



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y
COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 13
28071-MADRID

INFORME Nº 7/2017, 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 (...)) ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN GALICIA)

I.- ANTECEDENTES

Con fecha 10/05/2017 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, escrito formulado por D. (...), Técnico Superior de Producción de Espectáculos y Eventos, aportando 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 (en lo sucesivo, LGUM), relativa a supuestas trabas en el ejercicio de su actividad contenidas en el Decreto 144/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos, de la Consellería de Economía, Empleo e Industria del Gobierno de Galicia.

El reclamante considera que existe una restricción a su derecho de establecimiento de actividad económica en los apartados a, b y c del artículo 40 de la citada norma, ubicado dentro del apartado titulado "Requisitos, comunicación previa y registro", dentro del capítulo II del Título IV.

El contenido literal del artículo es el siguiente:

Artículo 40 Requisitos

1. Las entidades que deseen actuar como entidades de certificación de conformidad municipal deben tener personalidad jurídica y plena capacidad de obrar según las normas del ordenamiento jurídico que les resulten de aplicación.

2. Asimismo, deben disponer de los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para realizar las actuaciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

Se presumirá que disponen de dichos recursos si justifican el cumplimiento de los siguientes requisitos:



a) Contar con una acreditación como entidad de inspección tipo A conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 para las actividades de evaluación. Los organismos que vayan a llevar a cabo la actividad de control deberán obtener la acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), organismo nacional de acreditación designado en virtud del Real decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) no 765/2008 del Parlamento Europeo y el 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) no 339/1993.

b) Haber constituido como garantía patrimonial un seguro de responsabilidad civil de 1.000.000 €, de acuerdo con la legislación aplicable, que deberá incluir la actividad de la entidad y de sus profesionales. En la cobertura del seguro contratado se incluirán, por lo menos, todos los factores de riesgo asociados a las actividades objeto de las funciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

Esta cantidad podrá actualizarse anualmente por orden de la Consellería competente en materia de seguridad industrial.

c) Que el personal técnico directamente responsable de las actuaciones de certificación, verificación, inspección y control esté en posesión de las titulaciones universitarias oficiales de grado o, en su caso, máster, en Arquitectura, Ingeniería y Derecho, o sus equivalentes en el sistema anterior de titulaciones universitarias.

El operador desea constituir una Entidad de Certificación de Conformidad Municipal (en adelante ECCOM) dedicada al sector de espectáculos públicos y solicita que se analicen los requisitos indicados y su conformidad con la LGUM.

2.- ANÁLISIS DEL CASO PLANTEADO A LA LUZ DE LA LGUM

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. 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.

El artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado.

Las ECCOM son empresas de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades, que llevan a cabo una actividad económica que se efectúa en condiciones de mercado por operadores económicos. Ello, atendiendo a la definición que proporciona en su anexo la LGUM, que define actividad económica 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". Por lo tanto, dicha actividad estaría incluida dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

Tras la entrada en vigor de la LGUM, todas las Administraciones Públicas (estatal, autonómica o local) están obligadas a observar en sus disposiciones los principios establecidos para proteger las libertades de acceso y ejercicio de los operadores económicos. Así, el artículo 9.1 LGUM, bajo el título "*Garantía de las libertades de los operadores económicos*", preceptúa:

"Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia".

La aprobación de la LGUM exige un análisis doble sobre la necesidad y proporcionalidad con que las Administraciones establecen requisitos asociados al inicio o desarrollo de la actividad económica. Debe recordarse que el artículo 5.1 LGUM, a propósito de la necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las Administraciones públicas, dispone lo siguiente:

"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".

Con carácter previo, y como punto de partida habría que recordar el esfuerzo que desde las administraciones públicas se realizó como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios en especial en el ámbito relacionado con las licencias de apertura y con la necesidad de obtener un visado colegial para prácticamente cualquier proyecto de obras vinculado con una actividad económica. Esa valoración culminó con la eliminación del visado colegial quedando expresamente señalados los trabajos para los que sería obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio) así como la eliminación con carácter general de la licencia de actividad recogida expresamente en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En este sentido, habría que ser especialmente cuidadoso a la hora de establecer procedimientos administrativos que de forma indirecta puedan estar imponiendo cargas tanto administrativas como económicas a los operadores económicos a la hora de que éstos tramiten sus declaraciones



responsables/comunicaciones previas o incluso en los casos de tramitación de licencias frente a las entidades locales, obligando que incorporen determinados documentos emitidos por entidades de certificación que, en la práctica, puedan suponer la incorporación de un tipo de “visado indirecto” cuando expresamente este tipo de requisitos o trámites habría sido suprimido con carácter general. Por ello, habría que evitar que este tipo de entidades de certificación puedan colaborar en el establecimiento de requisitos adicionales a los operadores económicos para el inicio de su actividad económica.

Sin perjuicio de la valoración anterior realizada con carácter general, el objeto de este informe es analizar, desde el punto de vista de la LGUM, los requisitos exigidos en la normativa gallega a las entidades certificación de conformidad municipal.

La Xunta de Galicia mediante el Decreto 144/2016 de 22 de Septiembre aprobó el Reglamento único para la regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos (RIAE) que establece la creación de las Entidades de Certificación de Conformidad Municipal (en adelante ECCOM). Este Decreto se enmarca en el contexto de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, que establece un régimen jurídico único del ejercicio de actividades en Galicia, eliminando de manera plena y efectiva la licencia de apertura previa a la instalación y al inicio de la actividad (licencias de actividad o instalación y de apertura o funcionamiento). Asimismo, modifica la regulación de las licencias de obra, de forma que se establece también un nuevo régimen general que es el de comunicación previa junto con una reserva para la licencia en aquellos casos en que una norma estatal así lo exija.

Mediante el citado decreto, se aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos (en adelante, RIAE), tanto de las actividades inocuas como de las actividades clasificadas y los espectáculos públicos y actividades recreativas.

El artículo 35 del Decreto, define las Entidades de certificación de conformidad municipal con el siguiente literal:

Son entidades de certificación de conformidad municipal las entidades dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar que, después de cumplir los requisitos establecidos en este título, desarrollan actuaciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

Sus funciones se indican en el artículo 39:

Las entidades de certificación de conformidad municipal, según lo establecido en el artículo 49 de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, deben desarrollar las siguientes funciones:

a) Certificación de la conformidad con la normativa aplicable en el ámbito municipal de las instalaciones, establecimientos, actividades y obras destinadas a una actividad económica que vayan a ser objeto de comunicación previa o de solicitud de licencia ante la Administración municipal.



b) Colaboración en el ejercicio de las competencias de comprobación e inspección de instalaciones, establecimientos, actividades y obras destinadas a una actividad económica.

c) Control periódico de la conformidad de las instalaciones, establecimientos, actividades y edificaciones o construcciones destinadas a una actividad económica con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

2.1 Las garantías como requisitos de acceso

Este punto de contacto comparte la visión de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante SCUM) de que la obligación de constituir y mantener garantías económicas para ejercer una actividad es un requisito de acceso con una gran capacidad de distorsión de la actividad económica y de la competencia, en la medida en que puede constituir una barrera de acceso al mercado a los operadores que no tengan la suficiente solvencia económica o financiera, con independencia de su eficiencia.

En el caso que nos ocupa la exigencia de garantías se articula mediante la constitución como garantía patrimonial un seguro de responsabilidad civil de 1.000.000 €, de acuerdo con la legislación aplicable, que deberá incluir la actividad de la entidad y de sus profesionales. En la cobertura del seguro contratado se incluirán, por lo menos, todos los factores de riesgo asociados a las actividades objeto de las funciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

Resulta imprescindible que la imposición de este requisito respete los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados por la LGUM y analizar si es necesario para la salvaguarda razones imperiosas de interés general y si eventualmente es proporcionado a la razón invocada; no existiendo otro medio menos distorsionador de la actividad económica para lograr el objetivo pretendido.

Para determinar la necesidad del requisito debe observarse si responde a una de las razones de interés general de las mencionadas 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.

El operador menciona que la garantía opera independientemente del tamaño de la empresa. Teniendo en cuenta el ámbito local de actuación de las ECCOM y la variabilidad de su objeto, podría explorarse la posibilidad de modular el sistema de garantías en función de criterios que atendieran al tamaño de la empresa.

2.2 La cualificación del técnico competente para el ejercicio de la actividad.

El Decreto exige que el personal técnico directamente responsable de las actuaciones de certificación, verificación, inspección y control esté en posesión de las titulaciones universitarias oficiales de grado o, en su caso, máster, en Arquitectura, Ingeniería y Derecho, o sus equivalentes en el sistema anterior de titulaciones universitarias.

Es doctrina recurrente en este punto de contacto, y tal como ha venido poniendo de manifiesto la



SCUM en numerosos informes, que la regulación de una profesión a través del requerimiento de la posesión de una titulación determinada o de algún otro tipo de formación o habilitación supone una barrera al acceso y el ejercicio de los profesionales. Ello, en la medida en que la imposición de reservas de actividad supone claramente una excepción a la libertad de elección de profesión proclamada en el artículo 35 de la Constitución Española y un límite al acceso a una actividad económica y a su ejercicio por lo que, en todo caso, deberá estar justificado según las consideraciones establecidas en la LGUM.

A este respecto, y atendiendo a los pronunciamientos sobre casos anteriores de la SCUM en la materia, es necesario analizar el objeto social de la sociedad de control de que se trate para determinar cuál es el técnico competente teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión. Es decir la competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate de forma que su necesidad y proporcionalidad conforme a la LGUM quede justificada.

2.3 Acreditaciones de los organismos de control

Como se ha indicado anteriormente, la normativa gallega precisa que las Entidades de certificación de conformidad municipal deben disponer de los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para realizar las actuaciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa aplicable en el ámbito municipal.

Uno de los elementos que definen esa disposición de medios es contar con una acreditación como entidad de inspección tipo A conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 para las actividades de evaluación. Los organismos que vayan a llevar a cabo la actividad de control deberán obtener la acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), organismo nacional de acreditación designado en virtud del Real decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) no 765/2008 del Parlamento Europeo y el 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) no 339/1993.

La exigencia de un determinado tipo de acreditación se contempla en el artº 18 de la LGUM como una de las posibles actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

En este caso, el nivel de acreditación se establece conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 para las actividades de evaluación.

La norma ISO17020 es aplicable a todas las organizaciones que realizan inspección, cuya labor puede incluir el examen de materiales, productos, instalaciones, plantas, procesos, procedimientos de trabajo o servicios y la determinación de su conformidad con los requisitos, y el subsiguiente informe de los resultados de estas actividades a los clientes.

Pretende ayudar a asegurar la transparencia y la buena práctica en las inspecciones y a mejorar los informes de auditoría, contribuyendo en gran medida a la confianza entre las partes y a facilitar las relaciones comerciales y se aplica en un marco amplio de sectores como el industrial, el medio ambiente, el sector agroalimentario, sanitario, el control urbanístico de actividades, de embarcaciones



de Recreo, de vehículos etc.

No es competencia de este punto de contacto evaluar la pertinencia de la acreditación de la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 como estándar de homologación de las Entidades de certificación de conformidad municipal en la Comunidad Autónoma de Galicia.

En cualquier caso, como ya hemos señalado, los criterios de acreditación pueden constituir una barrera contra la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de los operadores económicos si no están modulados a las variadas realidades que pueden desarrollarse en los mercados sobre los que operan. Las autoridades competentes deberían hacer un juicio valorativo sobre si el nivel de acreditación como entidad de inspección tipo A conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 es proporcional a la actividad que va a realizar una Entidad de certificación de conformidad municipal que va a operar en el sector de espectáculos públicos o si sería posible realizar una modulación adecuada al objeto social o tamaño de la entidad para evitar eventualmente situaciones de desequilibrio en los mercados o de favorecimiento de empresas que por su tamaño o medios económicos pudieran cumplir con mayor facilidad los requisitos exigidos por la norma.

3. CONCLUSIONES

1. La actividad de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con carácter general constituye una actividad económica de acuerdo con lo establecido en la LGUM.
2. El establecimiento de requisitos de acceso a esta actividad económica tales como la necesidad de una acreditación de control, garantía, o requisitos de titulación concretos para su ejercicio deberán encontrarse justificados en razones de interés general y deberán establecerse de forma proporcionada de acuerdo con los principios establecidos en la LGUM.

Sevilla, a 1 de junio de 2017

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía