

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LOS REALES DECRETOS 298/2021, DE 27 DE ABRIL, Y 809/2021, DE 21 DE SEPTIEMBRE

Expediente: UM/001/23

PLENO

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Pilar Canedo Arrillaga
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D^a Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep Maria Salas Prat
D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 7 de febrero de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 9 de enero de 2023 tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el escrito presentado por D. Josep Oriol Sagarra Trías¹ a través del cual informa sobre los obstáculos o barreras a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), que derivan de la regulación establecida en dos disposiciones de carácter general:

- a) Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021), vigente desde el 1 de julio de 2021 (disposición final 2ª).
- b) Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 2021), en vigor, con carácter general, desde el 2 de enero de 2022 (disposición final 7ª).

A juicio del informante, el requisito que ambas normas introducen consistente en que el personal que desarrolle la actividad en cuestión ha de estar contratado “a jornada completa” es incompatible con la libertad de establecimiento que garantiza la LGUM, tiene como efecto directo la discriminación por razón de establecimiento del operador económico (arts. 3 y 18 LGUM) y es contrario al art. 5 LGUM, pues no se ha justificado la necesidad del requisito para la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general ni su proporcionalidad.

La hoy denominada Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo)² ha dado traslado a la CNMC de la solicitud de inicio del procedimiento regulado en el art. 28 LGUM para que por ésta se emita un informe en el que se podrán incluir propuestas de actuación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del precepto citado.

¹ D. Josep Oriol Sagarra Trías dice ser el Secretario de dos asociaciones (Gremio de calefacción, ventilación y aire acondicionado de Barcelona, y Gremio de calderería de Barcelona), mas este extremo no se halla acreditado mediante la documentación obrante en el expediente administrativo.

² El cambio de denominación es consecuencia de la reforma operada en la LGUM por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022).

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM 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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

El Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, modifica diversos reglamentos e instrucciones técnicas complementarias relativas al ejercicio de actividades de carácter profesional: ejecución de instalaciones eléctricas de baja tensión (art. 1) montaje y utilización de las grúas torre para obras u otras aplicaciones (art. 3), instalación y reparación de productos petrolíferos líquidos (art. 6), distribución y utilización de combustibles gaseosos (art. 7), instalación de líneas de alta tensión (art. 8), conservación de ascensores (art. 9), ejecución de instalaciones de alta tensión (art. 10), diseño, instalación/aplicación, mantenimiento e inspección de los equipos, sistemas y componentes que conforman las instalaciones de protección activa contra incendios (art. 11), y ejecución y mantenimiento de instalaciones frigoríficas (art. 12).

Por su parte, el Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, versa sobre la instalación, inspecciones periódicas, reparación y modificación de los equipos a presión (art. 1.2), lo cual constituye también una actividad de carácter profesional, de acuerdo con lo establecido en el apartado b) del anexo de la LGUM.

Además, todas las actividades afectadas por la regulación establecida en los reglamentos citados se prestan en condiciones de mercado, por lo que resulta de aplicación la LGUM.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Las barreras a la aplicación de la LGUM comunicadas consisten en exigir a las empresas que prestan servicios en el ámbito de la seguridad industrial el cumplimiento del requisito de contar en su plantilla con determinados técnicos contratados a jornada completa.

Dicha exigencia ha sido introducida por el Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, en los siguientes ámbitos:

1. Empresas instaladoras en baja tensión, que deberán contar con un instalador contratado a jornada completa de la misma categoría en la que la empresa se encuentra habilitada, según la nueva redacción dada al apéndice I, apartado I, de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-BT-03 (Empresas Instaladoras en Baja Tensión) del Reglamento electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto.
2. Empresas instaladoras de grúas torre para obras y otras aplicaciones, que deberán contar, con independencia de las grúas que tengan contratadas, con al menos un técnico titulado universitario con competencias específicas que deberá estar contratado a jornada completa, según la nueva redacción dada al artículo 6.8 c) de la Instrucción Técnica Complementaria "MIE-AEM-2" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones, aprobada por Real Decreto 836/2003, de 27 de junio.
3. Empresas instaladoras o reparadoras de instalaciones de productos petrolíferos líquidos, que deberán contar con un instalador o reparador contratado a jornada completa y con categoría igual o superior a cada una de las categorías de la empresa instaladora autorizada, según la nueva redacción dada al apéndice I, apartado I, de la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP05 "Instaladores o reparadores y empresas instaladoras o reparadoras de productos petrolíferos líquidos", aprobada por Real Decreto 365/2005, de 8 de abril.
4. Empresas instaladoras de gas, que deberán contar con un instalador contratado a jornada completa y con categoría igual o superior a la de la empresa instaladora, según la nueva redacción dada al artículo 3.8 b) de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC-ICG 09), aprobada por el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11.
5. Empresas instaladoras para líneas de alta tensión, que deberán contar con al menos un instalador contratado a jornada completa de categoría igual o superior a la de la empresa instaladora, según la nueva redacción dada al anexo I, apartado 1, de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT -03 (Instaladores y Empresas Instaladoras de Líneas de Alta Tensión), aprobada por el Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías

- de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09.
6. Empresas conservadoras de ascensores, que deberán contar con un técnico titulado universitario o un conservador contratado en plantilla a jornada completa, según la redacción dada al artículo 9 b) de la Instrucción Técnica Complementaria ITC -AEM 1, aprobada por el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, aprobado por Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre.
 7. Empresas instaladoras para instalaciones de alta tensión, que deberán contar con al menos un instalador contratado a jornada completa de categoría igual o superior a la de la empresa instaladora, según la nueva redacción dada al Anexo I, apartado 1, de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-RAT -21 (Instaladores y Empresas Instaladoras para instalaciones de alta tensión), aprobada por Real Decreto 37/2014, de 9 de mayo, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ITC-RAT 01 a 23.
 8. Empresas instaladoras y mantenedoras de equipos y sistemas de protección contra incendios, que deberán contar con un responsable técnico y con un operario cualificado para cada uno de los sistemas para los que está habilitada, de conformidad con la nueva redacción del anexo III del Reglamento de instalaciones de protección contra incendios, aprobado por Real Decreto 513/2017, de 22 de mayo.
 9. Empresas frigoristas, que deberán contar con al menos un instalador frigorista contratado en plantilla a jornada completa según el artículo 12 del Reglamento de seguridad para instalaciones frigoríficas, aprobado por Real Decreto 552/2019, de 27 de septiembre.

En todos los supuestos de los que se ha dado cuenta, se exceptúa del cumplimiento del requisito consistente en la contratación a jornada completa si se acredita que el horario de apertura de la empresa es menor, en cuyo caso se admite la contratación a tiempo parcial para prestar servicios durante un número de horas equivalente al horario durante el que la empresa desarrolle su actividad.

Idéntico requisito y con la misma excepción exigen, respectivamente, a las empresas instaladoras de equipos a presión con capacidad para realizar instalaciones con equipos a presión que requieran proyecto (categoría EIP-2) y a los centros de inspección periódica de botellas el apartado 1.9 del anexo I del Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, y el art. 4.7 b) de su Instrucción Técnica Complementaria.

Tal y como se explica en el preámbulo del Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, las normas en materia de seguridad industrial fueron adaptadas por el Real Decreto 560/2010, de 7 de marzo, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a 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 concreto, a las modificaciones realizadas a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria

El Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, reconoce que las modificaciones introducidas por el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, aseguraron que cada actividad de servicio o su ejercicio se rija por el principio de igualdad de trato y no discriminación. No obstante, también considera que no hay un criterio uniforme entre las distintas regulaciones en relación con los medios humanos necesarios para el desarrollo de las diversas actividades a las que se refiere y tampoco en cuanto a las vías de acceso a las profesiones incluidas en los distintos reglamentos de seguridad industrial. Es por ello que reconoce un objetivo unificador de los criterios de acceso a las actividades y servicios de seguridad industrial, lo que, a juicio de la norma, garantizará no sólo una mayor igualdad de trato a nivel global, sino también un aumento de la seguridad jurídica

Según la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (MAIN) del Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, en cuanto a la homogeneización de las vías de acceso a las profesiones de instalador habilitado u operario cualificado, la norma facilitaría las posibilidades de acceso a las profesiones que regula, por lo que favorecería la competencia.

En lo que se refiere a la exigencia de que los profesionales habilitados se encuentren en plantilla, la MAIN considera que supondrá un coste adicional para aquellas empresas que no cumplan todavía con este requisito. No obstante, al unificar los requisitos relativos a la relación laboral de los medios humanos de las empresas instaladoras y mantenedoras, así como los relativos a los medios técnicos exigidos, se garantizará una mayor igualdad de trato a todos los prestadores de este tipo de servicios con independencia de la actividad concreta. Además, se asegurará una mayor eficacia de la Administración en su función supervisora del cumplimiento de dichos requisitos, lo que, según la MAIN, redundará en un aumento de la seguridad en el ejercicio de la actividad, fin último de los reglamentos modificados.

Por su parte, el Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, se limita a actualizar la normativa española sobre seguridad de las instalaciones de equipos a presión. En cuanto a la habilitación y requisitos de las empresas instaladoras, y aunque no se cite el Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, pese a ser de fecha muy cercana a su aprobación, y al menos en lo que se refiere a sus medios personales, las homogeniza con otras actividades relacionadas con la seguridad industrial, como las reguladas en el propio Real Decreto 298/2021, de 27 de abril.

En ambos casos, el obstáculo comunicado no se refiere a la necesidad de que los profesionales cualificados o técnicos competentes se encuentren en plantilla en las empresas para las que desarrollan su actividad, sino en la exigencia de que la contratación sea en régimen de jornada completa.

Esta exigencia fue introducida en una fase muy avanzada de la tramitación de la norma, pues no se incluía en el proyecto sometido a audiencia pública y que fue objeto de los correspondientes informes, entre ellos el del Consejo de Estado,

que por ello no pudo evaluar la conformidad de aquel requisito con el ordenamiento jurídico. La MAIN del Real Decreto 298/2021, de 27 de abril puso de manifiesto un impacto favorable en la unidad de mercado en la medida en que aclaraba el régimen aplicable a los medios técnicos y laborales de las empresas habilitadas, pero, obviamente, no pudo tener en cuenta el impacto de un requisito, el analizado en el presente informe, que no estaba en el proyecto de norma al que acompañaba.

Esta incorporación tardía de la exigencia de que el personal contratado lo sea en régimen de jornada completa impide conocer su motivación y el necesario análisis de su ajuste a los principios de garantía de unidad de mercado, en especial el de necesidad y proporcionalidad.

En primer lugar, debe tenerse que en cuenta que el requisito se impone a todas las empresas, con independencia de su volumen de actividad en un área concreta de la seguridad industrial o del número de instalaciones a mantener. Ello es determinante pues, como se reconoce durante la tramitación de la norma, la mayor parte de las empresas instaladoras se habilitan para más de una actividad. En este sentido, no se justifica, desde un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad, el motivo por el cual es necesario disponer de un trabajador un determinado número de horas que puede ser excesivo a la vista de la carga de trabajo que un prestador de servicios habilitado en varios ámbitos pueda tener en ese concreto.

El principio de proporcionalidad exige que la medida sea “*adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr*” y que no vaya “*más allá de lo necesario para alcanzarlo*” (v. gr., Sentencia del TJCE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99, ap. 33).

En segundo lugar, la excepción a esa exigencia está condicionada a que los técnicos y/o instaladores habilitadores estén disponibles durante todo el “*periodo de apertura*” de la empresa. Es decir, se puede disponer del personal exigido contratado a jornada parcial cuando se acredite que el horario de apertura de la empresa es menor. Este criterio es de difícil interpretación porque las empresas que prestan servicios de seguridad industrial no suelen tener establecimientos abiertos al público en el sentido del artículo 85 del Código de Comercio y, desde luego, no están obligadas a ello. Esta consideración introduce incerteza en el ejercicio de la actividad cuando, precisamente, lo que busca la norma es dotarla de mayor seguridad jurídica.

Finalmente, en cuanto al Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, tampoco el proyecto sometido a audiencia pública³ contenía la exigencia que constituye el obstáculo a la aplicación de la LGUM denunciado y se limitaba a exigir a las empresas instaladoras de equipos a presión simplemente contar con “*personal*

³ https://industria.gob.es/es-es/participacion_publica/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=1

contratado”, por lo que no hay referencias al mismo en la MAIN que puedan justificar su necesidad y proporcionalidad. De la misma manera, introduce la exigencia de contar con personal cualificado contratado en régimen laboral a jornada completa, sin que se encuentre justificación a esa exigencia durante la tramitación del proyecto normativo.

Así las cosas, el análisis efectuado sobre el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad coincide con el ya expuesto en relación con el Real Decreto 298/2021, de 27 de abril, al que nos remitimos.

De todo lo expuesto se desprende que la normativa analizada podría constituir un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. El presente informe debe entenderse emitido, por lo tanto, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las disposiciones de rango reglamentario examinadas.

V. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª. Los reales decretos 298/2021, de 27 de abril, y 809/2021, de 21 de septiembre, establecen un límite al ejercicio de actividades económicas de carácter industrial al exigir que el personal que desarrolle la actividad en cuestión esté contratado “*a jornada completa*”.
- 2ª. Dado que los reglamentos citados no justifican la necesidad del referido límite para la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general ni, por ende, su proporcionalidad en relación con ésta, el requisito controvertido vulnera el art. 5 LGUM.