



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 20
28071-MADRID

INFORME Nº 31/2014, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPEDIENTE ... “ORGANISMOS DE CONTROL PERSONAS FÍSICAS”)

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de octubre de 2014 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito formulado por D. [REPRESENTANTE], abogado, en nombre y representación de D [INFORMANTE] (en adelante el informante o interesado), por el que se ofrece información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) (*Obstáculos o barreras a la unidad de mercado detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios*).

En particular, el informante pone de manifiesto que la Consellería de Economía, Industria y Comercio de la Generalitat Valenciana le exige determinados requisitos para poder operar como Organismo de Control en el ámbito de la calidad y seguridad industrial y que han sido declarados inaplicables a las personas físicas por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012.

La SECUM ha dado traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de la referida información presentada con fecha 27 de octubre de 2014 para que, de considerarlo oportuno, emita el correspondiente informe, incluyendo en su caso propuesta de actuación, previsto en el artículo 28.2 y 3 de la LGUM antes del 20 de agosto de 2014.

II. MARCO REGULATORIO

La normativa de referencia en materia de calidad y la seguridad industrial viene constituida por:

- La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que en su Título III, regula la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. Más específicamente, en el artículo 15 de esta ley se establece un régimen de autorización administrativa para los Organismos de Control que actúan como entidades colaboradoras de la Administración en materia de seguridad industrial, y de este precepto se extrae que los Organismos de Control son tanto personas naturales como personas jurídicas que verifican el cumplimiento de las condiciones de seguridad de instalaciones industriales. Si bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de



junio de 2011 declaró la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los Organismos de Control prevista en este precepto; ello salvo cuando la exigencia de la autorización administrativa resulte obligada en los términos recogidos por el art. 4.5 de la Ley 21/1992. Asimismo, la Sentencia establece que, no mediando las condiciones del artículo 4.5 de la Ley 21/1992 de Industria ni las del art 5 de la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, estima procedente sustituir la exigencia de autorización administrativa por una comunicación o declaración responsable.

Por otra parte, el artículo 15.2 de la Ley 21/1992 determina que la valoración técnica del cumplimiento de los requisitos de acceso exigibles corresponderá a una entidad de acreditación. Y el artículo 15.3 dispone que la autorización de los Organismos de Control corresponde a la Administración competente en materia de industria del territorio donde los Organismos inicien su actividad o radiquen sus instalaciones.

- El Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, que dedica su capítulo IV a desarrollar la Ley de Industria, entre otros aspectos, en lo relativo a los Organismos de Control. Este Reglamento ha sido modificado por los Reales Decretos 411/1997, 338/2010, 1715/2010 y 239/2013. En concreto, los artículos 42 y 43 del Reglamento regulan este régimen de autorización, previa acreditación, de los Organismos de Control.

Con la redacción actual del artículo 43 de dicho Reglamento, los Organismos de Control sólo precisan de la autorización por parte de la Comunidad Autónoma. Anteriormente, existía también para estos Organismos de Control la obligación de acreditación *ex ante* por la ENAC pero que la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012 de del Tribunal Supremo declaró nula.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también que esta materia se ha visto afectada por la normativa comunitaria, concretamente por:

- La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Dicha norma fue traspuesta al ordenamiento jurídico interno por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.



- El Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93.
- La Decisión (CE) n° 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo. Esta Decisión establece los requisitos que deben cumplir los organismos de evaluación de la conformidad y cómo éstos deben presentar una solicitud a la autoridad notificante.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La actividad de los organismos de control se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, por constituir una actividad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la LGUM y la definición contenida en el apartado b) del Anexo de la LGUM que conceptúa las actividades económicas como: *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*.

Tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria establece un régimen de autorización administrativa para los organismos de control que actúan como entidades colaboradoras de la Administración en materia de seguridad industrial. Prevé, además, que la valoración técnica del cumplimiento de los requisitos exigibles para su autorización se realice por parte de una entidad acreditadora (ENAC).

Estos preceptos fueron desarrollados en el capítulo IV, sección I, del Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, aprobado por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, en concreto en sus artículos 42 y 43, que detallan el procedimiento para la autorización, previa acreditación, de los organismos de control.

Tanto la Ley, como el Reglamento fueron modificados para adaptarlos a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En esta adaptación, y alegando razones imperiosas de interés general de seguridad pública y de protección de los consumidores y destinatarios de los servicios, la Administración General del Estado decidió mantener el régimen autorizatorio para los organismos de control.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de junio de 2011 (BOE núm. 196, de 16 de agosto), declaró la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control, salvo cuando la exigencia de la autorización resulte obligada en los



términos recogidos en el artículo 4.5 de la Ley de Industria; es decir, cuando la imponga una normativa comunitaria o los tratados internacionales.

Según expone el Tribunal Supremo, en defecto de esa autorización, y al margen de la obligación de acreditación, los organismos de control quedan obligados a efectuar la comunicación o declaración responsable prevista en el artículo 4 de la Ley de Industria.

Con fecha 27 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia sobre la autorización de los organismos de control (BOE núm. 71, de 23 de marzo). Esta sentencia, además de declarar la inaplicabilidad a las personas físicas de los apartados 2.b), 2.c), 4.b) y 4.c) del artículo 42 del Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, declara la nulidad del apartado primero del artículo 42 y de la letra a) del apartado segundo del mismo artículo 42 del citado Reglamento, en cuanto exigen autorización, previa acreditación, para que los organismos de control ejerzan sus funciones.

La interpretación del fallo del Tribunal Supremo no es pacífica y difiere, según la lectura que hacen los colegios profesionales o las Administraciones autonómicas y el Ministerio de Industria:

- a) Para los colegios profesionales, del fallo se desprende que las personas físicas no necesitan una acreditación previa para actuar como organismo de control.
- b) Los responsables en materia de seguridad industrial de las Comunidades Autónomas y del Ministerio de Industria, Energía y Turismo difieren, sobre la base de que la sentencia del Supremo no ha anulado ni el artículo 15.2 de la Ley de Industria ni la totalidad del artículo 42 del Reglamento, dedicado exclusivamente a los requisitos de acreditación exigidos. Por ello entienden que la intención de la sentencia no es anular la acreditación como requisito previo al ejercicio de la actividad, y que la anulación de los apartados 1 y 2.a) del artículo 42 del Reglamento se realiza únicamente en cuanto que exige la autorización de los organismos de control. Es decir, que el Supremo está rectificando el trámite, pero no un proceso de acreditación que supone la evaluación del personal, medios técnicos y procedimientos de actuación de las personas jurídicas o físicas que tienen como misión garantizar la seguridad industrial.

Por otro lado, debe recordarse que la LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional, con las concretas limitaciones tasadas en su artículo 20. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos; en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente; y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Su artículo 2 determina el ámbito de aplicación, que incluye el acceso y ejercicio a las actividades económicas de los operadores legalmente establecidos en cualquier parte del mercado nacional.



Uno de los principios sobre los que descansa la unidad de mercado es el de no discriminación (art. 3), que confiere a todos los operadores jurídicos los mismos derechos, regla que se impone tanto para las actuaciones concretas como para las disposiciones generales. Debe ponderarse desde la óptica de la LGUM, en primer lugar, si el marco jurídico está exigiendo los mismos requisitos a las personas jurídicas y físicas que quieren prestar servicio como organismos de control.

Las modificaciones operadas en el marco normativo por las sentencias del Tribunal Supremo han ocasionado una interpretación no pacífica sobre el régimen de acreditación de los organismos de control de la calidad y la seguridad industrial y las cargas impuestas a los distintos operadores. La autoridad competente debe abogar por generar “un entorno de certidumbre” que facilite la actuación de los operadores y la adopción de sus futuras decisiones económicas, por su seguridad jurídica y por otras ventajas asociadas a la predictibilidad de la regulación.

Otro de los principios clave en el planteamiento estructural de la LGUM es la necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (art. 5). La libertad en el ejercicio de las actividades económicas conlleva la excepcionalidad de la intervención, que tendrá que encontrar su fundamento en razones que la justifiquen y que, además, guarden la debida proporción con el interés público que motive la exigencia de una autorización.

A la luz del artículo 5 LGUM, la autoridad competente debe determinar si son necesarias y proporcionadas las causas que permiten sostener el régimen de acreditación de los organismos de control, toda vez que tal requisito puede ser considerado como una limitación a las libertades de establecimiento y circulación. Téngase en cuenta que los procedimientos de autorización deberán atender a lo dispuesto en el artículo 17 de la LGUM y no podrán contener requisitos innecesarios y/o desproporcionados ni requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18). El artículo 5 de la LGUM exige que los límites impuestos al acceso o ejercicio de una actividad económica se motiven en la necesaria salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En todo caso, esos límites o requisitos “deberán ser proporcionados”, sin que pueda existir otro medio “menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica”.

Ponderadas si la seguridad y la salud de los consumidores, los destinatarios de servicios y de los trabajadores u otras razones imperiosas justifican el establecimiento de uno u otros regímenes de intervención administrativa deben quizás propiciarse los cambios legales y reglamentarios que contribuyan a crear un marco normativo estable y predecible.

Cabe recordar que la Ley de Garantía de Unidad de Mercado obliga a todas las autoridades competentes; que de acuerdo con el artículo 9.2 deben velar por su cumplimiento en “las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella”. Esas autoridades están obligadas a efectuar “la detección temprana de obstáculos” y asegurarse “de que las disposiciones y actos” son accesibles, según el artículo 8.



Llegados este punto debe saberse que la Administración del Estado está tramitando una modificación de la normativa reguladora de la calidad y la seguridad industrial, por lo que debería aprovecharse este proceso para garantizar su plena adaptación a los principios establecidos en la LGUM, y dotarlo de claridad y transparencia y así evitar la litigiosidad entre los operadores y las AAPP involucradas en el régimen de certificación de los Organismos de Control.

IV. CONCLUSIONES

Sobre la base de todo cuanto antecede cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. La actividad de los organismos de control se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.
2. La exigencia de cualquier régimen de intervención administrativa, incluidos los de declaración responsable o comunicación, deben ajustarse a los principios de necesidad y de proporcionalidad (art.17). A su vez, estos regímenes no podrán contener requisitos innecesarios y/o desproporcionados ni requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18).
3. Habida cuenta de discrepancias surgidas en la interpretación de la norma de referencia, a raíz de las precitadas sentencias del Tribunal Supremo, la autoridad competente debería aprovechar el proceso de revisión de la normativa reguladora de la calidad y la seguridad industrial que ha emprendido, para adaptarla a los principios establecidos en la LGUM. También para dotarlo de claridad y transparencia y así evitar la litigiosidad entre los operadores y las AAPP involucradas en el régimen de certificación de los Organismos de Control.

Dado que en esta materia intervienen las administraciones autonómicas, la modificación normativa debería ser estudiada por la correspondiente Conferencia Sectorial.

Sevilla, a 14 de noviembre de 2014

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA