

Desconocimiento, errores e inexactitudes expresados en el Informe IPN/DP/0011/14 de la CNMC

El pasado 18 de agosto de 2014, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) ha publicado un Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento para la infraestructura de la calidad y seguridad industrial y realiza una serie de observaciones para asegurar un funcionamiento eficiente y competitivo.

La CNMC es el organismo independiente regulador de los mercados y que garantiza y promueve una competencia efectiva. El informe se emite a solicitud del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en ejercicio de las competencias de la CNMC en aplicación del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Según la CNMC, el Proyecto de Real Decreto propone una serie de cambios sobre el Reglamento para la infraestructura de la calidad y seguridad industrial. En concreto, propone *recuperar el régimen de acreditación previa* para los operadores que deseen convertirse en Organismos de Control (OC), *que había sido declarada nula por la jurisprudencia* y se sustituye la *autorización de la Entidad Nacional de Acreditación* por una declaración responsable ante el órgano competente de la comunidad autónoma.

Estas afirmaciones son inexactas, pues nunca se ha perdido el régimen de acreditación previa para los operadores que deseen convertirse en OC. La declaración de nulidad por la jurisprudencia es un errónea interpretación de las sentencias del Supremo y la sustitución de la autorización por la ENAC, no ha sido, ni es, ni será competencia suya, pues sólo corresponde, en su caso, a la Administración. En España, la autoridad competente en esta materia son las CCAA.

La CNMC realiza las siguientes consideraciones, en su informe:

- *Para recuperar la obligación de acreditación* previa de los Organismos de Control *es necesario justificar razones imperiosas de interés general*, dado que es imprescindible cumplir la legislación nacional y comunitaria (Directiva de Servicios y Leyes de transposición al ámbito nacional) y la propia jurisprudencia nacional (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012).

Las razones imperiosas de interés general, son requeridas para poder establecer un régimen de autorización administrativa, en ningún caso el TS hace referencia a la acreditación. Transcribo la Sentencia del Supremo:

Sentencia de 29 de junio de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

*Que declaramos la **inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa** de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria –en la redacción dada 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–, y en el artículo 43 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre –en la redacción*

dada por el Real Decreto 338/2010, de 19 de marzo–, salvo cuando la exigencia de la autorización resulte obligada en los términos recogidos en el artículo 4.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria –redacción dada 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–

- La CNMC valora positivamente la introducción de la declaración responsable en sustitución de la autorización previa. Se recuerda que en aquellas ocasiones en las que la autoridad competente justificase la necesidad de acreditación previa ante la Entidad Nacional de Acreditación *debería eliminarse el requisito de declaración responsable, para evitar el riesgo de incurrir en una “doble autorización”, injustificada por innecesaria.*

La CNMC confunde reiteradamente en su informe, el concepto **acreditación** con el de **autorización**. La acreditación se obtiene de la **ENAC** y avala la competencia técnica del OC con respecto a una normativa de referencia. La autorización se obtiene de la **Administración Competente** y permite el desarrollo de la actividad en unas determinadas condiciones establecidas.

- La STS de 27/02/2012 *declaró nula la exigencia de acreditación* previa por parte de la ENAC a los Organismos de Control, prevista en el apartado 1 y 2 a) del art. 42 del Reglamento para la Infraestructura de la Calidad y Seguridad Industrial. Basándose en los mismos preceptos que la STS 29/06/2011 y aludiendo a sus Fundamentos de Derecho, la STS declara que el apartado 1 y 2 a) del art. 42 son *preceptos no conformes a Derecho*. Ello se debe a que estos preceptos no se adecúan a normas de rango superior (como el art. 5 de la Ley 17/2009) que sólo permiten someter a autorización administrativa las actividades de servicios cuando se demuestren cumplidamente las razones imperiosas de interés general que lo justifican.

Hay que recordarle a la CNMC lo que dice la segunda sentencia del Supremo, respecto a esta materia, y que transcribo a continuación:

Sentencia de 27 de febrero de 2012, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara que no son aplicables a las personas físicas los requisitos establecidos en los apartados 2.b) y 2.c), 4.b) y 4.c) del artículo 42 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, según la redacción que les da el Real Decreto 338/2010 y por la que se anula el apartado primero del artículo 42 y de la letra a) del apartado segundo del artículo 42 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, según la redacción que les da el Real Decreto 338/2010.

*Declarar que los requisitos establecidos en los apartados 2.b) y 2.c), 4.b) y 4.c) del artículo 42 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, según la redacción que les da el Real Decreto 338/2010, **no son aplicables a las personas físicas.***

*Declarar la nulidad del apartado primero del artículo 42 y de la letra a) del apartado segundo del mismo artículo 42 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, según la redacción que les da el Real Decreto 338/2010, **en cuanto exigen la autorización**, previa acreditación, para que los organismos de control ejerzan sus funciones.*

La interpretación de lo expresado por los jueces del TS en el párrafo tercero está meridianamente claro: anula los apartados indicados al incluir la expresión "**en cuanto exige la autorización**", pero no elimina el requisito de acreditación. De hecho hay que seguir leyendo el RD 338/2010, en su artículo 42 apartado segundo, establece "Cada OC, para ser acreditado, deberá asegurar imparcialidad, independencia e integridad, para lo cual deberá cumplir las siguientes condiciones y requisitos:....". Y enumera una

serie de condicionantes plenamente vigentes (excepto para los OC personas físicas que quedan exoneradas en 2 de esas condiciones, como se detalla en el segundo párrafo de la sentencia), por lo tanto, la acreditación sigue vigente y no hay que recuperarla. Quizás lo que hay que hacer es efectivamente, redactar un nuevo Reglamento, pero por parte de personal técnico competente, que ponga orden y claridad en tanto texto amputado e interpretado por personal de la jurisprudencia y de economía, con gran desconocimiento técnico de la materia objeto de regulación.

- La CNMC considera a los organismos de control plenamente sujetos al marco aplicable a los prestadores de servicios por la Directiva de Servicios y las Leyes 17/2009 y 25/2009. *No parece existir en la normativa comunitaria ninguna disposición especial para que los organismos verificadores de la conformidad tengan un trato diferenciado a este respecto.* En consecuencia, los Organismos de Control estarían sujetos a las mismas condiciones que el resto de operadores económicos en cuanto a los regímenes de autorización y, específicamente, a la necesidad de justificar el mismo en razones imperiosas de interés general. Igualmente, cabe recordar que desde un enfoque de competencia, operador es todo aquel que ejerce una actividad económica, siendo indiferente su naturaleza pública o privada o si persigue o no ánimo de lucro. Los organismos de control encajan abiertamente en dicho perfil por lo que, también desde esta óptica, están sujetos a la normativa comunitaria y española de defensa de la competencia en las mismas condiciones que el resto de operadores.

La CMNC no está muy informada de que sí existen modelos en otros países europeos, que regulan la actividad de los OC, con requisitos de acreditación y de autorización, como es el caso de Alemania, porque en países con alto grado de desarrollo tecnológico, tienen claro que lo que está en juego tras el régimen de acceso a la condición de OC es nada menos que la **garantía del cumplimiento de los reglamentos de seguridad industrial** y, por tanto, la previsión de daños gravísimos a las personas, a las cosas o al medio ambiente. Las sociedades desarrolladas son, sociedades de riesgo, sociedades en las que la abundancia y sofisticación de los productos industriales crean unos niveles de peligro extraordinariamente elevados que han de ser conjurados mediante unos sistemas de control preventivo que han de funcionar con absoluto rigor, porque si no, no sirven para nada. Y la **prevención de estos riesgos es, indiscutiblemente, una de las razones imperiosas de interés general** que justifican la imposición de autorizaciones previas que aseguren la solvencia técnica, la imparcialidad y la disposición de los medios materiales y personales suficientes en los aspirantes a acceder a este mercado. Es decir no pueden estar sujetos a las mismas condiciones que el resto de operadores económicos.

25 de agosto de 2014