos citar el ATS de 16 de junio de 2021 en el que se dispone lo siguiente: *Pues bien, no puede obviarse que esta Sala, por ATS de 15 de abril de 2021 ha admitido a trámite el RCA 8116/2020, en el que se recurría una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que había declarado nulo el artículo 8.1 del Decreto 53/2018, mismo artículo que es objeto de esta casación. En dicho auto consideramos que, a efectos de hacer inoperativa la presunción del artículo 88.3.c) LJCA, que el precepto anulado por la sentencia no carecía de trascendencia, "máxime si tenemos en cuenta que esta Sala, por autos de 25 de marzo de 2021, ha admitido a trámite los RRCA 4486/2019 y 4580/2020, que trataban unas cuestiones semejantes a las*

planteadas en el presente recurso de casación. Y luego lo hemos reiterado en autos de 8 de abril de 2021 (RRCA 2470/2020 y 3674/2020)".

Y añadíamos: "En efecto, en los citados autos se razonaba que si bien esta Sala Tercera ha abordado la cuestión que subyace a este recurso en las SSTS de 9 de diciembre de 2014 (recurso de casación n.º 4549/2012) y de 25 de noviembre de 2015 (recurso de casación n.º 578/2014), así como, por citar otras, en las SSTS de 19 de octubre de 2015 (recurso de casación n.º 1482/2013) y de 25 de abril de 2016 (recurso de casación n.º 2156/2014), en las que, en resumen, se establece la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial, sin embargo, ello no obstaba a la admisión del recurso de casación precisamente para aclarar, corregir o matizar la jurisprudencia sentada (en las sentencias citadas) respecto del establecimiento de reservas profesionales para el ejercicio de determinadas actividades o servicios, a la luz de lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado -en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y los preceptos de la LOE que se han tomado en consideración en el pleito-. Y ello por resultar conveniente dotar de una interpretación uniforme que confiera una mayor seguridad jurídica ese ámbito de ejercicio profesional, atendiéndose también a la particularidad de la actividad ejercida (informes de evaluación) y al objeto sobre el que se proyecta (construcciones de uso residencial), a fin de esclarecer si la eventual reserva de una actividad a favor de determinados profesionales requiere de una justificación adicional que exprese su necesidad y el respeto al principio de proporcionalidad o si dicha justificación puede encontrar su anclaje directo en la mencionada Ley de Ordenación de la Edificación".

TERCERO.- *Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, procede, al igual que en el precedente citado, admitir a trámite el recurso de casación, y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si la Ley de Ordenación de la Edificación contiene una reserva a favor de determinados profesionales (**arquitectos** y **arquitectos técnicos**) para la emisión de informes de **inspección técnica de edificios** residenciales, y otras actuaciones análogas, y, de ser así, si tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley de Garantía de Unidad de Mercado como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. También podríamos citas los Autos de Admisión de 15 y 8 de abril de 2021.*

Y ello nos indica un aspecto esencial para la solución de la controversia, como es que en las Sentencias citadas por las demandadas del Alto Tribunal, por elementales razones tanto cronológicas como de técnica casacional al no haber sido invocada, no se resolvió el supuesto a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Las demandadas esgrimen la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012, y 25 de noviembre de 2015, rec. 578/2014.

Conviene hacer una pequeña exégesis de las mismas. En la primera de las Sentencias citadas se considera que la ordenanza del Ayuntamiento de Segovia, por el que se procede a la aprobación de la Ordenanza municipal para la aplicación de la Inspección Técnica de Edificios (acuerdo de 6 de septiembre de 2011) no limita las competencias propias de los ingenieros ni

contradice las capacidades genéricas y específicas de proyectar e informar que sus particulares regulaciones les atribuyen, sino que simplemente asume la lógica eficacia de la Ley de Ordenación de la Edificación a la hora de determinar los ámbitos de actuación de los arquitectos y los ingenieros en la inspección técnica, cuya íntima relación con la actividad de la construcción, en cuanto implica un examen e informe sobre su estado, resulta innegable (FD 3º).

De igual modo, en la segunda de las Sentencias citadas el Tribunal Supremo mantiene que la ordenanza municipal del Ayuntamiento de Soria, por el que se procede a la aprobación de la Ordenanza municipal para la aplicación de la Inspección Técnica de construcciones, no limita las competencias propias de los ingenieros ni contradice las capacidades genéricas y específicas de proyectar e informar que sus particulares regulaciones les atribuyen (FD 5).

Ahora bien, ambas Sentencias se basan en textos legales anteriores, esto es, al Real Decreto Legislativo 7/2015, como a la propia LGUM. Más aún, la última de las Sentencias citadas, en su FD 6º advierte, que la cuestión casacional no se aborda desde la perspectiva de una posible infracción de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12-12-2006, ya que tal motivo no fue planteado en la demanda contencioso-administrativa.

Además, la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013) ha confirmado la posibilidad de acreditar la cualificación profesional para emitir los CEEs, aceptando la competencia de técnicos diferentes de aquellos que estén 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 o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas. En la referida Sentencia se señala: " En definitiva, el técnico competente es el técnico competente técnicamente, que haya acreditado la cualificación necesaria para suscribir dichos certificados de eficiencia energética".

QUINTO.- Siendo ello así, como veremos, no puede estimarse a la inaplicación de las Sentencias de la Audiencia Nacional como sostienen las demandadas, pues no estamos específicamente ante un supuesto de apartamiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino de toma en consideración de una normativa distinta. Y es que además, aquella jurisprudencia inicial de la AN, ha sido reiterada no sólo por este órgano, sino también por la Sala de Valencia (Sentencia Sección Primera de 31 de julio de 2020) o por el Tribunal Superior de Madrid de 10 de diciembre de 2020.

Pues bien, como punto de partida, debemos recordar que la STC 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, por razones competenciales, declaró la inconstitucionalidad de los apartados segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo 29, el artículo 30, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del TRLSRU. Por tanto, de alguna manera el Decreto impugnado nace de la competencia de la Comunidad Autónoma Vasca para regular esta materia.

Y a partir de aquí, como se señala en la STSJ de Valencia citada, en orden a una adecuada contextualización traemos el apartado 28 de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7-9-2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, el cual, con relación al ámbito de la construcción y edificación, señala que "estas actividades o algunas de ellas pueden también ser ejercidas por otros profesionales, en particular, por ingenieros, que hayan recibido una formación específica en el ámbito de la construcción o edificación".

Por su lado, el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado dice buscar 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". La Ley promueve un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación, y 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 art. 5 de la citada Ley establece que "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 art. 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 art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio" (apartado 1) y que "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" (apartado 2).

En su art.17, relativo a la "instrumentación del principio de proporcionalidad y necesidad, dispone que "se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley" (apartado 1).

Por su lado, el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, describe la "razón imperiosa de interés general como la "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".

Como señala la STC núm. 79/201, de 22 de junio, "de acuerdo con el art. 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"

SEXTO.- Expuesto lo anterior, lo primero que debemos resolver es si existe una habilitación legal a la reserva. Como razona la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28-11-2018 (ponente Sra. Santillán Pedrosa), hay que rechazar que "la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación [...] 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 art. 2 de la LOE 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 art. 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 art. 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 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 art. 8 del Decreto impugnado".

Tampoco sirve de soporte a dicha reserva la Ley Vasca de Vivienda 3/2015, pues la misma en su artículo 52 únicamente alude al técnico competente. Por lo tanto, siendo el Decreto que ahora consideramos un desarrollo parcial de aquella Ley Vasca de Vivienda, es necesario concluir que no existe reserva legal en la misma.

Ello expuesto, como señala la STC 79/2017 de 22 de junio que "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 art. 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 art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

Por tanto, se requiere una expresa justificación de la necesidad y proporcionalidad que determina la reserva que estimamos la Administración no ha llevado a cabo. Al efecto, se alude a esta ponderación en la contestación al requerimiento señalando lo siguiente: *partiendo de estos preceptos, en el caso que nos ocupa, no cabe duda de que existen razones imperiosas que avalan la norma (seguridad, derechos y salud de los consumidores propietarios de vivienda, protección del medio ambiente). En consecuencia debe determinarse la necesidad, idoneidad y proporcionalidad...* Como se puede apreciarse el Decreto no realiza ponderación ni justificación, sino que únicamente se limita a constatar razones imperiosas, pero sin justificar por qué lo son.

Todo lo expuesto, conduce a estimar el recurso .

SEPTIMO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139. LJCA , dados los términos en que se ha desarrollado el debate, y la existencia de controversia jurídica que pudiera lugar a apreciar dudas derechos, no se formula imposición de costas

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLAMOS

Estimamos el **recurso 77/2019** interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco que rechazó el requerimiento para que se modifique el artículo 10 del Decreto 117/2018, de 24 de julio de la Inspección Técnica de Edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco así como el Apartado 1-A de su Anexo I, y debemos :

1º.- Anular el artículo 10 y el Apartado 1ª del Anexo I, del Decreto 117/2018 por ser disconformes a derecho

2º.- No imponer las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJPV de fecha 3 de junio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0077 14, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ)

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
