



Universitat de Girona

NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Marc TARRÉS VIVES

ISBN: 978-84-694-3058-3

Dipòsit legal: GI-426-2011

<http://hdl.handle.net/10803/7693>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tesis Doctoral de:
Marc Tarrés Vives

Dirigida por:
Dr. José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho – *Universitat de Girona* – 2001

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	14
INTRODUCCIÓN.....	15

PARTE PRIMERA LA REGULACIÓN DE LA TÉCNICA ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS (de la Edad Media a la Revolución Francesa)

1. El sistema gremial en la Edad Media: la fijación de estándares y mecanismos de control sobre la obra artesana.....	20
1.1 Los estatutos gremiales y su trascendencia jurídica.....	20
1.2 Estatutos gremiales y normas de calidad.....	25
2. El absolutismo: estatismo de la técnica y primeros síntomas de crisis en el sistema gremial.....	31
2.1 La organización de la técnica en el Estado absoluto: las academias de ciencias y los primeros cuerpos de ingenieros.....	31
2.1.1 <i>El influjo de la ciencia en la racionalización del Estado.....</i>	<i>33</i>
2.1.2 <i>El modelo francés de academia y su influencia en el progreso técnico.....</i>	<i>36</i>
2.1.3 <i>La nueva figura del ingeniero.....</i>	<i>39</i>
2.2 La actividad industrial en el siglo XVII: gremios y manufacturas reales.....	41
2.2.1 <i>El progresivo desapoderamiento social en la fijación de las reglamentaciones técnicas y su asunción por el Estado.....</i>	<i>41</i>
a) Centralización del poder y monopolio normativo del Estado.....	41
b) La difícil aplicación de las reglamentaciones técnicas estatales en el marco del Antiguo Régimen.....	45
c) La excepción del privilegio como señal de libertad en el Antiguo Régimen.....	46
d) La institucionalización de los sistemas sociales de garantía de la calidad.....	47

2.2.2. <i>El establecimiento de una “economía de la calidad”:</i>	
<i>Francia e Inglaterra.....</i>	48
a) <i>La inspección de manufacturas.....</i>	48
b) <i>De la reforma Necker a la supresión de los inspectores de manufacturas y la abrogación de las reglamentaciones técnicas durante la Revolución francesa.....</i>	51
c) <i>El modelo inglés.....</i>	52
3. El tránsito del absolutismo al Estado liberal y la definitiva extinción de las corporaciones gremiales bajo el principio de la “libertad de industria”	53
3.1. <i>Francia: del mercantilismo a la Revolucón.....</i>	54
3.2. <i>Estado e industrialización en Prusia.....</i>	57
3.2.1 <i>El marco histórico y político.....</i>	57
3.2.2 <i>Libertad de industria y gremios.....</i>	60
3.3. <i>La influencia europea en España.....</i>	65
3.3.1. <i>La cuestión gremial en la España e la Ilustración.....</i>	65
3.3.2. <i>La extinción de los gremios a partir del reconocimiento a las libertades de comercio y de industria.....</i>	71
3.4. <i>Consecuencias de la desaparición de los gremios: descorporativización social y pérdida de capacidad autoreguladora.....</i>	73

CAPÍTULO II

RAZÓN Y MODELOS DE LA COLABORACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD POR MOTIVOS TÉCNICOS

1. La regulación de la técnica en el marco de la separación entre Estado y sociedad. Los diferentes modelos alumbrados en el siglo XIX.....	82
1.1. <i>El marco jurídico, institucional y político de la técnica.....</i>	82
1.1.1. <i>El Derecho administrativo como derecho de la técnica.....</i>	82
1.1.2 <i>La institucionalización de la técnica.....</i>	85
a) <i>Administración.....</i>	85
b) <i>Universidad.....</i>	88
1.1.3. <i>La técnica como elemento geopolítico.....</i>	89
1.2. <i>La pretensión de un control pleno de la técnica por el Estado: Francia y España.....</i>	90
1.2.1 <i>El preludeo del Estado intervencionista mediante la afirmación de las potestades administrativas en la ordenación de la actividad económica privada.....</i>	90

1.2.2. <i>El ingeniero funcionario y el ingeniero civil</i>	95
a) Francia.....	96
b) España.....	96
1.3. El carácter civil de la técnica: Inglaterra.....	101
1.4. El modelo intermedio en el control de la técnica. Regulación privada con efectos públicos: Alemania.....	105
1.4.1 <i>La inspección</i>	108
1.4.2 <i>El establecimiento de estándares técnicos</i>	109
1.4.3 <i>La Verein Deutscher Ingenieure y la posición de los ingenieros en Alemania</i>	110
2. Desarrollo tecnológico, complejidad y tendencia a la autonomía en la regulación de la técnica durante el siglo XX	111
2.1. Técnica y Estado.....	111
2.2. La estandarización de la técnica: la aparición de los organismos de normalización.....	115
2.2.1. <i>Origen y generalización de los organismos nacionales de normalización</i>	119
a) Estados Unidos.....	119
b) Alemania.....	122
c) Francia.....	125
d) Italia.....	126
e) Gran Bretaña.....	128
f) España.....	128
2.2.2. <i>Antecedentes y nacimiento de la normalización internacional</i>	129
a) La organización estatal de la normalización en el ámbito internacional: el caso de las telecomunicaciones.....	129
b) La normalización eléctrica y el surgimiento de los primeros organismos multisectoriales de normalización.....	133
c) La normalización intencional de carácter multisectorial: la ISO.....	134
3. Los diferentes modos de intervención pública alrededor del elemento técnico	135
3.1. Consideración previa a la identificación entre Estado y técnica.....	135
3.2. Modos de relación entre la Administración y los sujetos privados por motivos técnicos.....	137

3.2.1. <i>Planteamiento previo: el abandono por el Estado del gobierno de la técnica y su sustitución por la sociedad</i>	138
a) Riesgo tecnológico y “adelgazamiento” del Estado.....	138
b) Las nuevas tecnologías de la información: un ámbito inicialmente ajeno a los poderes públicos. El ejemplo de la ICANN.....	145
3.2.2. <i>La colaboración de los sujetos privados bajo control administrativo</i>	149
a) La integración de los sujetos privados en instancias públicas: Administraciones independientes y expertos.....	149
• Justificación a la existencia de las Administraciones independientes.....	149
• El necesario contraste democrático sobre las decisiones del experto.....	153
b) La delegación de funciones públicas en entidades privadas por razones de complejidad técnica.....	159
• ¿Privatización de funciones públicas?: la necesaria distinción entre privatización material, privatización formal y privatización funcional.....	163
3.3. El concepto de regulación como definidor actual en las relaciones entre el poder público y el ámbito privado por motivos técnicos (la recuperación por la sociedad de su capacidad autorreguladora).....	166
3.3.1. <i>El principio de Estado social como explicación a la colocación en manos del Estado del orden social y económico</i>	166
3.3.2. <i>La extinción del intervencionismo estatal en el ámbito económico. El estado regulador: entre la desregulación y las nuevas técnicas de regulación</i>	166
a) Regulaciones públicas de carácter imperativo.....	173
b) Regulaciones públicas que toman en consideración elementos autoreglativos. Autorregulación y autoadministración.....	176
• Autorregulación no es autoadministración.....	177
• Ejemplos de regulación públicas que toman en cuenta elementos autorregulativos.....	180
c) Autorregulación regulada.....	183
• La autorregulación en el procedimiento y la regulación organizativa: el ejemplo de la calidad.....	186
d) Autorregulación privada.....	193
• Los códigos de conducta: autorregulación previa a la regulación.....	198
• La autorregulación como condicionante de la regulación.....	200
3.3.3. <i>La normalización: entre la autorregulación y la regulación</i>	202

3.4. "Lealtad" y "confianza" como elementos de la relación entre Estado y sociedad.....	207
3.4.1. El concepto de lealtad.....	207
3.4.2. El concepto de confianza.....	210
3.4.3. Confianza y lealtad en el ámbito público.....	212
4. Una reflexión final: la transformación de los fines del Estado en el marco de la globalización.....	215
4.1. La confluencia entre los intereses públicos y privados.....	215
4.2. Razones para una nueva noción de la estatalidad.....	217
4.2.1. <i>El carácter horizontal de la nueva estatalidad</i>	221
a) El ejemplo de Internet.....	222
b) Cesión de soberanía como presupuesto de la nueva estatalidad.....	224
4.2.2. <i>El carácter vertical de la nueva estatalidad</i>	225

PARTE SEGUNDA NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO III LAS NORMAS TÉCNICAS EN EL DERECHO

1. La necesaria distinción entre el ordenamiento jurídico y el ordenamiento de la técnica.....	234
2. El concepto de normalización.....	240
3. El concepto de norma técnica.....	242
3.1. Normas técnicas internacionales, europeas y nacionales.....	243
3.2. La norma técnica y su distinción de otros tipos de manifestaciones autorregulativas: especificaciones de acceso público; códigos de buenas prácticas y códigos de conducta.....	244
3.3. Naturaleza jurídica de las normas técnicas y condiciones para su aplicabilidad en el Derecho.....	247
3.4. El encuadre en el sistema de fuentes del Derecho: las normas técnicas no son derecho consuetudinario pero si reglas de conducta.....	249

3.5. La norma técnica en el Derecho administrativo español.....	250
3.5.1. <i>Reglamento y norma técnica</i>	250
3.5.2. <i>Acto administrativo y norma técnica</i>	254
4. El concepto de regla técnica	256
4.1. La distinción entre regla técnica y norma técnica.....	256
4.2. Eficacia jurídica de las reglas técnicas: ¿fuente del Derecho?.....	260

CAPÍTULO IV
LA REMISIÓN DESDE EL DERECHO AL ORDENAMIENTO DE LA TÉCNICA

1. La técnica del reenvío entre ordenamientos	263
2. La regulación de la técnica por el ordenamiento jurídico: principio de legalidad y reglamento independiente	264
3. La regulación de la técnica por el ordenamiento de la técnica: la remisión desde el ordenamiento jurídico	271
3.1 La remisión directa al ordenamiento de la técnica.....	273
3.1.1. <i>El reenvío estático o recepticio a la norma técnica:</i> <i>el problema de la publicidad normativa</i>	274
3.1.2. <i>El reenvío dinámico o remisión a la norma técnica</i>	279
3.2 La remisión indirecta al ordenamiento de la técnica: cláusulas generales y norma técnica.....	282

PARTE TERCERA
EL DERECHO TÉCNICO EUROPEO

CAPÍTULO V
LA POLÍTICA COMUNITARIA DE NORMALIZACIÓN: FUNDAMENTOS,
OBJETIVOS Y MÉTODOS EN SU ADOPCION JURÍDICA

1. La eliminación de los obstáculos técnicos mediante la armonización de las reglamentaciones nacionales divergentes	288
---	------------

2. De la regulación administrativa a la autorregulación regulada: el sistema europeo de normalización y certificación.....	289
2.1. La delimitación entre normalización administrativa y privada.....	291
2.1.1. <i>El fracaso de la armonización integral mediante normas jurídicas.....</i>	<i>293</i>
• El Programa General de 1969 sobre la eliminación de obstáculos técnicos.....	293
2.1.2. <i>El cambio de estrategia: el camino hacia el “nuevo enfoque”.....</i>	<i>296</i>
a) El modelo de la Directiva 73/23/CEE de productos eléctricos de “baja tensión”.....	296
b) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	299
c) El procedimiento de información previsto en la Directiva 83/189/CEE (98/34/CEE).....	300
d) Conclusiones del Consejo concernientes a la normalización.....	301
e) Las directrices generales para la cooperación entre la Comisión y los organismos europeos de normalización. El apoyo financiero a la normalización europea.....	302
f) El Libro Blanco para la consecución del mercado interior.....	304
g) El “nuevo enfoque” y el reconocimiento a la normalización privada.....	304
h) El papel de las normas técnicas europeas.....	306
2.2. <i>El enfoque global en materia de certificación y pruebas: la sustitución de la homologación administrativa por sistemas de control autorregulados.....</i>	<i>308</i>
2.2.1. <i>El sistema de certificación previsto por las Directivas del nuevo enfoque.....</i>	<i>311</i>
2.2.2. <i>Organismos acreditados para la certificación.....</i>	<i>315</i>
a) La certificación en el marco de las Directivas del “nuevo enfoque”.....	315
b) La certificación fuera del marco de las Directivas del “nuevo enfoque”.....	317
2.2.3. <i>Aplicación y equivalencia de las certificaciones emitidas por organismos notificados sobre la base de las Directivas “nuevo enfoque”.....</i>	<i>321</i>
2.2.4. <i>Sistemas nacionales y europeos de acreditación de los organismos notificados.....</i>	<i>322</i>

3. Aspectos institucionales de la normalización europea.....	323
3.1 El papel de los comités en el sistema europeo de normalización.....	323
• La extensión del sistema de comités a otros ámbitos.....	326
3.2 Los procedimientos de información establecidos por la Directiva 98/34/CEE (83/189/CEE) en atención a la elaboración de normas y reglamentaciones técnicas.....	328
3.2.1. <i>El procedimiento de información previsto para la elaboración de los reglamentos técnicos nacionales.....</i>	329
a) Objeto.....	329
b) Procedimiento ordinario y plazos.....	330
c) El procedimiento de urgencia.....	333
3.2.2. <i>Consideración especial al incumplimiento de información por parte de los Estados: la sentencia “Security International” y la posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia.....</i>	334
a) Planteamiento y antecedentes jurisprudenciales.....	336
b) Argumentación del Tribunal.....	337
c) Conclusiones y aspectos a tomar en cuenta.....	338
d) La posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia y Efectos de la sentencia “CIA Security International”.....	339
3.2.3. <i>El procedimiento de elaboración de las normas europeas (EN) en el marco de la Directiva 98/34/CE 323.....</i>	343
3.3. La normalización europea.....	346
3.3.1. <i>Consideración previa en torno a los tipos de normas técnicas europeas.....</i>	346
a) La norma técnica europea.....	347
b) La norma técnica armonizada.....	351
3.3.2. <i>Los organismos europeos de normalización.....</i>	351
a) El Comité Europeo de Normalización (CEN).....	352
b) El Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC).....	353
c) Aspectos comunes del CEN y el CENELEC en su Composición, funcionamiento y relación con la Comisión europea.....	353
c1) Miembros.....	354
c2) Procedimiento y sistema de votación.....	357
c3) Relación con la Comisión europea.....	360
d) El ETSI y breve referencia a otros organismos privados de normalización.....	360
d1) El ETSI.....	360
d2) Miembros asociados y Organismos de normalización asociados.....	362
e) Valoración del modelo europeo de normalización.....	364

4. La extensión del enfoque comunitario a la Organización Mundial del Comercio.....	366
• El acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio.....	367
5. Importancia de la política europea de normalización y aspectos problemáticos que se plantean.....	370
5.1. Aspectos técnico-económicos.....	371
5.2. Aspectos jurídicos de las normas técnicas europeas.....	373
5.2.1. <i>La remisión a las normas técnicas europeas.....</i>	<i>374</i>
5.2.2. <i>La publicación de las normas técnicas europeas.....</i>	<i>379</i>
5.3. Consideración a la delegación fáctica de competencias jurídico-normativas que supone la técnica de remisión del “nuevo enfoque” a las normas de los organismos europeos de normalización.....	385
5.3.1. <i>El concepto de delegación.....</i>	<i>385</i>
a) El concepto de delegación desde la perspectiva Jurídico-administrativa.....	386
b) El concepto de delegación en el Derecho público.....	388
5.3.2. <i>El concepto de mandato desde la perspectiva jurídico-administrativa.....</i>	<i>391</i>
5.3.3. <i>La delegación desde la perspectiva del derecho comunitario.....</i>	<i>392</i>
a) La existencia del concepto en el Tratado de la Comunidad Europea.....	392
b) El significado del concepto de delegación en el Derecho europeo a partir de jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto “Meroni”.....	393
5.3.4 <i>Naturaleza jurídica del mandato de la Comisión a los organismos europeos de normalización.....</i>	<i>397</i>

PARTE CUARTA
LA NORMALIZACIÓN EN ESPAÑA: EL DESLINDE ENTRE
SEGURIDAD Y CALIDAD

CAPÍTULO VI
LA COMPETENCIA DE INDUSTRIA EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL

1. La competencia de industria.....	400
2. La competencia en la submateria de seguridad industrial.....	401

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente a la seguridad industrial hasta la STC 179/1998.....	402
4. El carácter básico de la Ley 21/1992, de Industria.....	405

**CAPÍTULO VII
SEGURIDAD Y CALIDAD INDUSTRIAL**

1. La distinción entre seguridad y calidad industrial.....	408
• El objeto de la seguridad industrial y el recurso a la colaboración privada.....	409
2. La infraestructura para la calidad y la seguridad industrial.....	412
2.1. La institucionalización de un sistema nacional de normalización, certificación y acreditación.....	412
2.2. La infraestructura común para la calidad y la seguridad industrial.....	414
2.3. Infraestructura acreditable para la seguridad industrial.....	415
2.3.1. <i>Organismos de control</i>	415
a) Organismos de control y función inspectora de la Administración.....	415
b) Los Organismos de Control como organismos notificados previstos en las Directivas “nuevo enfoque”.....	422
b1) Naturaleza jurídica de los organismos notificados.....	425
b2) Naturaleza jurídica de los actos de certificación.....	427
2.3.2. <i>Verificadores medioambientales</i>	429
3. Infraestructura acreditable para la calidad.....	432
• Entidades de certificación; laboratorios de ensayo y calibración; Entidades auditoras de inspección.....	433

CAPÍTULO VIII RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE ACREDITACIÓN

1. La acreditación.....	435
1.1. Su previsión desde la regulación comunitaria.....	435
2.2. La problemática en torno al régimen jurídico de las entidades de acreditación.....	436
2. La organización de la acreditación en España.....	440
2.1. Condiciones y requisitos de organización y funcionamiento.....	441
2.2. Obligaciones.....	442
2.3. La designación de las entidades de acreditación.....	443
2.4. El modelo de acreditación previsto en la legislación catalana: el Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento Provisional regulador de las entidades ambientales de control.....	445

CAPÍTULO IX EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NORMALIZACIÓN

1. Antecedentes. La normalización como función administrativa.....	448
2. El Real Decreto 1614/1985: la privatización de la normalización.....	449
3. La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y el régimen jurídico de la normalización.....	450
3.1. La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).....	451
3.1.1. <i>Antecedentes y fines</i>	451
3.1.2. <i>AENOR y la actividad de certificación</i>	452
3.2. Organización y funcionamiento de los Organismos de normalización: el régimen jurídico de los organismos de normalización.....	457
3.3. Régimen jurídico de la normalización: ¿necesidad de una mejor regulación legal?.....	461
3.3.1. <i>Primer criterio: normalización como actividad de servicio público</i>	463

3.3.2. Segundo criterio: normalización como delegación de funciones públicas.....	467
3.3.3. Tercer criterio: el carácter comisarial de la normalización. Vuelta a una redefinición de la relación entre Estado y sujetos privados.....	468
4. Referencia al régimen jurídico de los organismos de normalización en los Estados europeos. Consideración especial al modelo francés.....	470
5. Aspectos competenciales a tomar en cuenta respecto al establecimiento del régimen jurídico de los organismos de normalización.....	473
• ¿Un criterio para la fijación estatal del régimen jurídico de la normalización? Normalización es calidad pero también seguridad industrial. El marco actual y sus deficiencias.....	475

CAPÍTULO X REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN DE SEGURIDAD Y CALIDAD INDUSTRIAL

1. Justificación a su tratamiento.....	479
2. La distribución competencial en materia de industria entre el <i>Bund</i> los <i>Länder</i>.....	481
3. El control de la actividad industrial: legislación e inspección en un Estado federal (la <i>Gewerbeordnung</i> y la <i>Gerätesicherheitsgesetz</i>).....	482
3.1. Los antecedentes en el control industrial: el papel de los expertos y la Ordenanza industrial (<i>GwO</i>).....	482
3.2. La regulación actual de la inspección llevada a cabo por entidades privadas.....	483
3.3. La habilitación pública a privados para la realización de funciones públicas: el instituto de la <i>Beleihung</i>	485
3.4. La tipología de expertos que contempla la legislación alemana en atención al elemento industrial.....	490
3.5. Adecuación legislativa a la normativa comunitaria: la sustitución de un sistema público de control por otro privado.....	493
3.5.1. Organización y procedimiento de la acreditación en lo que se refiere a los organismos notificados previstos en las Directivas europeas de armonización técnica.....	495

3.5.2. <i>El régimen jurídico de los organismos notificados previstos en las Directivas de armonización técnica</i>	499
CONCLUSIONES	502
BIBLIOGRAFÍA	505
Anexos	537

ABREVIATURAS

AENOR:	"Asociación Española de Normalización y Certificación"
AFNOR:	"Association Française de Normalisation"
Ar.:	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
BCE:	Banco Central Europeo
BJC:	<i>Boletín de Jurisprudencia Constitucional</i>
BOE:	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BSI:	"British Standards Institution"
Cc.	Código civil
CC.AA:	Comunidades Autónomas
CE:	Constitución Española
CEI:	Comisión Electrotécnica Internacional
CEN:	Comité Europeo de Normalización
CENELEC:	Comité Europeo de Normalización Electrotécnica
DIN:	"Deutsches Institut für Normung e. V." (Instituto alemán de normalización)
DO:	<i>Diario Oficial de la Comunidad Europea</i>
DVBl:	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
DOGC:	<i>Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
EAC:	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EACL:	Estatuto de Autonomía de Castilla y León
EFTA/AELC:	Asociación Europea de Países de Libre Cambio
EN:	"Norma Europea"
ENAC:	"Entidad Nacional de Acreditación"
EOTC:	"European Organisation for Conformity Assessment"
ETSI:	"European Telecommunications Standards Institute"
FJ:	Fundamento Jurídico
ICANN:	"Internet Corporation for Assigned Names and Numbers"
ISO:	"International Organisation for Standardisation"
ITC:	Instrucción Técnica Complementaria
LI:	Ley 21/1992, de Industria (BOE 23.7.1992)
LRJPAC:	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.1992). Modificada por Ley 4/1999 (BOE 14.1.1999)
MINER:	Ministerio de Industria y Energía (<i>suprimido mediante RD 557/2000. Las funciones que este departamento ministerial desempeñaba en materia de seguridad y calidad industrial han sido asignadas al nuevo Ministerio de Ciencia y Tecnología</i>)
NJW:	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NVwZ:	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
RAP:	<i>Revista de Administración Pública</i>
RAAP:	<i>Revista Aragonesa de Administración Pública</i>
RD:	Real Decreto
REALA:	<i>Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica</i>
REDA:	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
RICSI:	Real Decreto 2200/1995, por el que se aprueba el Reglamento para la Calidad y la Seguridad Industrial (BOE 6.2.1996). Modificado por el Real Decreto 411/1997 (BOE 26.4.1997)
RIDE:	<i>Revue Internationale de Droit Economique</i>
SEBC:	Sistema Europeo de Bancos Centrales
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea
TS:	Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea
UNE:	"Una Norma Española" (norma técnica española)
VVDStRL:	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>

ABREVIATURAS

AENOR:	“Asociación Española de Normalización y Certificación”
AFNOR:	“Association Française de Normalisation”
Ar.:	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
BCE:	Banco Central Europeo
BJC:	<i>Boletín de Jurisprudencia Constitucional</i>
BOE:	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BSI:	“British Standards Institution”
Cc.	Código civil
CC.AA:	Comunidades Autónomas
CE:	Constitución Española
CEI:	Comisión Electrotécnica Internacional
CEN:	Comité Europeo de Normalización
CENELEC:	Comité Europeo de Normalización Electrotécnica
DIN:	“Deutsches Institut für Normung e. V.” (Instituto alemán de normalización)
DO:	<i>Diario Oficial de la Comunidad Europea</i>
DVBl:	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
DOGC:	<i>Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
EAC:	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EACL:	Estatuto de Autonomía de Castilla y León
EFTA/AELC:	Asociación Europea de Países de Libre Cambio
EN:	“Norma Europea”
ENAC:	“Entidad Nacional de Acreditación”
EOTC:	“European Organisation for Conformity Assessment”
ETSI:	“European Telecommunications Standards Institute”
FJ:	Fundamento Jurídico
ICANN:	“Internet Corporation for Assigned Names and Numbers”
ISO:	“International Organisation for Standardisation”
ITC:	Instrucción Técnica Complementaria
LI:	Ley 21/1992, de Industria (BOE 23.7.1992)
LRJPAC:	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.1992). Modificada por Ley 4/1999 (BOE 14.1.1999)
MINER:	Ministerio de Industria y Energía (<i>suprimido mediante RD 557/2000. Las funciones que este departamento ministerial desempeñaba en materia de seguridad y calidad industrial han sido asignadas al nuevo Ministerio de Ciencia y Tecnología</i>)
NJW:	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NVwZ:	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
RAP:	<i>Revista de Administración Pública</i>
RAAP:	<i>Revista Aragonesa de Administración Pública</i>
RD:	Real Decreto
REALA:	<i>Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica</i>
REDA:	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
RICSI:	Real Decreto 2200/1995, por el que se aprueba el Reglamento para la Calidad y la Seguridad Industrial (BOE 6.2.1996). Modificado por el Real Decreto 411/1997 (BOE 26.4.1997)
RIDE:	<i>Revue Internationale de Droit Economique</i>
SEBC:	Sistema Europeo de Bancos Centrales
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea
TS:	Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea
UNE:	“Una Norma Española” (norma técnica española)
VVDStRL:	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>

INTRODUCCIÓN

“Si un albañil ha edificado una casa para un señor y no ha ejecutado su trabajo siguiendo las normas y un muro se ha inclinado, ese albañil a sus propias expensas reforzará el muro” (§ 233 del Código de Hammurabi)¹. La reproducción de este precepto legal babilonio, escrito mil setecientos años antes del inicio de la era cristiana, nos sirve para ilustrar históricamente el reconocimiento desde el Derecho a normas o reglas de contenido técnico creadas e interpretadas por sus propios destinatarios. Casi cuatro mil años después, la relación entre el Derecho y la Técnica ha ganado, sin duda, en complejidad pero la regulación de la última sigue sin ser monopolio de la primera; del mismo modo que el Estado no ha absorbido la realidad social. En este sentido, uno de los objetivos perseguidos en el presente estudio es demostrar que la dialéctica Estado-Sociedad puede ser observada a partir del desarrollo científico y técnico.

Con el título *Normas técnicas y Ordenamiento jurídico* queremos destacar precisamente esas dos realidades (social y estatal) dotadas cada una de ellas de su propia racionalidad. La absorción del Derecho por el Estado y su consagración como instrumento legitimador del poder político es expresión de un determinado momento histórico en el que son rechazadas, cuando no combatidas, cualesquiera otras manifestaciones de organización supraindividual. La autoorganización social sólo ha sido tolerada en un ámbito, ciertamente amplio, como es el del conocimiento científico y el desarrollo tecnológico. Ahí la sociedad ha encontrado el marco idóneo para el desarrollo de otra racionalidad de ordenación, fundamentada en el pretendido carácter neutral de la técnica y que termina por tener en la norma técnica su fórmula más acabada de expresión.

El logro de esa parcela autónoma del Estado no ha sido pacífico. A ese tema dedicamos íntegramente la Parte Primera de este trabajo. La razón de su

¹ Se ha consultado la edición elaborada por F. Lara Peinado (Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1992), pág. 36.

arranque en la Edad Media es consciente y radica en el sugestivo escenario que nos ofrece esa época. Aquél tiene una notable ausencia, la del Estado, pero, en cambio, ofrece la presencia de una realidad social que reúne unas notas de riqueza y complejidad que son también compartidas por el Derecho. La existencia de las ordenanzas gremiales permite observar cómo se entremezclan cuestiones sociales, técnicas, políticas e incluso religiosas en un mismo tipo de (auto)regulación. Con el absolutismo esas manifestaciones de normación social palidecen para terminar extinguiéndose tras la Revolución Francesa. El Estado logra finalmente afirmarse e inicia de mano de la técnica una centuria dorada en la que aquélla le servirá como elemento de expansión y homogeneización del territorio. Paralelamente, es en el siglo XIX cuando se produce una auténtica institucionalización del conocimiento científico y técnico a través de la Universidad y la creación de los cuerpos de ingenieros. En ese contexto, como observaremos, el Derecho administrativo es el Derecho de la técnica. No obstante, a partir del último tercio del siglo XIX la sociedad irá ganando espacios de autonomía a la vez que logrará estructurar nuevos modos de organización que permitan una colaboración con el Estado más allá del individuo. El objeto principal del Capítulo II es precisamente analizar la razón y modelos de colaboración entre el Estado y la Sociedad por motivos técnicos a lo largo del siglo XX. La combinación de factores económico-industriales, científicotécnicos y jurídico-políticos hacen que a principios del siglo XXI las nociones de estatalidad y sociedad sean muy diferentes a las existentes a inicios del siglo pasado. Evidentemente, el Estado, la Administración, el Derecho y sus principios legitimadores permanecen y nada hace pensar en su desaparición; pero, no es menos cierto, han surgido nuevos elementos que obligan, por ejemplo, a un replanteamiento en las relaciones entre el poder estatal y los ciudadanos. Esas relaciones, según examinamos hacia el final del capítulo, ya no pueden basarse en el mero ejercicio de potestades o en la simple exigibilidad de derechos, sino, por el contrario, en una reformulación de conceptos tales como la lealtad y la confianza. Sólo así puede entenderse la aparición de fenómenos como la autorregulación o la descarga de funciones públicas en los sujetos privados.

La normalización, la creación de normas técnicas por sujetos privados, es observada unánimemente como una de las manifestaciones más claras de autorregulación social. La relevancia adquirida por estas normas en, por ejemplo, la definición de especificaciones técnicas de seguridad demuestra las limitaciones del Estado y del Derecho como instrumento de regulación de la técnica. El objeto de la Parte Segunda es abordar la relación entre las normas técnicas y el ordenamiento jurídico. Así, en el tercer Capítulo examinamos los conceptos de norma y regla técnica y la viabilidad de su inclusión dentro de las fuentes del Derecho. La respuesta negativa a este planteamiento es lo que obliga a estudiar en el cuarto Capítulo la técnica de la remisión como mecanismo, no exento de problemas, que permite adquirir eficacia jurídica a la norma técnica.

El análisis de la normalización sería incompleto si no atendiéramos a las importantes previsiones que en este tema se contienen en el Derecho europeo en orden, principalmente, a la eliminación de los obstáculos y barreras técnicas al comercio generados por las reglamentaciones técnicas impuestas por los Estados. Tal es el objeto del quinto Capítulo, en el que junto a la normalización se presta también atención a los sistemas de certificación sobre los cuales es también incuestionable la impronta privada. La política europea de normalización es objeto de un estudio pormenorizado en atención a que la actual política legislativa de remisión a normas técnicas encuentra su origen en la normativa comunitaria. Son también objeto de tratamiento aspectos relativos a la publicación referencial de la norma técnica europea y a la consideración jurídica del mandato hecho a los organismos europeos de normalización como una posible delegación fáctica de potestades legislativas.

A continuación, en la cuarta y última parte, procedemos al examen del régimen jurídico de la normalización en nuestro país a partir del deslinde que la legislación industrial realiza entre seguridad y calidad. Como paso previo, en el sexto Capítulo, se hace breve referencia al reparto competencial entre Estado y

Comunidades Autónomas en lo que atañe a la materia de industria. Proseguimos en el siguiente capítulo con la señalada distinción entre seguridad y calidad industrial, examinando la problemática colaboración privada en el ejercicio de la función pública de inspección. Así mismo, dada la importancia que está adquiriendo el sistema de acreditación a partir de normas privadas—y no sólo en el ámbito industrial— efectuamos su estudio en el octavo Capítulo, tras el cual pasamos ya a referirnos al régimen jurídico de la normalización en España. La normalización española ofrece en sus inicios unas singularidades nacionales que la diferencian de otros Estados. Pese a ello puede decirse que en este tema existe también una convergencia europea.

Finalmente, hemos considerado conveniente agregar un último capítulo relativo al sistema alemán de seguridad y calidad industrial. No se pretende realizar un estudio exhaustivo del mismo, sino destacar sus peculiaridades organizativas respecto a la colaboración privada, a la incorporación de las previsiones comunitarias y, especialmente, en las competencias que en aquel ámbito ejercen los *Länder*. Las razones para esta elección son múltiples, entre ellas la notable ascendencia que el modelo alemán tiene en la regulación europea y, no menos importante, la organización federal de ese Estado.

NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tesis Doctoral de:

Marc Tarrés Vives

Dirigida por:

Dr. José Esteve pardo

Catedrático de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho – *Universitat de Girona* – 2001

PARTE PRIMERA
LA REGULACIÓN DE LA TÉCNICA ENTRE ESTADO Y
SOCIEDAD

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

(de la Edad Media a la Revolución francesa)

1. El sistema gremial en la Edad Media: la fijación de estándares y mecanismos de control sobre la obra artesana

1.1 Los estatutos gremiales y su trascendencia jurídica

Históricamente, y en lo que atañe principalmente a cuestiones técnicas, el de los gremios constituye el ejemplo más significativo de regulación social de la técnica. A los mismos correspondía decidir el quién, cómo y cuándo en el desarrollo del quehacer artesanal. Para ello gozaban del reconocimiento y amparo de la autoridad pública¹. Reconocimiento oficial referido tanto a las corporaciones gremiales como a sus reglamentaciones, ya que ambas contribuirán, a finales de la Edad Media, a satisfacer la preocupación municipal por fomentar y controlar esas actividades preindustriales. Ese interés dará origen también a una especie de literatura “administrativa”² que se encamina tanto a supervisar las relaciones laborales como a garantizar, con mayor o menor fortuna, el precio de los productos así como la observancia de los requisitos y procedimientos técnicos previstos en las reglas corporativas oficialmente reconocidas³. Es importante

¹ Vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, El Albir (edición facsímil de la del año 1944, en Ediciones Pegaso de Madrid), Barcelona, 1981, pág. 186-187.

² Vid. S. L. THRUPP, “La industria medieval, 1000-1500”, en *Historia económica de Europa –La Edad Media-* (C. M. CIPOLLA, ed.), Ariel, Barcelona, 1991, pág. 242.

³ Como destaca GHIDINI, “el incumplimiento de las reglas del arte constituye al mismo tiempo lesión de la reputación de la corporación y de la economía ciudadana”. De esta manera, existe en caso de infracción una íntima conexión entre la sanción comunal, que realza el carácter público (penal) de la normativa, y la medida disciplinar de la corporación. Vid. G. GHIDINI, “La competencia desleal desde las corporaciones al corporativismo”, *RDM*, núm. 106, 1975, págs. 12-17.

advertir que la sanción municipal⁴ de las Cartas gremiales es demostrativa tanto de la creciente influencia social de los gremios como de su tensa relación de poder con la nobleza urbana⁵. Luego, a partir del siglo XV, el nacimiento del Estado moderno, del cual las ciudades son un preestadio⁶, comportará que las Ordenanzas Reales sean las que realicen esa sanción⁷.

⁴ Apunta Max WEBER el hecho de que “el régimen de las ciudades buscaba que en lo posible las guildas y los gremios no establecieran estatutos sin su consentimiento o sólo aquellos que se limitaran al campo estricto suyo. Lo mismo la amplitud de la autonomía urbana que la distribución del poder legislativo entre el Consejo y los gremios era algo inestable y cuestión de relación de fuerzas en todas aquellas ciudades que tenían que contar con un señor político o territorial de la ciudad, por lo tanto, en todas las ciudades fuera de las italianas.”, en *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, pág. 1016.

⁵ Es de hecho en los siglos XIV y XV cuando los gremios consolidan su influencia social y participan del poder político en las ciudades. Al finalizar la Edad Media es el momento en que logran alcanzar con éxito una posición dominante en los concejos después de protagonizar en toda la Europa urbana un conjunto de frecuentes revueltas contra las autoridades tradicionales – eclesiales o patricias- que dominaban las ciudades y que acabarán compartiendo su poder con la menestralía. Sin embargo, los gremios no deben ser vistos como un fenómeno típicamente medieval. Al contrario, ni la caída de Constantinopla ni el descubrimiento colombino significan que los gremios hayan desaparecido; los mismos permanecen férreamente asentados y será precisamente a lo largo de los siglos XVI y XVII cuando jalonen su plenitud. Vid. P. MOLAS RIBALTA, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII. La estructura corporativa antes el comienzo de la revolución industrial*, CECA, Madrid, 1970, pág. 36 y ss.; D. MORSA, “Les métiers aux Temps modernes, reflets de situations médiévales?”, en *Les Métiers au Moyen Âge. Aspects économiques et sociaux*, Université Catholique de Louvain, 1994, págs. 229-230; específicamente sobre el Reino de Castilla véase también en esta última obra la aproximación general que realiza D. MENJOT, “Les métiers en Castille au bas moyen âge: approche des “vécus socio-économiques”, págs. 205 y ss.

⁶ Vid. M. GARCIA PELAYO, “Derecho Público”, en *NEJ Seix*, t. I, pág. 993.

⁷ Este proceso no es, por supuesto, lineal y cronológicamente idéntico en Europa y, por supuesto, en España. Así, las ordenanzas de Sevilla de 1511 dictadas por Fernando el Católico constituyen el testimonio más importante de unificación de las normas del obraje de los paños en diferentes ciudades del reino de Castilla. En palabras de Ramón CARANDE “(P)ocas disposiciones muestran filiación medieval tan típicamente reglamentista como las ciento diecinueve leyes de estas ordenanzas. Todo lo que concierne a la industria está previsto desde el momento de la adquisición de las lanas hasta las condiciones a que habrían de ajustarse los pañeros en la venta de sus géneros”, en *Carlos V y sus banqueros*, Crítica (ed. abrev.), Barcelona, 2000, pág. 72. Mientras, en el caso de Barcelona, el municipio controla desde fines del siglo XIII hasta el siglo XVIII toda la jurisdicción relativa a los gremios. El papel adoptado por la ciudad condal durante la Guerra de Sucesión comportará, para el caso de los gremios, que mediante Real Cédula de octubre de 1718 se sustraiga a los regidores la potestad y plena jurisdicción contenciosa para conocer y determinar las causas, pleitos, debates y controversias gremiales. Además, ya no van a poder conceder estatutos y ordenanzas, ni revocarlos al añadirse este jurisdicción a la del corregidor y de la Audiencia. Vid. la Tesis doctoral de M. PENDAS GARCIA, *Los gremios en Cataluña en el siglo XVIII: las ordenanzas gremiales durante el Reinado de Carlos III, 1759-1788*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona –en microficha-, 1995, pág. 15; P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 134.

Ahora bien, las funciones de los gremios⁸ y especialmente las facultades reguladoras y de control por ellos asumidas en esa primera etapa deben ser contextualizadas dentro del fragmentado universo medieval. En gran medida la Edad Media caracteriza el ideal de sociedad sin Estado, en donde el Derecho se compone de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos⁹ fruto de una autonomía política y social que se circunscribe fundamentalmente a las ciudades¹⁰. Como señala Paolo GROSSI, el Derecho medieval “antes de ser norma y mandato- es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana construyéndose esta autonomía, hornacina propia y auténtica protectora del individuo y de los grupos. La sociedad se impregna de Derecho y sobrevive porque ella misma es, antes que nada, Derecho, debido a su articulación en ordenamientos jurídicos”¹¹. En este marco, las corporaciones profesionales son una más de las instancias de regulación existentes cuya actividad normativa constituye uno de esos “ordenamientos jurídicos” que, en este caso, rigen la vida social y el quehacer de sus miembros.

⁸ Las funciones primordiales del gremio son, por un lado, la reglamentación del trabajo, la policía, realizando la inspección de mercados y talleres, y el aprendizaje; por otro, y con mayor proyección social, la advocación religiosa, la beneficencia, la protección social de sus miembros y aun la defensa militar de la ciudad. El papel militar de los gremios no es en absoluto despreciable; las compañías gremiales constituían no sólo el baluarte defensivo de las ciudades – como sería el caso de la milicia de artesanos existente en Barcelona durante la Guerra de Sucesión en 1713-, sino que eran también la aportación humana de éstas al monarca. Además, los dispendios económicos derivados de su pertrecho correspondía a los mismos gremios cuyos donativos para subsidios de guerra eran bien cuantiosos. Este tipo de carga gremial existió durante la etapa austriacista y pervivió con los Borbones hasta la Guerra de la Independencia, siendo la misma una de las causas de su agonía financiera. Véase al respecto, E. BEJARANO, “Las cargas gremiales y su influencia en la decadencia de las corporaciones a mediados del siglo XVIII. El caso del gremio de carpinteros”, en *Estudis d’Història Econòmica*, 1991.2, págs. 60-61.

⁹ Vid. S. ROMANO, *L’Ordinamento giuridico (El Ordenamiento jurídico)*, traducción española de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo, IEP, Madrid, 1963, pág. 208; N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1992, págs. 20-22.

¹⁰ Al respecto véase H. PIRENNE, *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza, Madrid, 1972, especialmente págs. 111-138, relativas a las instituciones urbanas.

¹¹ P. GROSSI, *El Orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 52.

Conviene, sin embargo, ser algo más precisos en lo que respecta a la trascendencia jurídica de los estatutos gremiales. Pese al poder social de los gremios artesanales dentro de las ciudades, hay que señalar que aquéllos no dejan de estar en gran medida supeditados a lo que establecen las corporaciones de comerciantes. En este sentido, la relación entre artesano y comerciante parte de una posición de superioridad de éste frente al primero. Supremacía que se acrecienta cuanto mayor es la importancia y el desarrollo económico de la ciudad. Por esta razón es en las ciudades medievales del norte de Italia donde se constata claramente el papel subordinado de los artesanos frente a la plutocracia mercantil y la nobleza urbana¹². Como señala GALGANO¹³, dentro de la sociedad urbana medieval cabe distinguir dos tipos de instituciones: instituciones de clase e instituciones de la ciudad. En ambas la representación de los “gremios menores” será subalterna respecto a las organizaciones representativas de comerciantes y banqueros. Estos últimos serán quienes monopolizarán las instituciones de la ciudad y lograrán confundir sus necesidades particulares de clase con el interés público. Son, por tanto, esas clases dominantes las que gobiernan y ostentan el poder coercitivo comunal de tal modo que los estatutos gremiales sólo obtienen su reconocimiento en tanto que forman parte integrante del derecho propio de la corporación mercantil: el *ius mercatorum*. Así, y siguiendo al citado autor italiano, la potestad normativa de las “artes menores” no es, ni siquiera formalmente, autónoma. Esta es, sin duda, la gran diferencia que existe entre las normas de los gremios artesanales y las que tienen su origen en el ámbito mercantil. Las corporaciones de comerciantes lograrán extender sus poderes normativos y jurisdiccionales¹⁴ más allá de su propio ámbito y, muy especialmente, sobre los artesanos¹⁵. Esa subordinación del artesanado a la pujante clase mercantil se manifiesta claramente cuando se observan con más

¹² Vid. C. M. CIPOLLA, *Historia económica de la Europa preindustrial*, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976, págs. 126 y ss.

¹³ F. GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 2ª ed. 1987, pág. 45.

¹⁴ Vid. G. LUZZATTO, voz “corporazione” en *Enciclopedia del Diritto*, X, pág. 671.

¹⁵ Vid. F. GALGANO, *op. cit.*, págs. 46-47.

detalle las condiciones para la eficacia de los estatutos gremiales. Especialmente en la Italia comunal de finales del medievo, la eficacia de los estatutos gremiales requiere la aprobación de la corporación mercantil mediante el registro oficial por parte de la *Domus Mercatorum*¹⁶. Existen, de este modo, dos copias de los estatutos: la que guarda el propio gremio y la depositada en el correspondiente registro oficial. La primera es frecuentemente modificada para su puesta al día, incluso oralmente¹⁷, mientras la segunda acostumbra a permanecer inalterada.

En suma, los estatutos gremiales sólo ganan eficacia jurídica en la medida que no contravengan los intereses de la clase mercantil. La prohibición de competencia entre los integrantes de un mismo oficio¹⁸, la fijación de un severo control en la adquisición y empleo de materias primas, el establecimiento de minuciosas instrucciones técnicas con el fin de garantizar la calidad de los productos, las prohibiciones o restricciones para la venta de ciertos productos manufacturados, la fijación de precios, son, todos ellos, elementos que acaban beneficiando más a los comerciantes que al artesano al ocluir la formación de un capital industrial en oposición al capital comercial¹⁹. De este modo, debe matizarse el mito corporativista supuestamente perseguido por las

¹⁶ Vid. P. LANARO, "Guild Statutes in the Early Modern Age: Norms and Practices. Preliminary Results in the Veneto Area", en *Guild, Markets and Work Regulations in Italy, 16th – 19th Centuries*, Ashgate, Brookfield-EE.UU, 1998, pág. 197.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ La finalidad de esta autorregulación era garantizar un "compromiso igualitario" cuyo principal interés radicaba en evitar el afianzamiento de profesionales más fuertes. No se trata, pues, de una regulación que pueda ser tomada como una primera manifestación del régimen de la competencia desleal, en el sentido moderno, ya que ésta exige como premisa la existencia de una competencia que no se ofrece en el marco gremial. Vid. G. GHIDINI, "La competencia desleal...", cit., págs. 15-17. Ilustrativa de esta deseada ausencia de competencia resultan las previsiones que se contenían, respecto a los armeros, en las ordenanzas de la ciudad alemana de Nüremberg. Así, cuando un maestro quería adquirir materiales o herramientas, tenía que hacerlo saber al gremio, con el fin de que los restantes miembros pudiesen participar en el trato. Además, cada maestro sólo podía disponer de una tienda y una forja. Por supuesto, la efectividad de esas ordenanzas exigía que el gremio tuviese capacidad para hacerlas cumplir, lo cual no siempre sucedía. Véase, M. PFAFFENBICHLER, *Armeros*, Akal, Madrid, 1998, págs. 26 y ss.

¹⁹ Vid. F. GALGANO, *op. cit.*, pág. 46. Es precisamente el capital comercial el que impulsa una producción rural que pese a su alejamiento de las ciudades no por ello deja de estar sujeta a reglamentaciones impuestas por los mismos comerciantes.

reglamentaciones: el de proteger al productor y al consumidor. En realidad, la reglamentación más bien constriñe al artesano y beneficia al comerciante²⁰.

1.2 Estatutos gremiales y normas de calidad

Pese a lo expuesto, las ordenanzas gremiales no dejan de constituir una muestra de auténtica autorregulación²¹ social²² que posibilita el autogobierno, aunque limitado, de los artesanos²³. En los estatutos gremiales no sólo se establecía un conjunto de valores religiosos y una auténtica reglamentación del trabajo que obligaba a todos los miembros a laborar de una forma idéntica, bajo la amenaza y la coacción de multas y decomisos²⁴, sino también se contenían de modo detallado los requisitos y procedimientos técnicos de la obra artesana. Así, por ejemplo, en determinados oficios sólo podía trabajarse durante el día, pues el trabajo nocturno, al ser realizado con luz pobre, afectaba a la calidad del producto. También el uso de materias primas era objeto de control (p. ej. aleación de metales). En definitiva, la fabricación se hallaba sometida a una minuciosa reglamentación que debía garantizar su "ley, arte y calidad"²⁵ de un modo homogéneo para todos los artesanos integrantes de un gremio, de manera que en una misma ciudad fuese indiferente el origen de un mismo producto. Se trataba, pues, de un escenario notablemente estático en cuanto a métodos de producción, precios y número de artesanos. Un mundo estable de base

²⁰ Por esta razón bien puede decirse que la reglamentación constituye "un arma al servicio de la clase dominante". Vid. A. DERVILLE, "L'héritage des draperies médiévales", *Revue du nord*, LXIX, núm. 275, 1987, pág. 723.

²¹ La expresión *autorregulación* referida a los gremios es usada por J. L. VILLAR PALASI en su obra *La intervención administrativa en la industria*, t. 1, Madrid, IEP, 1964, pág. 19.

²² Aunque social, el adjetivo más correcto de este tipo de autorregulación es el de corporativa ya que aquella, como advierte GHIDINI (cit., págs. 15-16), se trata de un compromiso de intereses dirigida a garantizar un compromiso igualitario entre sus integrantes.

²³ Vid. GALGANO, *op. cit.* págs. 46-47.

²⁴ *Ibidem*, pág. 194.

²⁵ Vid. P. MOLAS, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII*, *op. cit.* pág. 540.

estamental que, ciertamente, en poco favorecá el crecimiento económico y la movilidad geográfica de la población²⁶.

Sin embargo, puede constatarse que allí donde existieron los gremios hubo un interés en garantizar al consumidor una mínima calidad del producto manufacturado²⁷, aunque no es menos cierto que se trataba de un trabajo rutinario y ajustado a unos patrones raramente innovados. En este sentido las ordenanzas no dejarán de reiterar que cada oficio no debe rebasar las labores de su especialidad, quedando los agremiados sujetos a prescripciones rigurosas cuyo control, en el caso español, se encomienda a los “veedores”²⁸.

A las deficiencias técnicas que presenta el modelo gremial también contribuyen, sin duda, los férreos controles que, casi a modo de prebenda, ejercían los maestros en el acceso a los respectivos oficios. La obligatoria adscripción corporativa era condición inexcusable para el ejercicio de un oficio que en la mayoría de ocasiones se transmitía de padres a hijos, en una clara muestra de falta de movilidad social. A un aprendiz sin vínculos familiares con algún agremiado le era difícil, a menos que mediara un matrimonio con la hija del patrón, llegar a obtener la maestría y para lograrlo debía enfrentarse a numerosas trabas. De entre ellas destacaba el examen que consistía en la ejecución de una “obra maestra”²⁹ que en muchas ocasiones los propios maestros eran incapaces de fabricar. Ni que decir tiene que la institucionalización de este sistema se amparaba en una supuesta protección al consumidor contra

²⁶ La situación del artesano no difiere en este aspecto de la del campesino. El aire de la ciudad podía ser también opresivo para los trabajadores técnicos y especializados para quienes se prescribía una prohibición de emigrar a otras ciudades. Vid. C. M. CIPOLLA, *Historia económica...*, *op. cit.* págs. 180-181.

²⁷ Sobre el importante papel de los gremios en la fijación de estándares de calidad, véase la interesante obra de S. EPSTEIN, *Wage Labor and Guilds in Medieval Europe*, Universidad de Carolina del Norte, 1991, págs. 124-129.

²⁸ Véase nota número 37.

²⁹ Aún en el siglo XVIII esta traba, en ocasiones insalvable, continuaba vigente. Vid. M. PENDAS GARCIA, *op. cit.*, pág. 9.

los malos artesanos³⁰. En realidad ello suponía una restricción cuantitativa de la producción cuyo único fin era provocar un aumento o, cuando menos una estabilización en los precios mediante la evitación de la competencia. Lógicamente esta actitud choca con los intereses de los mercaderes que con el tiempo van a financiar a aquellos artesanos que, imposibilitados de trabajar en la ciudad, aceptarán mudarse a otros lugares con reglamentaciones menos estrictas o inexistentes. Por esta razón, como veremos, las manufacturas rurales constituyeron el marco más propicio para el principio de libertad de empresa y el inicio de la Revolución industrial. Ya que, pese a que los sistemas rurales de producción resultaban, en principio, menos perfectos que los usados por los artesanos de las ciudades, también es cierto que eran más baratos y que la ausencia de restricciones y controles gremiales sobre la naturaleza del producto, las técnicas manufactureras, así como el tamaño de las empresas, iban a permitir un desarrollo de la inventiva que el gremio no toleraba³¹.

Ciertamente, la organización gremial, de naturaleza típicamente urbana, supuso el elemento casi único y exclusivo de actividad manufacturera durante la Edad Media. Es difícil saber si los gremios ayudaron o sofocaron las innovaciones tecnológicas durante esos siglos. Pero lo cierto es que la Edad Media presenta, desde el punto técnico, un balance ciertamente pobre. El horror a las "novedades" que parece caracterizar la vida medieval se deja sentir con mayor fuerza en el sector técnico. En este sentido, los tratados tecnológicos de la época

³⁰ Vid. S. L. THRUPP, cit., pág. 289.

³¹ Vid. D. S. LANDES, *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 59. En el mismo sentido, U. IM HOF, señala como las restricciones gremiales al impedir la contratación de trabajadores no cualificados hacían imposible la ampliación de los talleres. De modo que "la única posibilidad de convertirse en un gran empresario consistía en transferir el trabajo a las zonas rurales, como hacían los grandes comerciantes", en *La Europa de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, 1993, pág. 57. El *putting out* no arraigó en toda Europa, sino especialmente en Inglaterra y Flandes y con menor fuerza en Francia y Alemania (*Verlagsystem*), resultando inexistente en Italia y España. Anecdótico pero ilustrativo es el caso, en el último cuarto del siglo XVIII, de un zurrador barcelonés que, de forma irregular a la luz de las ordenanzas gremiales, había logrado producir zapatos a bajo precio. A tal efecto instaló su fábrica lejos de la ciudad y de los gremios. Cfr. P. MOLAS, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII*, op. cit., pág. 206.

se preocupan menos de instruir a los artesanos que de demostrar que la habilidad del técnico es un don de Dios³².

Ahora bien, como hemos dicho, los gremios muestran también una preocupación para asegurarse que los productos elaborados en su respectiva ciudad gocen de una buena reputación. De este modo, ya en la Edad Media las corporaciones gremiales desarrollan y usan diferentes sistemas que les permiten establecer estándares de calidad para con los diferentes tipos de productos. La marca registrada va a ser uno de los métodos generalmente más utilizados para poder identificar el producto según el fabricante de origen. Estas marcas registradas ayudaban al gremio a identificar a los maestros que no habían trabajado según los estándares y también permitían a los clientes juzgar la calidad de los diferentes talleres³³. Es destacable, en este sentido, la marca de ley que sobre los metales, especialmente la plata y el oro, acuñan plateros y doradores, para quienes se establece duras penas en caso de fraude³⁴. Nos encontramos, pues, con unos claros antecedentes de lo que hoy conocemos como actividad de autocertificación, y entonces, al igual que ahora, existían también controles o “auditorías de calidad” que el propio gremio, y en su caso la autoridad pública, llevaban a cabo.

³² Entre esos tratados cabe reseñar, a comienzos del siglo XII, *De diversis artibus*, del monje alemán Teófilo, o la posterior obra de Alejandro Neckham, *De nominibus utensilium*. Vid. J. LE GOFF, *La civilización del occidente medieval*, Paidós, Barcelona, 1999, págs.174-175. Respecto al primero, y a modo de ejemplo, Teófilo recomendaba, entre otras cosas, que en la fabricación de armaduras se untara el hierro con manteca de cerdo viejo. Pero, sin duda, el éxito dependía de la habilidad del artesano para calcular la temperatura de la forja y el tiempo de exposición adecuado; cosa que ante la falta de relojes y termómetros no resultaba ciertamente fácil, con lo cual la experiencia resultaba el único criterio. Vid. M. PFAFFENBICHLER, *op. cit.*, págs. 63-64.

³³ Destaca RUMEU DE ARMAS como “los maestros estaban obligados a utilizar determinadas marcas, que sirviesen para localizar inmediatamente el lugar de procedencia de la obra defectuosa o antirreglamentaria, y al mismo tiempo para crédito y garantía del gremial, fiel cumplimiento de sus deberes y reconocimiento de su probada habilidad técnica”, *Historia...*, *op. cit.*, pág. 194-195.

³⁴ Para tales casos la marca debía ser también declarada por parte del artesano ante el Consejo de la ciudad. En este sentido resultan muy ilustrativas las obligaciones, prohibiciones y sanciones que para los plateros se establecen en la *Nueva Recopilación*, Libro quinto, Título

Las ordenanzas gremiales constituyen, pues, el auténtico *corpus* según el cual debían elaborarse los diferentes productos artesanales, y las marcas registradas son el método para identificar la ciudad origen del producto y, de este modo, presumir su adecuación a aquellas reglas. Así, por ejemplo, en el año 1288 el gremio boloñés de los tejedores de algodón exigía que ningún maestro vendiera pieza de ropa alguna a menos que llevara su marca. La marca registrada suponía una garantía de calidad y también que las reglas del gremio y, en su caso, las oficiales estaban tras ella. Los supuestos son muchos y variados. Así, en el caso de la lana, el mercado europeo tasaba los productos de acuerdo con la ciudad de origen y la regulación con la que presumiblemente se habían elaborado. De igual modo, señala EPSTEIN, también a finales del siglo XIII, los fabricantes de dados de Tolosa podían venderlos en buena parte de Europa gracias a que habían prohibido estatutariamente la manufactura de dados marcados, cargados o redondeados³⁵. En este caso, un aspecto importante de esos dados era el de su uniformidad, el cliente esperaba que cada muestra fuera la misma, esto es que fueran intercambiables.

Existía también, como se ha apuntado, una función de control “autorregulativo” sobre los productos elaborados. Este era también el caso de la ciudad de Bolonia, donde los herreros nombraban de entre ellos a dos llamados “inquisidores” que tenían como función la de supervisar el trabajo de su oficio así como el cumplimiento de las ordenanzas gremiales, uno de los *ferris grossis*, el otro de los *ferris minutis*³⁶. En el caso español esa fiscalización del gremio estaba representada por los “veedores”³⁷, encargados, como señala RUMEAU DE ARMAS,

XXVIII, “De los plateros y doradores”.

³⁵ S. EPSTEIN, *Wage labor...*, *op. cit.*, pág. 126.

³⁶ *Ibidem*, pág. 128.

³⁷ La expresión “veedor” va a tener una larga historia en la legislación española que perdurará aún en el siglo XIX. En el Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1876), se encuentra la siguiente definición: “el perito o experto que está señalado por oficio en las ciudades y villas para reconocer si son conformes a la ley u ordenanza las obras de cualquier gremio u oficina de bastimentos”.

de girar visitas de inspección en épocas determinadas del año o “*en el momento que al veedor pareciese oportuno. Dichas visitas se hacían en las tiendas y talleres de los agremiados, yendo acompañados algunas veces por un alguacil o subalterno municipal que les facilitaba la tarea, imponiendo autoridad a su misión*”³⁸. Más adelante, el fortalecimiento del poder real, que opera ya a fines de la Baja Edad Media, va a suponer una extensión de la función inspectora sobre la venta de productos por parte de los oficiales regios. Así, en lo que atañe a Castilla³⁹, en el Libro VII de la Novísima Recopilación, dentro del Título XXVII, su Ley XX establece que “Los corregidores y Justicias visitarán con frecuencia las plazas, tiendas y demás oficinas de trato y comercio y abastos públicos, *a fin de que no se hagan fraudes en los pesos y medidas, ni en la calidad de los géneros que se venden (...)*” –cursiva nuestra–.

Como se verá más adelante, el incipiente Estado moderno prestará también una especial atención a las marcas como instrumento para garantizar la calidad de las manufacturas. Singular es el caso, en nuestro país, de las célebres espadas toledanas sobre las cuales las Ordenanzas y Reales Cédulas establecían el uso de diversas marcas destinadas a garantizar la autenticidad y calidad de las espadas. Entre esas marcas destaca la del espadero López de Aguado que todavía es usada por el Ministerio de Defensa. Las marcas existirán también en España, como en el resto de Europa, para productos más cotidianos y prosaicos como son las calderas “de cobre y asas de yerro” en las cuales debe constar la de la ciudad y la del maestro que la hubiera fabricado.⁴⁰

³⁸ *Op. cit.*, pág. 194. Véase también M. HERNANDEZ MARQUEZ, *Tratado de Derecho del Trabajo*, IEP, Madrid, 1944, pág. 31. Como destaca VILLAR PALASI, los *veedores* son considerados oficiales del municipio, *op. cit.*, pág. 20.

³⁹ *Vid.* TORRES AGUILAR, “Sobre el control de los oficiales públicos en la Castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del Derecho romano”, *RAP*, núm. 128, 1992.

⁴⁰ Sobre este supuesto, véase: A. PEÑAFIEL RAMON, “Las ordenanzas de caldereros: un ejemplo más de gremio en la Murcia del siglo XVIII”, *Murgetana*, 1986, pág. 69 y ss.

2. El absolutismo: estatismo de la técnica y primeros síntomas de crisis en el sistema gremial

2.1 La organización de la técnica en el Estado absoluto: las academias de ciencias y los primeros cuerpos de ingenieros⁴¹

La Europa de la Ilustración⁴² es la antesala a los cambios de esa nueva era de *modernidad* que se inicia con la Revolución industrial. La monarquía absoluta habrá ya manifestado su empeño no sólo en alcanzar, como diráHELLER⁴³, la unidad jurídica y política del Estado, sino que además va a lograr romper la disociación que hasta inicios del siglo XVII existía entre ciencia y técnica⁴⁴. Esa

⁴¹ Con carácter general y en relación a lo que se plantea en este apartado, véase: K.-G. FABER, *Zum Verhältnis von Absolutismus und Wissenschaft*, Maguncia, 1983, Akademie der Wissenschaften und der Literatur (*Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, núm. 5); Ch. C. GILLISPIE, *Science and Polity in France at the End of the Old Regime*, Princeton University Press, 1980; P. ROSSI, *Los filósofos y las máquinas (1400-1700)*, Barcelona, Labor, 3ª ed., 1970, del mismo autor *El nacimiento de la ciencia moderna en Europa*, Crítica, Barcelona, 1998; H.-P. SANG, "Technik und Staat im Absolutismus" y "Die Französische Revolution und die Akademie", en *Technik und Staat* (vol. 9 de la colección *Technik und Kultur*), Düsseldorf, 1992, págs. 17-39 y 60-76, respectivamente.

⁴² Ofrecer una caracterización sobre este período histórico que hunde su raíz en el racionalismo del siglo XVII y se circunscribe al siglo XVIII no es sencillo. De entre las muchas que filósofos, historiadores y pensadores en general nos ofrecen, queremos tomar la de FERRATER MORA para quien la Ilustración sostiene "un optimismo basado única y exclusivamente en el advenimiento de la conciencia que la humanidad puede tener de sí misma y de sus propios aciertos y torpezas. Fundada en esta idea capital, la filosofía de la Ilustración persigue en todas partes la posibilidad de realizar semejante *desideratum*: en la esfera social y política, por el "despotismo ilustrado"; en la esfera científica y filosófica, por el conocimiento de la Naturaleza como medio para llegar a su dominio; en la esfera moral y religiosa, por la "aclaración" o "ilustración" de los orígenes de los dogmas y de las leyes, único medio de llegar a una "religión natural" igual en todos los hombres, a un deísmo que no niega a Dios, pero que lo relega a la función de creador o primer motor de la existencia", en *Diccionario de Filosofía*, vol. 2, Barcelona, 1991, voz "Ilustración".

⁴³ H. HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pág. 152.

⁴⁴ La técnica es hasta ese momento una manifestación empírica de origen artístico-artesanal ajena a un mundo académico acaparado por los saberes escolásticos o humanísticos. De ello es bien expresiva la sentencia de los artesanos y albañiles para quienes la ciencia no es más que técnica: *Scientia sine arte nihil est*. Los descubrimientos científicos no se hallan en la Universidad, sino allí donde la técnica encuentra su diaria aplicación. Ahí está el ejemplo de Galileo, que no pasa inadvertido para Ortega y Gasset cuando señala que "Galileo joven no está en la Universidad, sino en los arsenales de Venecia, entre grúas y cabrestantes. Allí se forma su mente" (J. ORTEGA Y GASSET, "Meditación de la técnica", en *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Alianza, Madrid, 1982, pág.92). Es también el caso de

nueva relación va a encontrar su mejor exponente en una institución de nuevo cuño, la Academia. Efectivamente, de entre los diferentes tipos de Academia que cobran vida en Europa⁴⁵ a partir de la segunda mitad del siglo XVII y a lo largo del XVIII, destacan aquéllas cuyo objeto es la colaboración entre la ciencia experimental y la técnica moderna.

En esa propuesta de colaboración encuentra la razón de su existencia la célebre y de corta vida “Accademia del Cimento” (1657-1667). Poco después, en 1662, se funda en Londres la “Royal Society”, entre cuyos cometidos iniciales se encuentra una descripción de las técnicas artesanales, y cuatro años después, en 1666, nace en París la más celebrada de estas instituciones, la “Académie des Sciences”. El ejemplo cunde también en Alemania, primero en Prusia (la “Brandenburgische Sozietät der Wissenschaften”, en 1700)⁴⁶ para, posteriormente, ir extendiéndose a otras ciudades como Munich, donde en 1759 se funda la “Bayerische Akademie der Wissenschaftlichen”. En Francia y en la mayor parte de la Europa continental el establecimiento de las Academias responde a la voluntad del monarca; sin embargo, en el caso inglés concurre, de manera principal, el propio interés de grupos de científicos pertenecientes a la nueva sociedad burguesa que, a diferencia del caso francés, son completamente independientes del Estado. En nuestro país la primera academia de ciencias, sin solución de continuidad hasta nuestros días, fue la Real Academia de Ciencias y Artes de Barcelona (1764). En Madrid, no es hasta 1834, muerto ya Fernando VII, cuando ve la luz, por poco tiempo, la Real Academia de Ciencias Naturales.

Descartes, quien visita hacia 1618 la holandesa Academia militar de Breda, ejemplo de esa tradición técnico-práctica. Vid. K.-G. FABER, cit., pág. 13. Sobre la unión de ciencia y técnica y la relación entre científicos y artesanos, véase G. REALE y D. ANTISERI, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, vol. II, 3ª ed., Barcelona, 1999, págs. 175-178.

⁴⁵ Concebida como instrumento para lograr una supremacía intelectual, la lengua francesa cuenta ya en 1655 con la *Académie Royale de France*. Antes ya se había fundado, en 1648, la *Académie royale de peinture et sculpture*, después vendrán la de inscripciones y bellas letras (1663), la de las ciencias (1666) y la de arquitectura en 1671. En España habrá que esperar a la llegada de los Borbones para que en 1713 se establezca la Real Academia Española.

⁴⁶ En 1746 se convirtió en la “Königliche Preussische Akademie der Wissenschaften” (Academia Real Prusiana de las Ciencias).

Finalmente, un Decreto de 25 de febrero de 1847 crea la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Las razones de este inconcebible retraso son diversas; sin embargo, hay que destacar el intento de Floridablanca por crear, en 1783, una Academia de Ciencias. El proyecto, al que el mismo Marat de ascendencia española por línea paterna estaba llamado a tener un papel destacado, resultó lamentablemente fallido⁴⁷.

2.1.1 *El influjo de la ciencia en la racionalización del Estado*

El alto coste de los proyectos científicos y técnicos hará que los Estados europeos acaben dando apoyo a un sinnúmero de iniciativas de índole diversa. Es por ello que aparece conveniente a ojos de los gobernantes de la época tratar de encauzar ese mecenazgo a través de instituciones en las que se encuentren aquellos sabios más reconocidos y que mejor puedan aconsejar al monarca en cuestiones de ciencia y técnica. A mero título ilustrativo, se impulsan las invenciones y aplicaciones técnicas, o se intenta ya una necesaria y deseada unificación de pesos y medidas⁴⁸. Iniciativas todas ellas debidas –justo es

⁴⁷ Vid. Ch. C. GILLISPIE, *op. cit.*, pág. 315; J. BARON FERNANDEZ, "Juan-Pablo Marat y la proyectada academia de ciencias de Madrid en 1783, según los documentos conservados en Simancas", *Actas IV Congreso Nacional de Historia de la Medicina*, Vol. III, págs. 21-24, Granada 1975 –cit. en E. BRIAN, *La mesure de l'Etat. Administrateurs et géomètres au XVIIIe siècle*, Albin Michel, París, 1994, pág. 188, nota 27. Una recensión a este interesante libro la realiza J. Esteve Pardo en *REDA*, núm. 90, págs. 345-348-. Con carácter general sobre la academia de ciencias en España vid. J. VERNET GINES, *Historia de la Ciencia española* (reed.), Alta Fulla, Barcelona, 1998, pág. 146 y págs. 224-227.

⁴⁸ La uniformización de los pesos y medidas, procediendo a la sustitución de los más diversos y originales sistemas locales, es el mejor ejemplo que marca ese proceso de inflexión que supone la Ilustración. Ya en la Edad Media los intentos de establecer un sistema uniforme de metrología constituyen un instrumento que permite reforzar el poder real y limitar las tradicionales arbitrariedades de las clases dominantes –señores feudales, abadías o casas comunales-. Cuando los reyes de Inglaterra, destaca Le Goff, trataron en el siglo XIV de imponer un patrón real para las principales medidas, dejaron exentas de él a las rentas y arrendamientos cuya medida permaneció a la discreción de los señores (J. LE GOFF, *La civilización...*, *op. cit.* pág. 271). Más tarde, en 1612, el duque Carlo Emanuele de Saboya impuso la unificación de medidas en los límites de su ducado para lo cual dispuso la exhibición pública en las ciudades de las muestras de las nuevas medidas (vid. E. PERUCCA, *Des origines de la metrologie au système international*, Turín, 1966).

Por su parte, la historia del nacimiento y posterior implantación en la Europa continental del sistema métrico decimal resulta particularmente ilustrativa de las dificultades que ofrecía ese

reconocerlo- al genio y esfuerzo aislado de algunas personas que, más bien tarde que temprano, acaban encontrando el reconocimiento real⁴⁹.

Las Academias van a ser, pues, el foro idóneo que permitirá al Estado observar y, ocasionalmente, influir en la ciencia y la técnica. Ello supondrá su total institucionalización y puesta al servicio de los intereses absolutistas. El apoyo que se presta a la ciencia y a la técnica no es, por supuesto, desinteresado. Su impulso coincide, y es consecuencia, de una determinada concepción económica y de gobierno, el cameralismo, ligada al ensalzamiento del rey⁵⁰ como protector y guía de las *artes*. De esta manera, si bien puede hablarse de una estatificación de la ciencia por parte del Absolutismo ilustrado, no es menos cierto, sin embargo, que opera también una científicación del propio Estado. El despotismo europeo no va a ser, a diferencia de los países orientales, arbitrario⁵¹, sino al

proceso de armonización. Aunque la adopción del metro fue decisión de la naciente República francesa, por Ley de 7 de abril de 1795 (18 Germinal del año 3), los primeros pasos ya se habían dado durante el reinado de Luis XV. No será, sin embargo, hasta bien entrado el siglo XIX cuando el sistema métrico será obligatorio en Francia (Ley de 4 de julio de 1837) y paulatinamente, a lo largo de un proceso que durará ¡más de un siglo!, en Europa. Así, en España la primera intervención en el campo de la metrología no será hasta el año 1849 cuando se promulgue la Ley de Pesas y Medidas. Sugestivo es el artículo de J.-F. Augerau, "Naissance du système métrique", publicado en el diario *Le Monde*, de 9-10 de abril de 1995. Una enumeración, no total pero sí demostrativa de la fuerte disparidad, de pesas y medidas existentes en esa época en Francia puede encontrarse en F.-X. EMMANUELLI, *État et pouvoirs dans la France des XVIe-XVIIIe siècles*, Paris, Nathan, 1992, págs. 299-301.

⁴⁹ El dinamismo de esos años situados entre el último tercio del siglo XVIII y las primeras décadas del XIX encuentra también reflejo en nuestro país. En este sentido, y con un ilustrativo trazo biográfico del ingeniero e inventor Agustín de Betancourt, *vid.* A. RUMEU DE ARMAS, *Ciencia y tecnología en la España ilustrada. La escuela de caminos y canales*, ed. Turner, Madrid, 1980. También, con un carácter más general, J. FERNÁNDEZ PÉREZ e I. GONZÁLEZ TASCÓN (edit.), *Ciencia, Técnica y Estado en la España ilustrada*, Zaragoza, 1990.

⁵⁰ El Estado es, en palabras de Johann H. Gottlob v. Justi, una máquina en la que todos los engranajes se ajustan perfectamente; el gobernante, el monarca, será el capataz, el motor, el espíritu que pone todo el conjunto en movimiento. Cfr. M. KRYGIER, "State and bureaucracy in Europe: the growth of a concept", en *Bureaucracy: The Career of a Concept* (E. Kamenka y M. Krygier, ed.), Arnold, Londres, 1979, pág., 17. En este sentido, véase también A. GUERY, "L'oeuvre royale. Du roi magicien au roi technicien", *Le Débat*, núm. 74, 1993, págs. 123-142.

⁵¹ Evidentemente, la coexistencia de una legalidad racional y abstracta con la persona de un monarca absoluto y la existencia de un embrollado sistema de privilegios compuesto de antiguas leyes estamentarias, regionales y locales y usos consuetudinarios, origina tensiones y contradicciones que son frecuentemente puestas de manifiesto. Este es el caso, por ejemplo, del molinero prusiano Christian Arnold que alcanzaría fama en toda Europa. Arnold había perdido su molino por un impago justificado a un noble, siendo su reclamación rechazada por el Tribunal de

contrario, procura ser una forma de gobierno legitimada que, en ciertos casos, actúa sometido a ciertos derechos o convenciones. Cuando Descartes, con relación a la verdad matemática⁵², escribe que “Dios ha establecido esta ley en la naturaleza, del modo que un rey establece la ley en su reino”⁵³, está aludiendo no tanto a una legitimación divina, sino a que la ley, producto de la razón, es la que legitima al soberano. Por decirlo de algún modo, entre la encarnación del Estado por Luis XIV y la consideración de Federico II de Prusia como su primer servidor⁵⁴ existe ya una notable diferencia: la que permite la abstracción del

Cámara (*Kammergericht*). Su queja al rey, a la sazón el ilustrado Federico II, comportó que el mismo interrogara y encarcelara a los jueces por creer que habían favorecido a sus compañeros del estamento nobiliario. Sin embargo, la sentencia debía ser anulada por el ministro de Justicia, quien se negó a ello, y el “Viejo Fritz” no se atrevió a destituirle. Como bien señala el historiador H. SCHULZE este caso “pone de manifiesto toda la contradicción interna del despotismo ilustrado: si el rey era parte del ordenamiento legal, no debía inmiscuirse en la jurisdicción; ¿pero qué hacer cuando el principio fundamental “igual derecho para todos” era conculcado por los jueces?”. Vid. H. SCHULZE, *Estado y nación en Europa*, Barcelona, Crítica, 1997, págs. 74-75. Existe también otra razón que explica la consideración despectiva del “privilegio”. Hasta entonces, y durante siglos, el privilegio (*lex privata*) concedía efectivamente privilegios pero también obligaciones para la nobleza. El desplazamiento de la misma a la Corte durante el siglo XVII acabaría vaciando esas obligaciones. No es ese el caso de la nobleza prusiana, muy arraigada y vigilante de su propiedad, lo cual explicaría el hecho que las estructuras del Antiguo Régimen perviviesen en Prusia durante buena parte del siglo XIX.

⁵² En personajes como Richelieu, Hobbes, Colbert, Spinoza o Leibniz, la matemática y la geometría llegan a fundamentar la misma mecánica de la política. Incluso el Derecho queda sujeto al método matemático. Juristas como Pufendorf, Wolff, Fermat, entre otros, destacaron en el estudio de las matemáticas. Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 13-16.

⁵³ Cfr. K.-G. FABER, cit., pág. 9.

⁵⁴ El soberano ya no es el representante de Dios, sino tan sólo el de la sociedad, de la que es servidor; sin embargo él es el único que la representa y el único que ejerce todos los poderes. Otra deliciosa anécdota de este mismo monarca, y también con un molinero, es la que nos recuerda HAYEK al describir el modelo del *Rechtsstaat*. Según escribe, “se dice que Federico II estaba molesto a consecuencia de un viejo molino que se alzaba cerca de su palacio de Sans-Souci, desluciendo el paisaje. Después de varios intentos infructuosos de compra, Federico II amenazó al propietario con la expulsión. A tal amenaza se pretende que el molinero respondió “Aún hay un Tribunal en Berlín” (*Es gibt noch eine Kammergericht in Berlin*). Añade HAYEK una consideración que no nos resistimos a obviar y cuya conclusión puede ser fácilmente extraída por el lector: “La historia sugiere límites al poder real, que en su tiempo probablemente no existieron en ningún otro país del continente y que no tengo la seguridad de que puedan aplicarse hoy en día a los jefes de Estado de los países democráticos. Una dificultad del tipo aludido que les saliera al paso a los planificadores urbanos sería hoy forzosamente eliminada, aunque, desde luego, tan sólo “en razón al interés público” y no por complacer a cualquier voluntad”. Vid. F. A. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Obras completas, vol. XVIII, Madrid, 1991, pág. 247 (en nota). Desgraciadamente, como señala Otto MAYER al reseñar también la anécdota, esa fue una historia imposible, ya que lo que lo que el molinero no podía creer era que hubiera un tribunal para prohibir al rey quitarle su molino. Añade el jurista alemán que “por lo demás, se ha comprobado

Estado en leyes e instituciones y su conversión en un Estado de Derecho y administración. Y es la eliminación de los “privilegios”, junto a esa racionalización hacia un Estado de derecho objetivo y abstracto, una de las premisas que, tal como señala Max WEBER⁵⁵, permitirá el desarrollo del capitalismo moderno.

2.1.2 El modelo francés de academia y su influencia en el progreso técnico

La creación de la Academia francesa de las ciencias (1666)⁵⁶ merece que le prestemos nuestra atención por varios motivos. Primero, por ser su creación concebida en el marco de la ciencia cameral⁵⁷ y expresar una primera y muy determinada concepción económica del Estado: el mercantilismo, encarnado, en el caso del país vecino, en su vertiente “colbertiana”. Además, por tener la consideración de un consejo consultivo del monarca en cuestiones técnicas. De

por los archivos de la antigua Cámara real de Potsdam que la verdad fue otra: el rey pagó al molinero, que se mostraba muy exigente, subvenciones reiteradas para que permaneciera e hiciera funcionar su molino, porque ello parecía dar un hermoso aspecto”, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 49 –en nota-.

⁵⁵ M. WEBER, *Economía y sociedad*, op. cit., págs. 1047 y ss.

⁵⁶ La fundación de la “Académie Royale des Sciences” trae causa en una petición que se hace a Colbert para que el Estado contribuyese a la consolidación y transformación del grupo de Montmor. Harberts de Montmor reunía en su casa, desde 1654, a numerosos e insignes personajes. Vid. P. ROSSI, *El nacimiento*, op. cit., págs. 210-211.

⁵⁷ La atención que desde el cameralismo se presta a las ciencias es destacable. Así, desde mediados del siglo XVII, allí donde se forma a los funcionarios (escuelas militares, de ingenieros, o escuelas camerales como la de Kaiserlautern) encuentra un papel destacado la enseñanza de las ciencias. Los cameralistas supondrán la afirmación de una incipiente burocracia que urgirá del monarca la superación de cualquier tipo de particularismo que permita la consecución de tres finalidades básicas: el buen orden, estimular las actividades económicas de los súbditos, y extraer ingresos sistemáticos de sus riquezas. Con esta finalidad se racionalizan y centralizan unos departamentos estatales (*Kammer*) que estarán informados mediante estadísticas sistemáticas y sometidos a normas fiscales y administrativas de carácter universal. Sobre la cameralística y su evolución hacia la ciencia de la policía, vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol I, Milán, 1988, págs. 25-27; el mismo autor también en *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2ª ed., 1987, págs. 39-44.

La influencia del cameralismo de corte germánico en España no es despreciable, especialmente en Cataluña donde autores como Romá y Rossell se harán eco del pensamiento del barón von Bielfeld. Bajo el conde de Aranda, se introdujo en España un “prusianismo”, no sólo militar, que duraría hasta 1842. Al respecto véase, E. LLUCH, *Las Españas vencidas del siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1999, págs. 129 y ss.

esta manera, la ciencia se encarna en una práctica administrativa de progreso. Efectivamente, entre las tareas que Colbert asignará a la Academia se encuentra la elaboración de centenares de dictámenes sobre invenciones y máquinas⁵⁸ que, en muy buena medida, se encaminan a mejorar la fabricación de las manufacturas reales⁵⁹. La expresión “approuvé par la Académie” va a constituir, en un intento de controlar e integrar la técnica, la auténtica marca de calidad de la época para los procedimientos técnicos y es bien demostrativa de su autoridad en esos reseñados ámbitos. La Academia no es sólo la voz legítima de la ciencia, sino también el censor de los procedimientos tecnológicos destinados a la industria. Una autoridad a la que, significativamente, irá ligada el privilegio de imprimir los escritos de sus miembros sin necesidad de ser examinados por la censura real⁶⁰. Sin embargo, cabe reconocer que el progreso tiene todavía un fundamento netamente empírico. En el siglo de las luces todavía la ciencia sigue aprendiendo más de la técnica que ésta de la ciencia.

El éxito e identificación de la Academia con la monarquía acabará por ser también la causa de su supresión. Ya por parte de los enciclopedistas, cuya obra

⁵⁸ Este es el caso, por ejemplo, de la máquina de vapor ideada por el español Agustín de Betancourt en base a la cual redactó una *Mémoire sur une machine à vapeur à double effet*, presentada a la Académie Royale des Sciences y que mereció su impresión en la colección de memorias de los sabios extranjeros. Vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Ciencia...*, *op. cit.*, págs. 83-89. Bien es cierto que esos objetivos prácticos perseguidos desde la Académie no eran siempre de gran altura, como por ejemplo el mantenimiento y el perfeccionamiento de las fuentes de los jardines reales de Versalles.

⁵⁹ No es innecesario recordar aquí el prestigio e importante fuente de ingresos que para la Hacienda real francesa constituyen sus manufacturas. Saint-Gobain, Gobelins, Sèvres –cristería nacida en 1750, gracias al privilegio que Luis XV concede a la Marquesa de Pompadour- son algo más que sinónimo de lujo, demuestran también una alta capacidad técnica. Por contra, en el caso español, los diferentes intentos por lograr unas manufacturas de calidad resultaron en la mayoría de los casos fallidos cuando no ruinosos. Sobre este último extremo vid. E. FERNÁNDEZ DE PINEDO, en *Historia de España* (M. Tuñón de Lara, dir.), vol. VII -*Centralismo, ilustración y agonía del antiguo régimen (1715-1833)*-, Labor, Barcelona, 1984, págs. 89 y ss.

⁶⁰ Esa omisión encuentra su contrapartida en el propio autocontrol que los miembros de la Academia ejercen entre ellos y que obliga a una consideración y aprobación común de todo trabajo que lleve a cabo un académico a título individual. En caso contrario no cabe el auspicio de la publicación: “Nul des académiciens ne pourra mettre aux ouvrages qu’il fera imprimer le titre d’académicien, s’ils n’ont été ainsi approuvé par l’Académie” (art. XXX del Reglamento de 1699, cifr. en E. BRIAN, *La mesure de l’Etat*, *op. cit.*, pág. 182).

es una muy fidedigna reproducción de la técnica del momento, se denuncia el monopolio y corporativismo académico y se propone un nuevo modelo que, expresión de un jacobinismo *avant la lettre*, fortalece aún más la visión económica y estatal de la técnica. Al frente de esemovimiento hallamos nombres bien significados de la Revolución, de entre ellos destaca el de Jean-Paul Marat⁶¹, cuya aversión a la Academia y a su elite llevarán a la guillotina al propio Lavoiser. La Revolución marca ciertamente el fin de la Academia (7 de agosto de 1793) porque, y pese a colaborar con el nuevo poder⁶², se ve en ella una herencia del pasado. Amainado el vendaval revolucionario, se aprueba, en 1795, la creación del "Institut National" que, a diferencia de su antecesora, deberá compartir la competencia sobre la ciencia y la técnica con diferentes instituciones creadas *ex novo* por los revolucionarios, especialmente la renombrada "Ecole Polytechnique".

En resumen, puede decirse que la atención prestada por el Estado absoluto a las disciplinas científico-técnicas no es desinteresada, en la misma subyace también, junto a elementos económicos, el credo de poseer un magnífico instrumento que permite tanto una deseada homogeneización administrativa del territorio como de las condiciones legales de los súbditos. Paradójicamente, así lo apuntará TOCQUEVILLE, es la Revolución quien llevará a cabo sin miramientos la consecución de esos fines perseguidos por los monarcas ilustrados, precisamente porque los vestigios -obstáculos- del Antiguo Régimen están ya carentes de legitimidad, de tal modo que provocan la aceleración del sentimiento revolucionario sobre el de reforma. Será, en palabras deHAURIUO, "*una reacción*

⁶¹ Su idea contraria a cualquier tipo de institucionalización de la ciencia y la técnica le llevarán a escribir que: "*Il est constant que toutes les découvertes ont été faites par des individus isolés*" (Cfr. H.-P. SANG, "Die Französische...", cit., pág. 63). Es cierto, sin embargo, que esa postura tenía unas razones más personales que no científicas. Una interesante biografía científica y política de este personaje puede verse en la citada obra de Ch. C GILLISPIE, págs. 290-330.

⁶² Ahí está el encargo que recibe de llevar a cabo un método que permita separar el cobre del bronce de las campanas confiscadas a la Iglesia para fabricar cañones. Cfr. H.- P. SANG, "Die Französische...", cit., pág. 63.

violenta de la razón geométrica frente a la desordenada complejidad del antiguo régimen”⁶³.

2.1.3 La nueva figura del ingeniero

Francia es, sin duda, el Estado que encarna ese momento histórico comprendido entre los siglos XVII y XVIII. La atención prestada en ese país a la técnica tiene, al igual que en la España del XVI⁶⁴, unos orígenes principalmente bélicos. El arte de sus ingenieros militares, especialmente en lo que atañe a la toma y construcción de fortalezas tenidas por inexpugnables⁶⁵, pone al país vecino en una situación inigualable en el mapa europeo. De ahí deriva la importancia que van a tener a lo largo del siglo XVIII el “Corps des Ponts et Chaussées”⁶⁶ y el “Corps du Génie Militaire”⁶⁷ que se manifestará en la primigenia

⁶³ M. HAURIOU, prefacio a la 4ª ed. (1901), del *Précis de Droit Administratif*. Se ha consultado la traducción española publicada en *Obra escogida de Maurice Hauriou* (trad. J. A. Santamaria Pastor y S. Muñoz Machado), IEA, Madrid, 1976, pág. 41.

⁶⁴ Sobre la primacía española en el arte militar durante el siglo XVI, véase J. Mª LOPEZ PIÑERO, *Ciencia y técnica en la sociedad española de los siglos XVI y XVII*, Labor, Barcelona, 1979, págs. 24 y ss. En lo que atañe al siglo XVIII, vid. H. CAPEL, J. E. SANCHEZ y O. MONCADA, *De Palas a Minerva. La formación científica y la estructura institucional de los ingenieros militares en el siglo XVIII*, Ed. Del Serbal, Barcelona, 1988. Dentro de la enseñanza militar española del ochocientos cabe subrayar el señero papel que tiene la Real y Militar Academia de Matemáticas de Barcelona a partir de 1720 y hasta 1803. Su preponderancia se debe en muy buena medida a la notable concentración militar entonces destacada en Cataluña y que convertía a la citada institución en prácticamente el único centro de enseñanza superior existente en la ciudad condal tras el desastre de 1714.

⁶⁵ Ahí está el ejemplo de la ciudad fortaleza de Luxemburgo cuya toma, en 1684, por los ejércitos de Luis XIV no sólo es expresión de la definitiva despedida de nuestros tercios del escenario europeo, sino que muestra bien a las claras la preeminencia europea que adquieren los llamados “officiers du Génie” -ingenieros militares- de entre los cuales, y para el caso descrito, destaca Antoine le Prestre de Vauban. Véase sobre este tema la interesante obra de A. BLANCHARD, *Les ingénieurs du Roy. De Louis XIV à Louis XVI*, Montpellier, 1979, págs. 35 y ss.; también, H. VERIN, *La gloire des ingénieurs. L'intelligence technique du XVIe. XVIIIe. siècle*, Albin Michel, Paris, 1993, págs. 368-378.

⁶⁶ Creado en 1716 por el duque de Orleans.

⁶⁷ Su origen trae causa en la unificación del estatuto de los ingenieros de fortificaciones en 1691.

institucionalización de su enseñanza. Así, en 1747 se crea en París la “École des Ponts et Chaussées” y un año después, en 1748, la “École du Génie” en Mézières⁶⁸. En estos cuerpos técnicos de la administración real, y en el de los inspectores de manufacturas⁶⁹, encuentran su origen los primeros “funcionarios”: procesos objetivos para su reclutamiento y promoción, jerarquía, obediencia y una cierta garantía en el empleo⁷⁰. Garantía relativa ya que en su calidad de comisarios del rey, éste puede revocar en cualquier momento su nombramiento.

La importancia de los ingenieros de puentes y caminos es directamente proporcional a la atención que el Absolutismo va a prestar al territorio tanto en su descripción geográfica, como en la realización de obras públicas que posibiliten el desarrollo comercial e industrial. En otras palabras, tras la paz de Westfalia (1648) el concepto de frontera deja de ser cambiante⁷¹, el Estado se consolida territorialmente e intenta, ya mediante mojones, trazar con precisión sus límites⁷²; en el interior se inicia un proceso de racionalización que tiene como objetivo la desaparición de los particularismos locales con el fin de lograr no sólo un espacio de soberanía, donde el Estado ejerce su poder⁷³, sino un territorio moderno,

⁶⁸ La Escuela de Mézières es considerada como una de las mejores, sino la que más, del siglo XVIII. Entre su profesorado se cuentan los abades Bossut y Nollet. Su influencia y la de sus alumnos sobre la futura *Ecole Polytechnique* será decisiva. Sobre la formación de los ingenieros en Francia puede verse la obra, así como la bibliografía allí citada, de A. PICON, *Architectes et Ingénieurs au Siècle des Lumières*, Marseille, Éd. Parenthèses, 1988, especialmente los capítulos V y VI (págs. 95 a 131).

⁶⁹ Véase el apartado 2.2.2.

⁷⁰ En un sentido estricto la configuración del funcionario moderno, aquél que ocupa en calidad de titular una plaza en la Administración, es una creación napoleónica. *Vid.* A.-M. PATAULT, “Les origines révolutionnaires de la fonction publique: de l’employé au fonctionnaire”, *Revue historique de droit français et étranger*, núm. 64, 1986, págs. 391-393.

⁷¹ La paz de Westfalia determina el trazado del mapa político europeo aplicando el principio de equilibrio y la resolución de conflictos mediante técnicas jurídicas. Bien puede decirse que tras la Guerra de los Treinta años es cuando el Estado se seculariza y cuando arraiga el sentimiento nacional tras la pérdida de la unidad cristiana.

⁷² Este proceso, extensible a toda la Europa continental, durará a lo largo de todo el siglo XIX, debido principalmente a la dificultad que presentan las demarcaciones en las zonas de alta montaña.

⁷³ M. HAURIOU, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1967, pág. 97 y ss.

medible y pensado en términos tanto técnicos como económicos⁷⁴. Por eso, el triunfo de la Revolución constituirá también el del ingeniero porque él será, como más adelante veremos, quien tendrá la visión global que el nuevo momento reclama.

Efectivamente, tal como advierte GILLE⁷⁵, el racionalismo francés creará una clase técnica compuesta por diferentes tipos de ingenieros cuya nota destacada es su común pertenencia al Estado, no a la industria, al comercio o a la agricultura. Ello conducirá a una institucionalización de la técnica gracias a una categoría social que, sin embargo, está políticamente aislada pese a sus esfuerzos, e incluso éxitos. Situación que *mutatis mutandi* será compartida un siglo después por sus colegas alemanes. Por este motivo una parte relevante de esa elite técnica participará activamente en la Revolución, la cual permitirá el formidable despegue científico y técnico que realizará Francia desde finales del siglo XVIII hasta el primer cuarto del siglo XIX.

2.2 La actividad industrial en el siglo XVIII: gremios y manufacturas reales

2.2.1 *El progresivo desapoderamiento social en la fijación de las reglamentaciones técnicas y su asunción por el Estado*

a) *Centralización del poder y monopolio normativo del Estado*

El afán intervencionista del Estado absoluto por organizar el desarrollo de la ciencia no es privativo de este ámbito, donde como hemos visto la innovación técnica es un asunto de Estado. El despotismo ilustrado se caracteriza también por insertar al Estado en la sociedad con la voluntad de organizarla y de dirigir su

⁷⁴ Cfr. P. ALLIÈS, *L'invention du territoire*, Grenoble, P.U.G, 1980, págs. 156-157.

⁷⁵ Vid. B. GILLE, *Histoire des Techniques (Encyclopédie de la Pléiade)*, Gallimard, París, 1993, pág. 1259.

evolución en cada una de sus diferentes facetas. Una actitud, como indica SANTAMARIA PASTOR⁷⁶, hoy habitual pero impensable en los tiempos medievales y que, lógicamente, provocó notables tensiones entre las incipientes formas de dominación estatal, la sociedad civil y la Iglesia. Esos conflictos se harán frecuentes a lo largo de todo el sigb XVIII durante el cual se armará y difundirá el ideario que permitirá socavar un sistema político que en puridad sigue siendo de carácter feudal. En cualquier caso, los intentos centralizadores del Estado absoluto irán ya erosionando, cuando no eliminando, la mediación de los poderes intermedios de la Iglesia, la nobleza feudal y las ciudades. En lo normativo la voluntad centralizadora encontrará también su reflejo, sirviendo a la definitiva consolidación del Estado. Será así, en palabras de HELLER, como "(A) medida que los que, con carácter más o menos autónomo, creaban el derecho en la Edad Media se veían obligados a entrar en la organización y ordenación jurídica unitarias del Estado, aumenta éste considerablemente, tanto extensiva como intensivamente, el ámbito de sus posibilidades de acción y decisión y se constituye en una unidad y ordenación que se extiende a todo el territorio"⁷⁷.

Uno de los escenarios de tensión casi permanente durante ese período será el que surgirá entre el anhelo estatal de desarrollo industrial y un inmovilismo gremial firmemente asentado en el ámbito municipal⁷⁸. Bajo la tríada de reglamentos de Policía, proteccionismo y subvenciones, los Estados absolutistas, es decir la Europa continental, definirán una política industrial que tendrá como agentes productivos principales a las corporaciones gremiales y a las manufacturas⁷⁹ reales. Las primeras constituyen una realidad dada,

⁷⁶ J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1991, pág. 106.

⁷⁷ Vid. H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 290.

⁷⁸ Como destaca VILLAR PALASI, "gremio y municipio aparecen generalmente hasta la Revolución francesa como los dos únicos titulares públicos respecto de la ordenación de la industria", *La intervención...*, op. cit., pág. 19.

⁷⁹ La manufactura no supone, desde el punto de vista técnico, ninguna novedad respecto al artesano agremiado. Sólo implica una clara separación entre capital y trabajo así como la reunión

paradójicamente incluso fomentada⁸⁰, que en lo económico permiten garantizar un mínimo control sobre la calidad de los productos, mientras en lo político garantizan la paz social⁸¹; en cambio, las manufacturas significan la decidida voluntad de un desarrollo industrial bajo la égida del Estado⁸².

Pese a la pervivencia de las corporaciones gremiales, el siglo XVII ofrece una notable diferencia en lo que respecta a su reglamentación. El origen de la misma ya no se encuentra exclusivamente en el seno de los gremios, sino que es la mano visible del Estado quien ahora establece los requisitos técnicos de los productos⁸³. Las reglamentaciones gremiales, amparadas por las

en un mismo lugar de trabajadores y utensilios. Desde un punto de vista jurídico la manufactura es una empresa privilegiada fruto de la iniciativa y el reconocimiento real y sujeta no a reglamentaciones corporativas sino a directrices de los inspectores de la administración monárquica. El privilegio permitía beneficiar a la manufactura de un relativo monopolio de fabricación. Vid. P. VERLEY, *La Révolution industrielle*, Gallimard, 1997, págs. 357-361.

⁸⁰ Pese a su origen y desarrollo medieval, los gremios encuentran durante el siglo XVII y hasta el primer cuarto del siglo XVIII un terreno abonado. Así, en el caso de París de las 60 corporaciones existentes en 1672 se pasa a 129 en 1691. Vid. D. WORONOFF, *Histoire de l'Industrie en France*, Seuil, París, 1994, pág. 51.

⁸¹ El sostén estatal prestado a los gremios pese a su decadencia es, naturalmente, interesado. En el caso español, por ejemplo, la Corona usaba a los gremios como instrumentos que controlaban a la población laboral y, por otra parte, para obtener rápidas contribuciones en el orden fiscal. Sin duda, no debemos dejar de referir en el caso español el destacado papel mercantil que desarrollaron durante el siglo XVIII los Cinco Gremios Mayores de Madrid – Mayores por figurar a la cabeza en la tributación a la Real Hacienda- cuya Ordenanza fue aprobada por Real Cédula de 29 de septiembre de 1686. Vid. M. CAPELLA y A. MATILLA, *Los cinco Gremios Mayores de Madrid*, Madrid, 1957, pág. 89.

⁸² En consecuencia, las nuevas industrias deben verse protegidas contra la concurrencia extranjera. El mercantilismo se identifica con el Estado absoluto al ser ambos expresión de una doble reacción contra el universalismo y, especialmente, contra el particularismo provincial o municipal. Vid. J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Barcelona, 1983 –5ª ed.–, pág. 252. El mercantilismo supone, sin embargo, una intensificación artificial del desarrollo industrial que a larga se muestra inadecuado. La misma pervivencia del régimen corporativo gremial es bien ilustrativa de cómo se mantiene un viejo ropaje que resulta estrecho a una sociedad que crece y que cada vez más requiere de una mayor libertad de movimiento.

⁸³ Así en Francia, entre 1660 y 1750, se promulgan casi un millar de disposiciones que de manera detallada regulan los productos de determinadas ciudades o conciernen a un conjunto de productos en todo el reino. Este último es el caso del Edicto de 13 de agosto de 1669 que instituía el “droit de marque” sobre los paños de lana. De este modo las reglas gremiales o normas de fabricación pasaban de un reconocimiento municipal a ser otorgadas por el monarca. Las reglamentaciones gremiales encuentran de este modo un origen burocrático y racional que en buena medida deja de lado otro tipo de consideraciones que no sean las que directamente interesan a la calidad del producto. Igual política gremial será llevada a cabo por los Borbones

municipalidades, van a ser objeto de un proceso uniformizador, al menos en cuanto a su legitimación jurídico-pública. Hecho coincidente con el deseo del Estado moderno por terminar con el pluralismo jurídico medieval e ir eliminando y absorbiendo los ordenamientos jurídicos inferiores por medio de lo que BOBBIO ha venido en llamar un proceso de “monopolización jurídica”⁸⁴. En este contexto las corporaciones gremiales van a ir perdiendo su poder de autorregulación⁸⁵ aunque seguirán manteniendo durante esa centuria el de autoadministración⁸⁶.

Las reglamentaciones técnicas son, en una primera fase, sometidas por los gremios a la aprobación real para ser después dictadas ya directamente por el monarca. Respecto a la actividad de control, la misma sigue siendo ejercida fundamentalmente por las estructuras gremiales bajo el amparo real, aunque no es extraña la aparición de funcionarios reales encargados también de supervisar y garantizar la calidad, es decir, la sujeción a las reglamentaciones, de aquellos productos, especialmente textiles, cuyo fin es su exportación. En este sentido, el siglo XVIII es prolijo en la sanción real de nuevos estatutos gremiales que de modo minucioso describen la forma correcta de cómo hacer los diferentes productos. Una cierta rigidez que se ilustra en la misma *Encyclopédie* y que contrasta claramente con la libertad creativa que imperaba por esas fechas en

españoles.

⁸⁴ Vid. N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, op. cit., pág. 21. En este mismo sentido se expresaba ya S. ROMANO para quien dicha unificación jurídica, llevada a término como instrumento de afirmación del Estado moderno, resulta, sin embargo, ilusoria. Para este jurista, el señorío estatal del Derecho vendría a constituir una doctrina predominante desde comienzos del siglo XVIII sin que la misma haya sido demostrada en su exactitud. Por el contrario, para ROMANO el Estado no es más que uno de los varios ordenamientos jurídicos que la realidad nos ofrece. Véase, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., pág. 208.

⁸⁵ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1989 –10ª ed.-, pág. 58.

⁸⁶ Cabe, efectivamente, distinguir entre el privilegio para dictar leyes de policía de eficacia interna, donde la corporación decide, y la elaboración de normas o estándares de producción en donde concurren diferentes instancias. Vid. Ph. MINARD, “Les communautés de métier en France au XVIIIe. siècle: une analyse en termes de regulation institutionnelle”, en *Gremios, economía y sociedad* (C. E. Núñez, ed.), Sevilla, 1998, págs. 109-117.

Inglaterra⁸⁷, donde existía un nivel de capacidad técnica y un interés por las máquinas muy superior al de otros países europeos.

b) *La difícil aplicación de las reglamentaciones técnicas estatales en el marco del Antiguo Régimen*

Cabe destacar, sin embargo, que esa voluntad real de fomento de la industria no sólo se ve obstaculizada por el inmovilismo, voluntario o forzado, de corporaciones gremiales, sino también por otras instituciones del Antiguo régimen. Es el caso, en Francia, de los *Parlements* cuyo derecho de registro (*droit d'enregistrement*) constituye un requisito inexcusable para que las disposiciones reales encuentren su aplicabilidad territorial⁸⁸. Como es sabido, la sistemática negativa de los Parlamentos a registrar aquellas disposiciones que de manera especial afectaban al estamento nobiliario, fue una de las causas determinantes para que Luis XVI convocara los Estados generales y se iniciara el proceso imparabable que conduciría a la Revolución francesa. Pues bien, ese "derecho de registro" afectó también a las disposiciones reales que trataban de introducir un marcado sobre determinados productos. Tal es el caso de las barras de hierro en las que, junto a una garantía de la calidad, la marca perseguía una finalidad mayormente tributaria, controlar la entrada de hierro extranjero y asegurarse así el pago del correspondiente arancel al Estado tratando de obviar los múltiples peajes locales existentes. El hecho es, sin embargo, que muchos Parlamentos evitaban el registro y hacían totalmente ineficaz la marca⁸⁹.

⁸⁷ Esa libertad algo debía en la práctica a la desaparición de los controles corporativos sobre la producción y el aprendizaje operada desde el Parlamento inglés a finales del siglo XVII. Vid. D. S. LANDES, *Progreso tecnológico...*, op. cit., pág. 77. Las cortapisas que las reglamentaciones gremiales pudieran suponer para el desarrollo técnico son también apuntadas por Jovellanos en su "Informe sobre el libre ejercicio de las Artes" para quien la fijación de "las máquinas y las operaciones a un método preciso, atan las manos y obstruyen la imaginación de los artistas". Cfr. P. MOLAS, *Los gremios*, op. cit., pág. 177.

⁸⁸ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994 —4ª ed.—, pág. 41 y ss.

⁸⁹ Vid. D. WORONOFF, op. cit., pág. 46.

c) *La excepción del privilegio como seña de libertad en el Antiguo Régimen*

El siglo XVIII es, pues, todavía un universo económico fragmentado en el que aún no impera la cultura del mercado. Pese al reconocimiento real de las ordenanzas gremiales, las mismas no presentan un carácter uniforme. En cada ciudad existen reglamentaciones diferentes que, en ocasiones, tienen como principales detractores a los mismos gremios sin que ello comporte necesariamente una crítica al sistema corporativo. Esta aparente contradicción tiene su explicación lógica si atendemos a que la sanción real de las ordenanzas implica también el reconocimiento de privilegios de "calidad" en determinados productos. Es, también en Francia, el caso de la fabricación de tejidos de seda. En la ciudad de Nimes los sederos combatían las reglamentaciones gremiales con argumentos liberales. Ello no significaba una conversión al liberalismo pues se mantenía la fidelidad al corporativismo y con ella la capacidad de establecer sus propias reglas. ¿Dónde traía entonces origen la crítica? Ésta hay que buscarla en los reglamentos que tenían, por ejemplo, las sederías de Lión y en el reconocimiento, a modo de privilegio, del monopolio para la fabricación de productos de alta calidad. Existía, de esta manera, una interdicción para fabricar en otras ciudades según los reglamentos lioneses; sólo podía producirse, como en el caso de Nimes, fuera de la reglamentación y, en consecuencia, con menor calidad⁹⁰. En definitiva, la misma voz gremial exigía la libertad de fabricación sin cuestionar empero su privilegio de autoorganización.

Esta aparente contradicción es la que pone de relieve una doble realidad: la corporativa y la normativa. O, en otras palabras, dos tipos de reglamentos: los que tienen por objeto la disciplina y policía de las corporaciones, y aquéllos relativos a la calidad de la obra artesanal. El primer tipo de reglamentación no es objeto de discusión, la misma establece el marco institucional, oficialmente

⁹⁰ Sobre el ejemplo transcrito, así como una reflexión sobre la necesaria distinción que debe hacerse en el siglo XVIII entre corporación y reglamentación, *vid.* Ph. MINARD, "Les communautes de métier...", cit., pág. 116.

reconocido, que convierte a la corporación en interlocutora con la administración a partir de la sanción de sus privilegios. El privilegio es, efectivamente, la fórmula que hace recaer sobre las corporaciones la protección real y les concede la libertad de autoadministración. Y esa libertad, y no otra, es la que se pretende cuando desde los gremios se exclama “laissez nous faire”. Esa petición no significa más que negociar lo que deber ser o no reglamentado, lo que debe ser intervenido o no por la Administración. En definitiva, “laissez nous faire” es expresión de una mayor autonomía sin cuestionar en modo alguno los privilegios en que, paradójicamente, se sustenta la libertad reclamada.

d) *La institucionalización de los sistemas sociales de garantía de la calidad*

Junto a la fijación de reglamentaciones, el Colbertismo presta también especial atención a las certificaciones oficiales de calidad. Con tal fin se institucionalizan en el país vecino los “bureaux de marques” para asegurar en cada fase del proceso de fabricación y comercialización la buena fe de la etiqueta que marca al producto y, en consecuencia, la calidad que se le presume. La marca va referida tanto al gremio de una ciudad como a una manufactura reconocida. Este apoyo institucional para el desarrollo de una “organización social de la confianza” en la producción no es mal visto, según MINARD⁹¹, por los comerciantes. Al contrario, es apreciado porque al *marchand* no le cabe la posibilidad de poder verificar toda la mercancía. Los postulados liberales imperantes al otro lado del canal de la Mancha no encuentran, al menos hasta la segunda mitad del sigloXVIII, excesivo entusiasmo en tierras galas. La neutralización automática de los comportamientos económicos desleales o fraudulentos por la “mano invisible” es vista con recelo, prefiriéndose la bien visible mano del Estado que, mediante la estampilla oficial, sustituye una “imposible” autodisciplina del mercado.

⁹¹ Ph. MINARD, “Normes et certification des qualités: les règles du jeu manufacturier au XVIIIe. Siècle”, en *Bretagnes. Art, négoce et société de l'antiquité à nos jours. Mélanges Jean Tanguy* (J.-Ch. CASSARD, ed.), Brest, 1996, págs. 176-177.

Efectivamente, el sistema francés resulta otro modelo en el que destacan la minuciosidad de sus reglamentaciones y los sistemas de control establecidos. En este último aspecto cobran un papel destacado los inspectores de manufacturas a quienes corresponde el honor de ser, en un sentido moderno, la primera administración económica en Francia, lo que es decir en Europa.

2.2.2 *El establecimiento de una “economía de la calidad”: Francia e Inglaterra*

a) *La inspección de manufacturas*⁹²

Creado por Colbert en 1669, el cuerpo de inspectores de manufacturas es, pues, anterior al establecimiento de los cuerpos de ingenieros militares anteriormente comentados. Instrumento privilegiado de la política manufacturera francesa, sus funciones y medios irán creciendo progresivamente para convertirse en el eje de la primera administración económica del país vecino: la “administration du Commerce”. La implantación territorial y el contacto con la realidad industrial harán de los inspectores la fuente principal de información que permitirá la elaboración de unas estadísticas sumamente fiables sobre la situación económica del país⁹³.

Sin embargo, su misión principal es la de velar por la correcta aplicación de los reglamentos técnicos, principalmente en el sector textil, a cuya mejora los inspectores de manufacturas contribuyen decisivamente a lo largo del siglo XVIII. La tarea que se les encomienda a los inspectores y la obsesiva atención a la excelencia del producto sólo puede entenderse a partir del pensamiento económico francés de la época. Como es sabido, el mercantilismo parte de una

⁹² En este tema véase el excelente libro de Ph. MINARD, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Fayard, 1998. Los trabajos anteriormente citados de este autor se encuentran parcialmente incluidos en esta obra.

⁹³ *Ibid.*, págs. 171-181.

idea estática de la riqueza, de tal manera que el poder de un Estado viene determinado por la abundancia de metales preciosos que en él circulan. De este modo, la atracción del oro y la plata americanas a costa de otros Estados se convierte en un objetivo político prioritario. Ello obliga a una constante guerra comercial en la que las exportaciones constituyen el principal resorte para aumentar el *stock* de riqueza. Por el contrario, las importaciones tratan de limitarse al máximo mediante la imposición de gravosas tasas aduaneras.

La voluntad exportadora obliga, especialmente, a garantizar una adecuada calidad de las manufacturas que pretende conseguirse, primero, mediante la aprobación de una minuciosa reglamentación y, en segundo lugar, a través del establecimiento de sistemas de control y certificación, tanto en el momento de fabricación como en el de venta.

Así, en el primer aspecto, cabe destacar dos importantes reglamentos generales, de 13 de agosto de 1669, para tejidos y tintes que fundamentan el edificio colbertiano del control industrial⁹⁴. Además, se procede a una profunda y consensuada revisión de las reglamentaciones que intenta lograr, en lo posible, una cierta unificación mediante el registro de normas en uso. Se trata, en definitiva, de un intento de normalización reglamentaria que persigue borrar diferencias regionales armonizando calidades y medidas. Ahora bien, esa reglamentación no es algo exógeno, ajeno a sus destinatarios. Al contrario, los reglamentos son la sanción oficial de convenciones sobre la calidad tácitamente reconocidas por los artesanos. A esos acuerdos implícitos es a lo que la administración absolutista otorga fuerza jurídicopública. Es, en definitiva, una institucionalización de la confianza social en unos usos que hasta entonces encontraban su amparo en tal o cual ciudad, en tal o cual gremio. Los reglamentos colbertianos de 1669 unifican y extienden la aplicación de esas reglas con la no disimulada intención de lograr una “economía de la calidad” a

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 18.

escala nacional. Que ese planteamiento, inicialmente asumido, fuera discutido en la segunda mitad del siglo XVIII se debe al intento de homogeneizar la calidad de los productos en su extremo máximo no dando lugar a ningún resquicio a productos de calidades inferiores que son, al fin y al cabo, los de mayor demanda y que ofrecen más margen comercial. Ese “olvido”, que también se da en España⁹⁵, de los consumidores de productos “menor calidad” a los que, por otro lado, no se garantiza “calidad” alguna, es el que motiva una reacción contra los reglamentos técnicos.

En segundo lugar, el control en la aplicación de los reglamentos se articula mediante el establecimiento en cada localidad manufacturera de un “bureau de visite et marque”⁹⁶ cuya responsabilidad recae sobre jurados designados por los propios fabricantes, quienes se encargan de examinar los productos y establecer la correspondiente marca de conformidad. Luego, los propios comerciantes ejercen una segunda supervisión en los “bureaux de contrôle” que se disponen en los lugares de venta. Hasta aquí nada es nuevo respecto a lo que ya venía haciéndose por parte de las corporaciones. La novedad radica en la presencia de un representante del poder público, el “commis aux manufactures”, quien vela, en último, lugar por el fiel cumplimiento de la política reglamentaria⁹⁷.

⁹⁵ Nuestro país pese a sus cañadas y buenas lanas es desde mediados del siglo XVI un importador neto de tejidos. Como indica CARANDE, “la industria textil no lanzaba al mercado cantidad bastante de tejidos para dar satisfacción a la demanda de las clases más numerosas”. Recordando que las Cortes de Valladolid de 1548 se ocupan del gran daño causado a los consumidores por no ofrecerles el mercado interior paños ordinarios, sino otros finos de mayor precio. Se confía, pues, en la producción extranjera para llenar aquel vacío. *Vid.* R. CARANDE, *Carlos V y sus banqueros, op. cit.*, pág. 73.

⁹⁶ El número de estas dependencias se sitúa entre las 500 y 600, mientras que el número de inspectores no sobrepasaba la cincuentena. *Ibid.*, pág. 162.

⁹⁷ *Ibid.*, págs. 21 y 152. Escribe MINARD como la “Instruction générale aux commis envoyés dans toutes les provinces pour l’exécution des règlements généraux des manufactures et teintures”, de 13 de agosto de 1669, era la que definía las funciones de los inspectores. Entre ellas se encontraba la de asegurar que los reglamentos generales habían sido correctamente registrados.

El contacto permanente con la realidad económica provoca en los inspectores sentimientos encontrados. Por un lado, tienen que supervisar la correcta aplicación de los reglamentos; por otro, no les pasa desapercibido que la rigurosidad e inmutabilidad de aquéllos puede llegar a ser contraproducente⁹⁸. Así lo atestiguan las voces que claman contra el *carcan gothique* de los reglamentos y la “odiosa tiranía” que los mismos ejercen sobre los fabricantes al impedirles producir tejidos de menor calidad y precio aunque con más demanda y mayor margen comercial, tal como sucede con los de proveniencia inglesa. Por esta razón, resultan lógicas las visitas al otro lado del canal y las comparaciones con el sistema inglés de producción.

b) *De la reforma Necker a la supresión de los inspectores de manufacturas y la abrogación de las reglamentaciones técnicas durante la Revolución francesa*

Como hemos visto, el sistema reglamentario establecido por Colbert descansa en la idea de calidad. El fiel seguimiento de los reglamentos, los controles en los “bureaux de marque” y la certificación oficial garantizan al comerciante la calidad del producto. Sin embargo, para el fabricante el sistema establecido llega a resultar asfixiante, especialmente en lo que a la normativa técnica se refiere. La menor transgresión detectada por los jurados en el buen uso de las reglas supone para el artesano el no vender la pieza defectuosa y, consiguientemente, no cobrarla. Ahora bien, la inferior calidad con que en ocasiones son manufacturados los productos obedece, en la mayoría de ocasiones, al menor precio que el comerciante pretende pagar. Y justamente aquí reside la perversión del sistema. Los marchantes, con sus precios, incitan a una más baja calidad de los productos, para luego denunciar la no aplicación de los reglamentos. Es claro

⁹⁸ La controversia no se limita sólo a las reglamentaciones referentes a productos manufacturados, sino que se extiende al mismo ámbito militar. Concretamente, en lo que se refiere a la normalización de los barcos de guerra cuya construcción estaba prevista en los reglamentos elaborados por Borda, de 1782 y 1786, llegándose a despropósito de mantener idénticas proporciones para barcos de diferentes tonelajes. *Vid.* H. VERIN, *La gloire des ingénieurs...*, *op. cit.* pág. 363 y ss.

que los condicionamientos institucionales y legislativos establecidos por el poder real constriñen la libertad. Esta es la palabra que rige la política económica francesa durante la segunda mitad del siglo XVIII. Al mercantilismo siguen las corrientes fisiocráticas y nuevas sensibilidades respecto a la actividad industrial. Tras el frustrado viraje liberal llevado a cabo por Turgot⁹⁹, su sucesor, Necker, inicia una tímida política de reforma que, en el tema que nos interesa, significa el establecimiento de dos regímenes distintos en lo que a los reglamentos se refiere. Los tejidos conformes a los reglamentos y debidamente verificados en los “bureaux de visite” reciben la “marque de règlement”, que constituye un reconocimiento oficial a su calidad invariable. Ahora bien, el fabricante puede también, si lo desea, vender piezas de otras dimensiones, calidades y especificaciones; en tal caso se establece una “marque de liberté” que permite identificar y distinguir esos paños de los reglamentarios y extranjeros. En suma, Necker establece un sistema intermedio entre la rigurosidad reglamentaria y la pura libertad. Como detallaremos más adelante (apartado 3), esta experiencia durará apenas una década. El 27 de septiembre de 1791 la Asamblea constituyente decidirá la supresión conjunta de la inspección de manufacturas y de los reglamentos.

c) *El modelo inglés*

En el país paradigma del liberalismo la nota más destacada es la inexistencia de unas reglas obligatorias en atención a la fabricación de los tejidos. Hay, pues, una total libertad de fabricación. Esta permite una mayor flexibilidad que facilita el

⁹⁹ La primera decisión de Turgot en materia industrial consiste en suspender toda retirada o embargo de los paños no marcados o no conformes a las normas reglamentarias; de hecho, la aplicación de los reglamentos queda en suspenso anunciándose su desaparición. *Vid.* Ph. MINARD, *op. cit.*, pág. 320. El edicto de febrero de 1776 suprime las corporaciones de oficios aunque en los casos de farmecéuticos, impresores y orfebres (“métiers de danger”) se mantiene una supervisión pública. La libertad será efímera, pues el citado edicto es sustituido por otro en agosto del mismo año mediante el cual se restablece el régimen tradicional. *Vid.* P.-C. TIMBAL y A. CASTALDO, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Dalloz, París, 1985, 7ª ed., págs. 492-493.

desarrollo de la protoindustrialización¹⁰⁰ en el ámbito rural. Ahora bien, esa libertad está matizada, ya que existe, cara a la exportación, un sistema de certificación destinado a verificar el aneaje de las telas y paños. Con este fin, una ley de los comunes votada en 1765 establece que cada pieza debe llevar una plomada en la que se indica el nombre y dirección del fabricante, el color y sus dimensiones, estas últimas sí estandarizadas.

El sistema inglés hace, pues, perceptible a ojos de los franceses la existencia de dos tipos de reglamentos. Por un lado, los que establecen las prescripciones técnicas de fabricación; por otro, los reglamentos de policía relativos meramente al establecimiento de la marca correspondiente y a asegurar que los datos que en ella constan son ciertos (nombre del fabricante, lugar de fabricación y medidas). Son estos últimos los únicos reglamentos que existen en Inglaterra y los únicos que, según los propios inspectores de manufacturas, debían subsistir en Francia.

3. El tránsito del absolutismo al Estado liberal y la definitiva extinción de las corporaciones gremiales bajo el principio de la “libertad de industria”

En este apartado trataremos de esbozar el marco histórico en que se desarrolló el proceso extintivo de los gremios en los diferentes Estados europeos, entre ellos España. El lector observará que no se hace mención expresa a Inglaterra. Ello tiene su justificación. Este país seguirá a lo largo del siglo XVIII un camino propio y singular que lo convertirá en el edén del liberalismo. En lo político ya se ha dado allí una revolución (la Gloriosa de 1688), y en lo económico las cortapisas gremiales han prácticamente desaparecido, propiciando un marco favorable al progreso técnico. Respecto al caso francés, el primero aquí tratado,

¹⁰⁰ Sobre el concepto de protoindustrialización, véase P. VERLEY, *op. cit.*, págs. 406 y ss.

debe tenerse en cuenta lo expuesto de manera más amplia en las páginas anteriores. Por esta razón, en este apartado prestamos especialmente atención a dos Estados, el prusiano y el español, para, finalmente, hacer consideración a cómo la desaparición de las corporaciones gremiales es fruto de una obligada redefinición del marco jurídico que viene obligada por los motivos económicos y técnicos que conforman la industrialización.

3.1 Francia: del mercantilismo a la Revolución

El siglo XVIII bascula, según la teoría económica imperante, entre el fomento gremial y la aparición de las más aceradas críticas a esta institución. Si el mercantilismo va a ser, en cierta medida, favorable a una pervivencia adaptada de las corporaciones gremiales en atención a su papel en la elaboración de productos manufacturados, las corrientes fisiocráticas francesas, en sintonía a su visión de la riqueza y de la no injerencia en la sociedad, son, en cambio, claramente contrarias. De hecho, la consideración por la autoridad real de los gremios había quedado muy devaluada a partir del momento en que su control suponía que el Estado vendiese los títulos de prohombre (“jurés”) y las cartas de maestría al mejor postor¹⁰¹. En este contexto el hecho de que Turgot, mediante los edictos de 22 de febrero de 1776, estableciera, entre otras medidas, la libertad de oficio¹⁰² no significaba más que la voluntad de liberar de toda tutela a la industria. Tales disposiciones, si bien no comportaban una supresión de las corporaciones gremiales sí suponían, en cambio, un ataque frontal a las mismas y al orden social estamental del Estado absoluto¹⁰³. En todo caso, como sabemos, la reforma propuesta por Turgot fue efímera, puesto que a la misma se

¹⁰¹ Como destaca TOCQUEVILLE no es en la Edad Media, sino a inicios del siglo XVI cuando pasa a considerarse el derecho al trabajo como un privilegio que el rey podía vender. *Op. cit.*, pág. 129.

¹⁰² De este modo toda persona era libre “d'exercer tel commerce et telle profession d'arts et métiers qui lui convindra”.

¹⁰³ *Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, Revolución francesa..., op. cit.*, pág. 83 y ss.

opusieron con singular virulencia los Parlamentos y los cuerpos constituidos¹⁰⁴. La batalla por la subsistencia había sido temporalmente ganada por los gremios merced a los apoyos obtenidos desde estructuras tan seculares como ellos. Era ya claro que la libertad de industria no podía lograrse a partir de reformas, sino sólo mediante la ruptura y la eliminación de las estructuras de organización social hasta entonces imperantes.

Efectivamente, bajo los postulados de la Revolución Francesa poco encaje podían encontrar unos grupos fuertemente arraigados en el Antiguo Régimen y que constituían un serio obstáculo a la libertad de empresa y comercio¹⁰⁵, en definitiva al progreso. Su desarticulación en Francia por el Decreto D'Allarde, de 2-17 de marzo de 1791¹⁰⁶, demuestra efectivamente cómo los deseos de la monarquía absoluta sólo podían alcanzarse a través de un cambio institucional de naturaleza violenta. Ahora bien, si la libertad de industria que ahora se sanciona supone la desaparición de las corporaciones gremiales no comporta, por el momento, la de los reglamentos¹⁰⁷. Efectivamente, el artículo 7 del citado

¹⁰⁴ En torno a todo este proceso, *vid.* E. MARTIN SAINT-LEON, *Histoire des corporations de métiers*, Paris, 1922, pág. 533 y ss. (se ha consultado la reedición llevada a cabo por Slatkine-Megariotis Reprints, Ginebra, 1976).

¹⁰⁵ Como destaca ARIÑO, la Revolución y la configuración de dos ámbitos separados - Estado y sociedad- "condujo a la desaparición de los cuerpos intermedios y a la prohibición legal para la creación y el reconocimiento de nuevas entidades o agrupaciones que pudieran interponerse entre el individuo y el Estado". *Vid.* "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en G. ARIÑO *et alii*, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 20.

¹⁰⁶ Su artículo tercero establecía: "A compter du 1er. avril prochain, il sera libre à tout citoyen d'exercer telle profession ou métier qu'il trouvera bon après s'être pourvu d'une patente et en avoir acquitté le prix". Cfr. E. MARTIN SAINT-LEON, *op. cit.*, pág. 616. Destaca S. MARTIN-RETORTILLO el hecho de que Decreto D'Allardes no ha sido jamás derogado expresamente y que todavía el Consejo de Estado francés sigue apoyándose en él para sancionar el reconocimiento de las libertades de comercio y de industria. *Vid.* S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 126.

¹⁰⁷ El Decreto d'Allarde establece la libertad de industria aunque subsisten las reglamentaciones y el sistema opcional de certificación previsto por Necker. *Vid.* Ph. MINARD, *La fortune du colbertisme*, *op. cit.*, págs. 351-352.

decreto añade que esa libertad es “à la charge de se conformer aux règlements qui sont ou pourront être faits”¹⁰⁸.

Pocos meses después, con la Ley Le Chapelier, de 14-17 de junio de 1791, los prejuicios antigremiales cristalizan ya en una prohibición directa de toda organización intermedia en el diálogo entre ciudadanos y entre *elcitoyen*¹⁰⁹ y el Estado¹¹⁰, es decir, por ejemplo, de cualquier tipo de asociación obrera. Sin embargo, la disolución de los gremios, así como la supresión de los reglamentos y de los cuerpos de inspectores, debido al acuerdo del Constituyente de 27 de septiembre de 1791¹¹¹, comportará un vacío institucional y administrativo que no tardará en ser denunciado por los propios fabricantes. La situación resultante no

¹⁰⁸ La redacción de este artículo es fruto de una enmienda presentada por el diputado Germain cuya argumentación resulta de interés reproducir: “Le maintien de la confiance publique nécessite des règlements et des surveillants destinés à garantir le public des surprises auxquelles il n'est que trop souvent exposé, afin que la cupidité ou l'ignorance ne fassent point perdre aux fabriques nationales le haut degré de perfection qu'elles ont acquis para la sagesse de leurs règlements”. Vid. Ph. MINARD, *La fortune du colbertisme*, op. cit., pág. 351.

¹⁰⁹ Los ciudadanos son idénticos entre sí y forman la Nación. En palabras de Sieyès, la Nación es el Tercer estado y todos están representados por la misma “legislatura”. Por esta razón para el célebre abate, debía ponerse fin al dominio de la aristocracia, de los privilegios regionales y de la miríada de instituciones intermedias y corporativas que existían entre el individuo y el Estado.

¹¹⁰ En esta Ley, vigente hasta 1864, se declara: “Il n'y a plus de corporations dans l'Etat; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis a personne d'insperer aux citoyens un intérêt intermediaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation”. Esa concepción de una única relación, por fuerza desigual, entre el Estado y el individuo se extenderá a todos los niveles, incluidos los diferentes tipos de sociedad económica, donde el control estatal será especialmente incisivo. Como destaca FORSTHOFF, “desde un primer momento se intuyó algo de lo que podría representar el poder económico-social y se intentó asegurar la vinculación directa de cada individuo con el Estado. Naturalmente –añade-, el éxito no podía ser muy grande”, en “La previsión existencial en la edad de la técnica”, *Documentación Administrativa*, núm. 100, 1966, pág. 14.

¹¹¹ Con el voto de 27 de septiembre de 1791 la Asamblea nacional suprime las Cámaras de comercio, no afectadas por la Ley Le Chapelier, así como el “bureau du Commerce” y la inspección de manufacturas. De este modo la administración económica francesa se encuentra de súbito capitidismínuida, reducida a los despachos ministeriales y carente de toda implantación territorial. La necesidad de información, de saber cuál es el estado de la agricultura, de la industria y del comercio, obligará a recurrir a la única administración estatal con implantación territorial: el servicio de “Ponts et Chaussées”. Una circular del mes de octubre de 1792 convierte a los ingenieros de este cuerpo en superinspectores, encargados no sólo de la vigilancia de los diferentes sectores económicos, sino también de todo lo referente al progreso de la producción y de los intercambios comerciales. Vid. Ph. MINARD, op. cit., pág. 357.

dejará de resultar paradójica. La supresión de las corporaciones, así como de toda forma de agrupación profesional, hacen del Estado, por el vacío creado, la única instancia legitimada para la producción de reglamentaciones, en el mismo momento en que los postulados liberales le obligan a abstenerse.

3.2 Estado e industrialización en Prusia

3.2.1 *El marco histórico y político*

El modelo federiciano de Estado cae de modo estrepitoso ante las condiciones impuestas por la paz de Tilsit (julio de 1807). La conmoción sufrida obliga a una necesaria adaptación que supone, en palabras del príncipe prusiano Hardenberg, “*hacer desde arriba lo que los franceses han hecho desde abajo*”¹¹². En este contexto, las propuestas de reforma administrativa hechas por el barón de Stein¹¹³ encuentran su recepción en un conjunto de nuevas reglamentaciones que, en un período que abarca hasta 1814, él mismo y Hardenberg llevarán a cabo con el fin de reorganizar el Estado prusiano¹¹⁴. Pero además, junto a la voluntad de reforma político-administrativa, existirá también un cambio de

¹¹² “Wir müssen dasselbe von oben her machen, was die Franzosen von unten her gemacht haben”. La paternidad de esta célebre y frecuentemente citada frase corresponde no obstante al ministro prusiano Karl Gustav von Struensee quien la expone en una misiva dirigida a Talleyrand durante el año 1799. La misma rezaba del modo siguiente: “Die heilsame Revolution, die ihr von unten nach oben gemacht habt, wird sich in Preußen langsam von oben nach unten vollziehen” (La saludable revolución que vosotros habeis hecho de abajo a arriba, es realizada en Prusia lentamente de arriba hacia abajo). Vid. W. ABELSHAUSER, “Die deutsche Industrielle Revolution”, en *Scheidewege der deutschen Geschichte* (H.-U. Wehler, ed.), Beck, Munich, 1995, pág. 107.

¹¹³ Las mismas aparecen expuestas en su Memoria sobre Administración y Gobierno (*Nassauer Denkschrift*) de 1807. Reformas que cristalizarán sólo parcialmente y que en el caso de la organización municipal habrán de esperar aún más de medio siglo. Vid. sobre este extremo, J. ESTEVE PARDO, *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local. La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España*, Civitas, Madrid, 1991, especialmente los capítulos I y II de la primera parte.

¹¹⁴ Curiosamente ni Stein ni Handberg son prusianos; el primero era originario de Nassau; el segundo provenía de la región de Hannover. Sobre el alcance de las reformas por ambos previstas, véase, H. HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Edersa, Madrid, 1981, págs. 100-105.

percepción por parte de la intelectualidad alemana. La seducción hasta entonces ejercida en mayor o menor medida sobre aquélla por las ideas de los *philosophes* va a verse sacudida de manera definitiva por una auténtica “tormenta de pasión” que reivindica y ensalza los valores propios frente a los universales que preconizan e imponen los revolucionarios franceses. El *Sturm und Drang* es algo más que un movimiento cultural, es la reacción, el contraataque, en palabras de Isaiah Berlin¹¹⁵, contra la Ilustración. El romanticismo y su exaltación de lo individual, lo nacional y lo histórico¹¹⁶ constituyen un nuevo marco, casi una fantasía neomedieval, que, en una muy pequeña pero no desdeñable parte, explican una positiva visión de los gremios en Alemania. Sin embargo, la pervivencia y el desarrollo de distintos y nuevos tipos de agrupaciones supraindividuales en ese país encuentra subasamento en una singular relación entre Estado y sociedad que, aunque brevemente, consideramos de interés exponer.

En el caso germano dicha relación se va a fundamentar en una característica y nítida separación (*Trennung*) entre Estado y sociedad. Las razones históricas de la misma son de índole diversa pero entre ellas hay que remarcar la singularidad prusiana que es, al fin y al cabo, la que va a marcar la pauta respecto al resto de Alemania.

El hecho de optar por una limitación en la acción del Estado y una garantía de un espacio libre para la ciudadanía, comporta una mutación del concepto de Policía hasta entonces vigente. La ausencia de revolución en Prusia permite observar más claramente el paso de una monarquía absoluta hacia un gobierno ilustrado y como el mismo comporta el arrumbamiento de la vieja noción de Policía y la aparición de una nueva, adecuada al momento liberal. Como advierte Alejandro

¹¹⁵ I. BERLIN, “La unidad europea y sus vicisitudes”, en *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Península, Barcelona, 1995 –2ª ed.-, pág. 185.

¹¹⁶ La historia de la Edad Media deviene especialmente en Alemania una auténtica pasión nacional. El propio barón de Stein fundará los “*Monumenta Germaniae Historica*”, la colección de fuentes medievales alemanas, una obra gigantesca aún hoy no culminada.

NIETO¹¹⁷, el eudemonismo absolutista hará a la Policía tan omnipresente como lo es el monarca. La consecución de la felicidad de los súbditos se liga a ese ensalzamiento real que anteriormente hemos referido y cuyo único fin no es otro que el propio beneficio del poder. El “*desenmascaramiento de la falacia del eudemonismo*” que refiere NIETO¹¹⁸ es expresión de una motivada reacción que conducirá a un nuevo individualismo que se consagrará en el individualismo liberal del siglo XIX. De ahí el interés que ofrece el caso de Prusia, el Estado de Policía por antonomasia, donde es el propio Federico II quien con la frase “*cada uno tiene derecho a ser feliz a su manera*” renuncia a este tipo de “ética material” y, en consecuencia, limita los fines del Estado. La “ética formal” de Kant – expuesta para este caso en su obra *La Metafísica de las costumbres* – está, sin duda, detrás de este cambio que tendrá en Guillermo de Humboldt a uno de sus más notables portavoces¹¹⁹. Para ambos el paternalismo estatal que trata a los ciudadanos como niños constituye el mayor de los despotismos¹²⁰. De este modo, la acción del Estado va a quedar circunscrita a garantizar la seguridad de los ciudadanos (la *Sicherheitspolizei* -policía de seguridad-) y se rechaza la promoción de su bienestar por aquél (la *Wohlfahrtspolizei* -policía del bienestar-) ¹²¹. Así, concluye NIETO, “*la policía omnicomprendiva del Estado absoluto desaparece tanto por culpa de su falsedad substancial como por haber cumplido*

¹¹⁷ A. NIETO, “Algunas precisiones sobre el concepto de Policía”, *RAP*, núm. 81, págs. 35-75. Recogido posteriormente en su obra, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pág. 82 y ss.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 49.

¹¹⁹ En su obra *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu begrenzen* (1792), W. von Humboldt establece como principio “que el Estado se abstenga totalmente de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos y se limite estrictamente a velar por su seguridad entre ellos mismos y frente a los enemigos del exterior, no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin último”. Se ha consultado la traducción realizada por J. Abellán, bajo el título de *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 43.

¹²⁰ El filósofo alemán dirá que el gobierno paternalista es el más despótico de todos, esto es “el que trata a los ciudadanos como niños”. I. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, § 49 –pág. 147-.

¹²¹ Como advierte Otto MAYER la distinción venía a suponer que sólo en la policía de seguridad cabía el poder de coacción, en *Derecho Administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 4-5.

*la misión histórica que le correspondía realizar—por cuanto una vez arruinado el sistema feudal y fortalecido el Estado moderno, deja de ser necesaria- y, en su lugar, aparece una nueva policía de carácter ilustrado y liberal*¹²².

3.2.2 Libertad de industria y gremios

Hasta las reformas de Stein la industrialización, especialmente en Prusia, resulta poco significativa. Aunque durante el siglo XVIII hay intentos dirigistas similares a los llevados a cabo por la monarquía francesa, la política industrial federiciana no deja de ser puntual, dirigida a cubrir las necesidades del ejército, e insignificante desde un punto de vista presupuestario¹²³.

En el aspecto económico, ya a finales del siglo XVIII, el consejero prusiano superior de justicia Carl Gottlieb Svarez¹²⁴ considera la concesión estatal de monopolios industriales como una “ilícita intromisión” (*widerrechtliche Einschränkung*) a la libertad natural de los ciudadanos¹²⁵. De este modo, la libertad de industria se introduce en el Estado prusiano a partir del año 1811 en un claro contexto contrario al intervencionismo, que implica una descentralización de la responsabilidad económica y de los riesgos económicos derivados de aquella libertad.

¹²² A. NIETO, “Algunas precisiones sobre el concepto de Policía”, cit. pág. 50.

¹²³ Contra los 60.000 táleros destinados a la industria, el Gran Federico dedicaba entre 12 y 13 millones a fines militares. Vid. P. VERLEY, *La Révolution industrielle*, op. cit., pág. 288.

¹²⁴ Coautor del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (Derecho general común para los Estados prusianos) publicado en 1794. Añadamos que dicho Derecho general común, símbolo del Estado federiciano, regulaba en 19.000 párrafos la relación entre el Estado y los ciudadanos. Esta obra, conocida como Código del gran Federico, aunque promulgado por su sucesor, aparece como una auténtica carta constitucional. Véase la nota crítica que a este texto legal formula Tocqueville en su obra *El Antiguo Régimen y la revolución*, op. cit., págs. 222-225.

¹²⁵ Cfr. M. BULLINGER, “Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Hrsg.), Baden-Baden, 1996, Nomos, pág. 242.

Especialmente, la posibilidad de trasladar a terceros los riesgos de la actividad industrial constituye una de las premisas para el desarrollo económico. Como destaca BULLINGER¹²⁶, ese no era el caso a fines del siglo XVIII cuando se obligaba aún a llevar fuera de la ciudad aquellas actividades industriales con peligro de incendio (*feuergefährliche Gewerbe*), en lugar de permitir su instalación bajo unas elementales reglas de precaución. Esa situación cambia merced a una evolución paralela del derecho público y del derecho privado. Desde el primero va a quedar establecido que el Estado no debe interferir la libertad de industria, consideración que será ya clara a partir de 1848, cuando el fallido intento de revolución liberal comportará una acentuación del dualismo entre Estado y sociedad que encuentra su marco de relación en el Estado de Derecho¹²⁷. Es más, el Derecho público será una pieza activa pero a la vez ausente en la movilización combinada de Administración, economía y sociedad. En este sentido, resulta ejemplificativo observar como la actividad económica y prestación de servicios llevada a cabo por los municipios (*Gemeinde*) no corresponde estrictamente al Derecho público, dado que aquéllos se encuentran en un estadio intermedio entre el Estado y la sociedad que tiene atribuido su propia autoadministración (*Selbstverwaltung*)¹²⁸; en ese ámbito se encuentran también los gremios¹²⁹. A su vez, la autolimitación del Derecho público va a

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 242.

¹²⁷ Al respecto, véase J. ESTEVE PARDO, "La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialéctica Estado-sociedad. Perspectiva histórica", en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas-Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, Madrid, 1994, vol. II, págs. 874-875.

¹²⁸ Señala BULLINGER que "el instituto de la autoadministración, llamado a proporcionar a la evolución jurídica alemana una orientación no poco diferente de, por ejemplo, la francesa, fue pensado en un primer momento como medio de vinculación y conciliación entre el Estado y la Sociedad civil, es decir, entre gobierno central y administración burocrática, por una parte, y esfera civil individual y particular, por otra. Sólo con posterioridad habría de convertirse esta comprensión de las corporaciones jurídico-públicas, dotadas de autoadministración, en la idea de una administración indirecta del Estado.", *vid.* M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, IEA, Madrid, 1976, pág. 108. Un reciente estudio sobre el tema y sus perspectivas, puede verse en W. KLUTH, *Funktionale Selbstverwaltung*, Mohr, Tübinga, 1997.

¹²⁹ Frente a la relación bipolar entre individuo y Estado que ofrece Francia, en Alemania se mantendrá un espacio intermedio ocupado por colectividades, corporaciones, agrupaciones que encontrarán su pleno reconocimiento en la obra de Otto v. GIERKE, *Das Deutsche*

permitir una autonomía social que se manifestará mediante el Derecho privado, acentuando y garantizando la libertad contractual, la igualdad entre las partes y la responsabilidad por actos propios.

La ausencia de revolución política en Alemania explica en gran parte la existencia de esa nítida separación entre Estado y sociedad. Es más, la frustración de 1848 fuerza el establecimiento del Estado de Derecho y la búsqueda por parte de la burguesía de un marco propio de libertad -el económico-¹³⁰. Ello es muestra significativa de una reacción a la política de un modelo todavía absolutista incapaz a la larga de posibilitar un auténtico desarrollo industrial. De este modo, se llega a un pacto implícito, la sociedad renuncia a un cambio político radical y el monarca, con la nobleza, mantiene el poder a cambio de permitir a la burguesía esa libertad e igualdad total en la contratación y en la asunción de los riesgos económicos¹³¹. En otras palabras, se reconoce de esta manera una primera forma de autorregulación social. Sin embargo, este recobrado papel de la sociedad no debe llevar a pensar en una vuelta al pasado, a la sociedad civil medieval. Hay un nuevo elemento: el Estado a quien corresponde, con carácter

Genossenschaftsrechts –El derecho de las corporaciones alemanas- (Berlín, 1868). Según el jurista alemán, bajo el concepto de corporación o comunidad se entienden, entre otras, el matrimonio y la familia; la casa y la explotación agraria; la comarca y la ciudad. La corporación surge de manera espontánea y, en todo caso, independiente de toda intervención del Estado, ya que el reconocimiento estatal no tiene valor constitutivo. El reconocimiento de “derechos” a favor de entes corporativos como son los municipios permitiera la posterior configuración técnica de la garantía institucional sobre aquéllos durante la Constitución de Weimar, la cual Gierke no creará ajustada al espíritu alemán. Sobre este proceso en relación a los entes locales, véase J. ESTEVE PARDO, *Organización supramunicipal...*, *op. cit.*, pág. 140 y ss.

¹³⁰ Vid. D. GRIMM, “Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechtsgesetzgebung”, en *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (H. COING, ed.), III/1, Beck, Munich, 1982, pág. 20.

¹³¹ Ilustrativo es el caso del ferrocarril, donde el Estado prusiano transfirió su construcción al “empresario libre”. La razón de esta opción, diferente por ejemplo a la dirección estatal de las extracciones mineras, radica, como señala HATTENHAUER, en que el Estado hubiese tenido que solicitar un empréstito que necesitaba de la aprobación de los estamentos. Como señala este autor, “el temor ante la convocatoria de los estamentos, el temor a una vinculación constitucional del poder del Monarca y de su Administración condujeron a la solución jurídico-privada del problema de los ferrocarriles. La sociedad representada por los empresarios libres, fue separada del Estado. El Estado limitó voluntariamente sus derechos de inspección en la construcción de ferrocarriles y en las sociedades que llevaban a cabo ésta para no ser él mismo sometido a control social”, *op. cit.* pág. 177.

exclusivo, asegurar la protección de la libertad y propiedad privada. La sociedad burguesa del XIX, a diferencia de su antecesora medieval, no reviste un carácter ocasionalmente militar, sino que se dedica de manera exclusiva a una actividad económica sin duda más compleja que en el pasado. En suma, se trata, como apunta BÖCKENFÖRDE, de una “*societas civilis sine imperio*” frente a la “*societas civilis cum imperio*” existente en el período medieval¹³². La realidad del Estado hará que la vida social descansa sobre los principios de dos ordenamientos, los propios de aquél y los de la sociedad. Dos realidades diferenciadas de modo claro y cuya nítida separación será filosóficamente levantada por HEGEL, y sociológica así como políticamente argumentada por v. STEIN y v. GNEIST, respectivamente¹³³.

¿Cuál es la situación de los gremios ante este nuevo escenario? Pese a su pervivencia, lógica en cuanto se mantiene en muy buena medida la estructura estamental, las reformas de Stein y Hardenberg también van a afectar a las corporaciones gremiales. La desconfianza hacia los *Zünfte* es similar a la existente en otros países europeos, si a ello añadimos la creciente conciencia que tiene el Estado respecto a que el bienestar económico sólo puede lograrse mediante la libertad económica, tenemos entonces las razones suficientes que explican el conjunto de disposiciones que, en diferentes actividades, eliminan la obligatoria adscripción gremial¹³⁴. La mayor parte de esas disposiciones se

¹³² E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, en *Recht, Staat, Freiheit (Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte)*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1991, pág. 212. La distinción entre *societas civilis cum imperio* y *societas civilis sine imperio* es de Ludwig v. Schlözer.

¹³³ Véase E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt (Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus)*, Duncker&Humblot, Berlín, 2ª ed., 1981, pág. 132 y ss.

¹³⁴ Especialmente ese conjunto de disposiciones aplicables sólo en las provincias del este son promulgadas entre 1806 y 1808. El 17 de abril de 1806 una Orden de Gabinete (*Kabinettsorder*) levantó la obligatoriedad gremial para los picapedreros, un Decreto (*Verordnung*) de 4 de mayo del mismo año, la elimina para los talleres de tejidos de lino y lana, un Edicto, de 29 de marzo de 1808, respecto a los molineros, y un Decreto, de 24 de octubre de 1808, levanta también el monopolio de venta por parte de panaderos, carniceros y buhoneros. Vid. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Lehrmittel, Offenburg, 1948, pág. 491. Sin embargo, los mineros,

promulgan en el marco de la Europa napoleónica, tras su desaparición asistimos a un momentáneo de restauración gremial que limita el desarrollo industrial¹³⁵. Sin embargo, el proceso de desaparición de la “cultura industrial gremial” es imparable y culmina en el año 1869 cuando la Ordenanza industrial, de 21 de junio, sanciona la definitiva abolición de los privilegios gremiales, así como la eliminación de cualquier tipo de traba y, muy especialmente, la desvinculación de la adquisición del derecho de ciudadanía para el ejercicio de la libertad de establecimiento¹³⁶. Además, la recién creada Confederación de Alemania del Norte va a suponer la conversión de los gremios en meras asociaciones. A partir de ese momento, el gremio pierde su carácter coercitivo y “gana” el de la voluntariedad. Sin embargo, tras un lapso de tiempo, las asociaciones profesionales se convierten en corporaciones públicas, en virtud de la Ordenanza de 26 de julio de 1897¹³⁷. En definitiva, puede decirse que a diferencia de otros países, en el caso alemán las corporaciones gremiales van a pervivir en gran parte debido a la tentación romántica de conservarlos a modo de viejos odres en los que contener el nuevo mosto que significan las exigencias económicas y sociales del capitalismo industrial¹³⁸.

cuya actividad está sujeta a una muy estrecha supervisión estatal, constituyen hasta 1865 una corporación gremial con un estatuto jurídico-público. Vid. H. HATTENHAUER, *op. cit.*, pág. 174.

¹³⁵ Vid. F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert (Erfahrungswissenschaften und Technik)*, vol. 3, págs. 421-422.

¹³⁶ El Código Industrial de 1869 establecía en su artículo 12 que: “La explotación de una industria está permitida a todos, en tanto que por esa Ley no estén preceptuadas o admitidas excepciones o limitaciones”. Vid. H. HATTENHAUER, *op. cit.*, pág. 183.

¹³⁷ Sobre la evolución del “inagotable espíritu germánico de asociación” señalado por Gierke y la conversión de esas corporaciones en lo que en Alemania se conoce como Administración mediata, vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, págs. 598 y ss.

3.3 La influencia europea en España

3.3.1 La cuestión gremial en la España de la Ilustración

En el caso español, la inexistencia de una ruptura política de corte revolucionario y la falta de una voluntad política decidida provocarán una lenta liquidación del sistema de comercio interior procedente del Antiguo Régimen¹³⁹. Tal situación hará que los gremios languidezcan durante más de medio siglo para acabar extinguiéndose por pura inanición al declinar la primera mitad del siglo XIX. Como señala MOLAS, los gremios españoles no perecieron víctimas del odio y de la incompreensión de unos cuantos economistas teóricos, sino por su propia evolución natural¹⁴⁰. Los constantes trasiegos políticos y el caos en que se halla inmerso nuestro país durante el período que va desde la invasión napoleónica hasta la muerte de Fernando VII dibujan un confuso escenario para la agonía gremial¹⁴¹. El mismo ya venía anunciándose desde el último tercio del siglo XVIII¹⁴², en el que pueden encontrarse voces autorizadas que, siguiendo las

¹³⁸ Vid. W. ABELSHAUSER, cit., pág. 112.

¹³⁹ Vid. R. MARTIN MATEO, "De la economía española. La larga marcha hacia la liberalización", en *Libro Homenaje al Profesor José L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 719.

¹⁴⁰ P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 551.

¹⁴¹ Advierte S. MARTIN-RETORTILLO como "(E)n el primer tercio del siglo XIX se vivió en España una situación de auténtico caos en la que, incluso, quebrarían las instituciones precedentes del Antiguo Régimen. El Tesoro está prácticamente en bancarrota. Prácticamente, no hay Estado, sino banderías y grupos. Situación alentada por el comportamiento mismo de Fernando VII", en "Consideraciones sobre los orígenes históricos del Derecho administrativo en España", *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Madrid, 1999, pág. 140.

¹⁴² No cabe, sin embargo, obviar el hecho que ya a finales del siglo XVII existían en los territorios de la Corona de Aragón fuertes presiones contra la afiliación obligatoria a los gremios y aun a favor de su extinción tal como se solicitó en las Cortes de Calatayud de 1687. Vid. J. VICENS VIVES, *Manual de Historia Económica de España*, Barcelona, 1965 -4ª ed.-, pág. 393. Significativa es la constitución 27 aprobada por el archiduque Carlos en las Cortes de Barcelona del año 1706, en la que se disponía que los extranjeros (excluidos los franceses) podían establecerse en el Principado siempre que introdujesen alguna nueva técnica de fabricación de tejidos, sin necesidad de pasar ningún examen de maestría ni satisfacer derechos gremiales, siempre y cuando contasen con aprendices catalanes a quienes enseñasen los nuevos procedimientos. Cfr. V. FERRO, *El Dret públic català. Les Institucions a Catalunya fins el Decret de Nova Planta*, Eumo, Vich, 1987, pág. 157.

corrientes francesas, clamaban por una mayor libertad de industria que debía comportar una correspondiente desaparición de las corporaciones gremiales, pero también las hubo, y no menos autorizadas, que supieron argumentar en su favor.

Durante el último tercio del siglo XVIII la política y legislación “ilustrada” estableció diferentes reformas, de entre ellas la aprobación de numerosas ordenanzas gremiales modificadas¹⁴³, en un proceso que ciertamente se asemejaba al francés pero que no era seguido por mera mimesis de los gobernantes españoles, sino por la semejanza del problema en ambos países¹⁴⁴.

La España del XVIII presenta diferentes actitudes respecto al papel de los gremios, las mismas traen causa directa en la influencia que las tendencias del pensamiento político y económico europeo van a tener sobre los prohombres de la época. Dos son, en síntesis, las corrientes que se perfilan en nuestro país: por un lado, la articulada alrededor de los ilustrados asturcastellanos, de influencia francesa y, en menor grado, inglesa; por otro, la de catalanes y aragoneses¹⁴⁵, sobre quienes tiene un peso importante el modelo prusiano de Federico el Grande. Bernardo Ward, Campomanes, Jovellanos representan a los primeros; el conde de Aranda, Romá y Rossell, y Capmany a los segundos. Todos estos personajes ofrecen notas comunes en el terreno de las ideas, especialmente en

¹⁴³ En esta tarea tenía asignada una función de supervisión la Real Junta de Comercio, Moneda y Minas, organismo que fue reorganizado, en 1830, como cuerpo centralizado que debía entender en la técnica industrial de los gremios. Cfr. P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 138.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 136.

¹⁴⁵ LYNCH describe de manera muy ilustrativa la existencia en la corte de Carlos III de dos facciones -aragoneses y golillas- que, con independencia de lo que defendiesen, representaban visiones contrapuestas respecto al desarrollo institucional del Estado borbónico. El llamado partido aragonés representaba los intereses de una nobleza que veía con no demasiados buenos ojos la presencia extranjera en el gobierno carolino; su máximo exponente sería el conde de Aranda quien pasaría a presidir el Consejo de Castilla tras el conocido motín de Esquilache. Los golillas o manteístas, entre quienes encontramos a Floridablanca y Campomanes, representaban a aquellos graduados universitarios que no habían sido admitidos, por razones de cuna, en los colegios mayores. Vid. J. LYNCH, *La España del siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1999 -2ª ed.-, págs. 261-263.

lo que atañe a prestar singular atención al elemento agrario como fuente de riqueza; no obstante, respecto al tema de la libertad industrial existen diferencias de matiz aunque hay coincidencia en el necesario desarrollo de la actividad industrial¹⁴⁶.

Especialmente es en el caso de los gremios donde esas divergencias se manifiestan quizá de manera más clara¹⁴⁷. Para aragoneses y catalanes, la defensa —o mejor consideración— de los gremios constituye también la de un tejido industrial que debe permitir la consecución de un industrialismo libre al que es extraño la recepción de caudales públicos.

Romá y Rossell, autor de *Las señales de la felicidad de España, y medios de hacerlas eficaces*¹⁴⁸, será el primero que, desde una postura monárquica e ilustrada, realizará uno de los más destacados alegatos en pro de la pervivencia y amparo de los gremios. La *Disertación histórico-político-legal por los Colegios y Gremios de la Ciudad de Barcelona y sus privativas*¹⁴⁹ realizada en 1766 por este jurista catalán que tan bien serviría a la Corona española¹⁵⁰, constituye una

¹⁴⁶ Véase en este sentido, V. LLOMBART, "Convicciones agraristas y actitudes industrialistas. Paradojas de la ilustración (de Adam Smith a Jovellanos)", en *Industrialización en España: Entusiasmos, desencantos y rechazos. Ensayos en homenaje al profesor Fabián Estapé*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 61-83.

¹⁴⁷ No deja de ser interesante destacar como los críticos de los gremios son altos funcionarios y vinculados de manera especial a lo que podríamos llamar la administración central. Por el contrario, los defensores del corporativismo gremial, pese a los diferentes argumentos usados, no dejaban de expresar el sentir del ámbito local. Por esta razón no debe extrañar la coincidencia respecto a que los dos máximos valedores de los gremios fuesen dos ciudadanos de Barcelona, ciudad en la que las corporaciones seguían conservando una singular significación económica, social y política.

¹⁴⁸ "Las señales de la felicidad de España, y medios de hacerlas eficaces, publicadas por el Dr Don Francisco Romà y Rossell, Abogado de Pobres (por S. M.) del Principado de Cataluña, y Académico de la Real Conferencia de Física experimental, y Agricultura de la Ciudad de Barcelona, Madrid, Imprenta de Antonio Muñoz del Valle, 1768", existe edición facsímil de esta edición, Diputación de Barcelona y Alta Fulla, Barcelona, 1999.

¹⁴⁹ La misma puede consultarse en la citada obra de P. MOLAS, págs. 557-577.

¹⁵⁰ Una nota biográfica reciente de Romá y Rossell puede verse en la obra de E. LLUCH, *La Catalunya vençuda del segle XVIII. Foscors i clarors de la Il·lustració*, Ed. 62, Barcelona, 1996, págs. 179-206. Se trata de la versión catalana de la obra posteriormente traducida al castellano y

obra que será frecuentemente recurrida por el sistema gremial hasta la definitiva abolición de sus privilegios. El origen catalán, y más concretamente barcelonés¹⁵¹, de esta defensa, junto a la de Capmany, tiene su justificación en la importancia económica que la estructura gremial conservaba en los territorios que antaño configuraban la Corona de Aragón¹⁵². La *Disertación* es una obra encargada por los mismos gremios tras los tumultos de 1766¹⁵³ durante los cuales aquéllos habían contribuido en muy buena medida al mantenimiento del orden. Como efecto inmediato se logró una reforma legal que derogó la prohibición establecida por Felipe V sobre su representación en el Ayuntamiento¹⁵⁴.

más arriba citada (nota 57). No obstante, respecto a la original, la versión castellana omite el capítulo dedicado a Romá y Rossell y, en cambio, introduce un capítulo dedicado a Sarmiento, Campomanes y Jovellanos.

¹⁵¹ En la barcelonesa Comisión de Colegios y Gremios se encuentra el origen de las exposiciones mejor fundamentadas en favor de la pervivencia de los gremios. No obstante, y es un dato a tener en cuenta, MOLAS destaca cómo “publicistas y dirigentes gremiales siempre tuvieron dificultad en rebatir los conceptos de carácter general que ilustrados y liberales esgrimían contra los gremios. Por esta razón, tanto unos como otros, hacían hincapié en la irreductible y radical singularidad de los gremios barceloneses, que hacía *inaplicables a Barcelona, los principios en que se fundaba la extinción de los Cuerpos Gremiales en pueblos de otros usos y costumbres*. Es curioso que las corporaciones barcelonesas no mantenían hacia sus colegas del Principado y del resto de España el espíritu de solidaridad que predicaban”. P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 187. Señalar, finalmente, como el vigor gremial existente aún en la capital de Cataluña junto a la existencia de una potente Junta de Comercio que reunía a la burguesía comercial explicarían el no establecimiento de una Sociedad Económica en la ciudad. Vid. J. SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pág. 255.

¹⁵² Su tradicional importancia queda manifestada en el hecho de la introducción en Castilla por Fernando el Católico de la estructuración gremial de los oficios según el modelo catalán. Vid. S. SOBREQUES, “La España de los Reyes Católicos”, en J. VICENS VIVES (ed.), *Historia social y económica de España y América*, II, Barcelona, 1974, pág. 403.

¹⁵³ El carácter eminentemente político que la revuelta, conocida como motín de Esquilache, tuvo en Madrid contrasta con el de las otras ciudades –Oviedo, La Coruña, Santander, Bilbao, Barcelona, Cartagena y Cádiz– en que la razón del descontento radicaba en la carestía del pan y la precariedad de la subsistencia. Vid. J. LYNCH, *op. cit.*, págs. 235 y ss.

¹⁵⁴ Tras el desastre de 1714, el cambio constitucional operado bajo el régimen de Nueva Planta supuso, entre otras cosas, la desaparición del “Consell de Cent” y con ella la representación gremial en el poder municipal de la ciudad.

Será, sin embargo, con la publicación de los célebres e influyentes *discursos*¹⁵⁵ de Campomanes cuando el cuestionamiento del gremialismo adoptará una mayor consistencia sobre la base de lo perjudicial que resulta para la libertad en el ejercicio de las artes y el crecimiento de la industria el “funesto espíritu gremial” que definiera Jovellanos. De este modo, y sin solución de continuidad, esta crítica se mantendrá durante medio siglo hasta la definitiva supresión de los privilegios corporativos.

Es especialmente la amplia difusión del primero de los *discursos* de Campomanes –*Discurso sobre el fomento de la industria popular (1774)*–¹⁵⁶, el que provoca la respuesta del Ayuntamiento de la ciudad condal a través de las llamadas *Representaciones (1776)*¹⁵⁷ que examinaban los principios expuestos por Campomanes y su concordancia con la realidad barcelonesa.

En la redacción de las *Representaciones* es indudable la participación de Antonio de Capmany¹⁵⁸, en quien, según LLUCH, se encuentra a uno de los más eruditos y destacados pensadores de la historia económica y cuya obra *Memorias Históricas sobre la Marina, Comercio y Artes de la antigua ciudad de Barcelona (1779)*¹⁵⁹ merece figurar entre una de las contribuciones españolas más sólidas a la centuria del despotismo ilustrado. Sin embargo, Capmany participará de un modo más directo e incisivo en la polémica gremial a través de una obra que firmará bajo seudónimo. Se trata del *Discurso económico-político en defensa del*

¹⁵⁵ Se trata del *Discurso sobre el fomento de la industria popular (1774)*; *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento (1775)*; y *Apéndice a la educación popular*, 4 vols. (1775-1777). Su edición contó con el patrocinio del Consejo de Castilla.

¹⁵⁶ Llegaron a publicarse treinta mil ejemplares que fueron remitidos por el Consejo de Castilla a las Audiencias y Ayuntamientos de toda España, “con el importante objeto de promover la aplicación de los pueblos a las artes y manufacturas”.

¹⁵⁷ *Vid.* E. LLUCH, *op. cit.*, págs. 176-177.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 178 –en nota–.

¹⁵⁹ La tercera parte de las *Memorias* se destina directamente a la defensa de los gremios bajo el epígrafe “De las antiguas artes de Barcelona”.

*trabajo mecánico de los menestrales y de la influencia de sus gremios en las costumbres populares, conservación de las artes y honor de los artesanos (1778)*¹⁶⁰, un auténtico alegato favorable al mantenimiento de los gremios que se resume en tres palabras: “lealtad, honradez e industria”. Lealtad para con el rey, reflejada en el papel de guardianes del orden público que han acabado asumiendo; honradez que les permite velar por la moralidad de la sociedad y el mantenimiento de la tradición; y garantía en el buen hacer de la actividad económica e industrial al controlar la calidad de los productos, evitando “artes y oficios en manos sin experiencia o poco instruidas”. La calidad se convierte de este modo en el argumento principal usado en la *Representación al 1er. Discurso de Campomanes* para evitar la competencia que suponen las manufacturas extranjeras de “poca solidez, aparente bondad y corta duración” hacia las cuales hay una desconfianza fundada en la inaplicación que realizan de las reglas u ordenanzas gremiales¹⁶¹. En esta línea, Capmany considera en su *Discurso* que la existencia de profesionales autorizados por sus corporaciones es el único modo de formar un equipo de técnicos bien preparados, capaz de fomentar la inversión de capitales.

No puede obviarse en esta sucinta referencia una mención a Jovellanos y a su *Informe sobre el libre ejercicio de las artes—1785-*¹⁶². Este escrito es, junto con el *Informe sobre la Ley Agraria —1795-*, el que mayor fama le concedería como economista, especialmente por su denuncia de la “opresión gremial”. De este modo, el político asturiano denuncia las ordenanzas corporativas como atentatorias contra la libertad natural y civil del hombre y considera que las

¹⁶⁰ Obra publicada en Madrid bajo el seudónimo de Ramón Miguel de Palacios aunque posteriormente Capmany confesaría su paternidad en las *Memorias Históricas*. Cfr. P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 181.

¹⁶¹ De este modo se indica “quan nociva puede ser a los patricios y regnicolas la comunicación de unos ingenios más audaces por lo común que industriosos *no imponiéndose reglas ni ordenanzas positivas que los uniformen con las que observan los nacionales en lo respectivo a su gremio*” —cursiva nuestra—. Cfr. E. LLUCH, *op. cit.* pág. 179.

¹⁶² Puede leerse en G. M. JOVELLANOS, *Obras publicadas e inéditas*, BAE, vol. II, Atlas, Madrid, 1952, págs. 33-45.

reglamentaciones técnicas “fijando las máquinas y las operaciones a un método preciso, atan las manos y obstruyen la imaginación de los artistas.”

La decidida voluntad de reformar las estructuras gremiales encontró su reflejo en las Reales Ordenes de 30 de agosto de 1797, y de 4 de marzo de 1798. La primera permitía a cualquier artesano o fabricante extranjero establecerse tras realizar una prueba de aptitud; la de 1798 sustituía los largos años de aprendizaje y oficialía por un rápido examen¹⁶³. No obstante, cabe señalar que los gremios lograron atenuar, cuando no suspender, la aplicación de la legislación ilustrada que sobre ellos se cernía. Con suma habilidad y con una aparente decidida voluntad de reforma lograron, en vísperas de la guerra de la Independencia, una situación de equilibrio que los posteriores acontecimientos iban a alterar definitivamente.

3.3.2 *La extinción de los gremios a partir del reconocimiento a las libertades de comercio y de industria*

Las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz suponen definitivamente el punto de inflexión que marca el rumbo de un proceso ya anunciado en la desarticulación de las estructuras gremiales y el inicio de una libertad económica que también deberá hacer frente a los poderes políticos de carácter local¹⁶⁴. Conforme a lo que disponía el artículo 131 de la Constitución liberal de 19 de marzo de 1812¹⁶⁵, las Cortes marcan un hito al dictar el Decreto de 8 de junio de

¹⁶³ Vid. P. MOLAS, *op. cit.* págs. 155-158. En esta misma obra puede encontrarse una recopilación de la legislación promulgada sobre el tema durante el despotismo ilustrado y hasta el fin del reinado de Fernando VII, págs. 146, 171 y 172.

¹⁶⁴ Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, “Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria”, en *Libro Homenaje al Profesor José L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 697-698.

¹⁶⁵ Este artículo, en su apartado 21, facultaba a las Cortes a “promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan”.

1813 por el que se sanciona el “libre ejercicio de cualquier oficio”¹⁶⁶. Los gremios no son suprimidos explícitamente, sino que son convertidos en asociaciones voluntarias, desmontándose sus prerrogativas al proclamarse que “ninguna persona, corporación o establecimiento tienen privilegios de preferencia en las compras”. En este contexto era lógico pensar en el fin del sistema gremial. Sin embargo, éste aún iba a perdurar tres décadas más. Vencidos los franceses, la vuelta de Fernando VII a España (1814) supuso la desarticulación de lo que no era más que un embrionario Estado liberal y el restablecimiento, hasta 1820, de las condiciones económicas y sociales del Antiguo régimen. De este modo, tras el Decreto de 4 de mayo, que supuso la derogación de la Constitución gaditana, el de 29 de junio de 1815 hizo lo mismo con el Decreto de 1813, restableciéndose la plena vigencia de las ordenanzas gremiales. Como destaca MOLAS¹⁶⁷, durante el reinado de Fernando VII la cuestión gremial adquirió carga política. Los gremios fueron combatidos por los liberales al ser tomados como una parte más de la sociedad estamental del Antiguo Régimen y al considerarlos una restricción al ejercicio de la industria. Por reacción, el gobierno absoluto los defendió y les confirió, en lo posible, la fuerza necesaria para resistir, adoptando para ello una política reformista que, tomando como patrón las propuestas del programa “ilustrado”, procurará que los gremios adopten de buen grado.

Los avatares político-constitucionales vividos durante el reinado de Fernando VII, y que perdurarían a lo largo del siglo XIX¹⁶⁸, produjeron como resultado un constante vaivén en el trato de la cuestión gremial. El referido Decreto de 1813

¹⁶⁶ El artículo primero de este RD establecía: “Todos los españoles y los extranjeros avecindados podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas o que se adopten para la salubridad de los pueblos”; el art. 2 añadía: “También podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas Ordenanzas se derogan en esta parte”.

¹⁶⁷ *Op. cit.* pág. 159.

¹⁶⁸ Una visión general sobre el tema puede verse en las siguientes obras: J. SOLE TURA y E. AJA, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1985 –13ª ed.–, especialmente págs. 7 a 67; J. TOMAS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1987 –6ª ed.–, págs 11-116.

recuperó su vigencia durante el trienio constitucional (Decreto de 16 de mayo de 1820) y volvió a perderla en 1823 tras la entrada de los “Cien mil hijos de San Luis” y la reinstauración del absolutismo por diez años más. Ante este escenario se observa una sucesión constante de dictámenes y propuestas de reforma que, en definitiva, manifiestan un apoyo, incluso laudatorio, al corporativismo gremial en cuanto a su función social, pero también exponen con gran energía un claro rechazo respecto a las trabas que suponen las reglas técnicas sobre la fabricación contenidas en las ordenanzas y los métodos de control de la producción. Sin embargo, la reforma de todas y cada una de las ordenanzas se había demostrado como una “sisífrica” tarea. Por esta razón López Ballesteros, Ministro de Hacienda en la etapa fernandina, se propuso formular unas ordenanzas generales que, sin perjuicio de las oportunas disposiciones accesorias, sirviesen a todas las corporaciones¹⁶⁹. Con la muerte de Fernando VII se da el cierre tardío y definitivo al tema. Sólo tres meses después de sus exequias, el 20 de enero de 1834, se promulga por la regente¹⁷⁰ un Real Decreto que sin prohibir genéricamente los gremios¹⁷¹ establece sobre los mismos limitaciones muy rigurosas. El RD de enero de 1834 significa la abolición de todo fuero privilegiado y la exigencia de nuevas ordenanzas acordes al nuevo marco legal¹⁷². Finalmente, y en lo que se refiere a la libertad de industria, el RD de 2 de

¹⁶⁹ Vid. P. MOLAS, *op. cit.*, pág. 165.

¹⁷⁰ Sobre el conjunto de medidas normativas y administrativas que en materia económica se aprueban durante la regencia de María Cristina, vid. A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 521 y ss.

¹⁷¹ En cambio, sí son prohibidas las “asociaciones gremiales destinadas a monopolizar el trabajo a favor de un determinado número de individuos” (art. 3).

¹⁷² El art. 5 establece que “ninguna ordenanza gremial será aprobada si contiene disposiciones contrarias a la libertad de la fabricación, a la de circulación interior de los géneros y frutos del reino, o a la concurrencia indefinida del trabajo y de los capitales”. Con esto se pretende, según el citado RD, “remover cuantos obstáculos se opusieron hasta ahora al fomento y prosperidad de las distintas industrias: convencida [la regente firmante] de que las reglas contenidas en los estatutos y ordenanzas que dirigen las asociaciones gremiales para protegerlas, han servido tal vez para acelerar su decadencia; y persuadida de la utilidad que pueden prestar al Estado dichas Corporaciones consideradas como reuniones de hombres animados por un interés común para estimular los progresos de las respectivas industrias y auxiliarse recíprocamente en sus necesidades”. En este sentido, la *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

diciembre de 1836 restablece el Decreto de 1813. En cualquier caso, a diferencia del caso francés, los gremios subsistirán, si bien, como destacará COLMEIRO, con el único objeto de “auxiliarse y protegerse mutuamente los asociados, sin poner traba alguna á la libertad del trabajo”¹⁷³.

3.4 Consecuencias de la desaparición de los gremios: descorporativización social y pérdida de capacidad autorreguladora

La desaparición de los gremios significa también la del artesano, el elemento humano cede definitivamente el paso a la máquina. La técnica del técnico sucede a la técnica del artesano¹⁷⁴. La técnica se enseñorea del espacio vital del hombre quien, a su vez, se sirve de aquélla para intentar el dominio absoluto sobre la naturaleza¹⁷⁵. El de los gremios es un ejemplo, otro más, del transcurso de una etapa histórica, del fin, dirá BURKE, de la “edad de la caballería”¹⁷⁶ y la llegada de los ingenieros, los señores de la máquina. Sin embargo, el siglo XIX será también

Real Orden de 20 de julio de 1836 completa el RD de 20 de enero de 1834 “mandando a los Gobernadores civiles no permitan el ejercicio de Ordenanzas gremiales hasta que las Cortes acuerden sobre ello lo que crean conveniente”.

¹⁷³ M. COLMEIRO, *Elementos del derecho político y administrativo de España*, Madrid, 1877, pág. 353. Describía este autor como “en lo antiguo no se fiaban los gobiernos de la perspicacia del interés individual, y así creían necesario organizar la industria en gremios y dirigirla con ordenanzas y reglamentos”, añadiendo: “Las Cortes de Cádiz abolieron este vicioso sistema, declarando que todos los españoles y extranjeros avecindados en España fuesen libres para establecer fábricas o artefactos de cualquiera clase sin permiso ni licencia alguna, y para ejercer su industria conforme a su voluntad, con sujeción á las reglas de policía”.

¹⁷⁴ Como señala ORTEGA Y GASSET al establecer esta distinción, “la técnica deja de ser lo que hasta entonces había sido, manipulación, maniobra, y se convierte *sensu stricto* en fabricación. En la artesanía el utensilio o trebejo es sólo suplemento del hombre. Este, el hombre sus actos *naturales*, sigue siendo el actor principal. En la máquina, en cambio, pasa el instrumento a primer plano y no es él quien ayuda al hombre, sino al revés: el hombre es quien simplemente ayuda y suplementa a la máquina”, *op. cit.*, págs. 81-82.

¹⁷⁵ George Bernard Shaw escribirá: “De la calle de la aldea a la estación de trenes hay un salto de cinco siglos que va desde la apatía embrutecedora de la tiranía de la naturaleza sobre el hombre, hasta el orden y la actividad del dominio organizado del hombre sobre la naturaleza”, cfr. R. N. STROMBERG, *Historia intelectual europea desde 1789*, Debate, Madrid, 1995 -3ª ed.-, pág. 38.

¹⁷⁶ “Pero la era de la caballería ha acabado. La de los sofistas, economistas y calculadores ha sobrevenido y la gloria de Europa se ha extinguido para siempre”, E. BURKE, “Reflexiones sobre la Revolución francesa” (1790), en *Textos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 107.

el que marcará una inflexión en los postulados del siglo de las luces¹⁷⁷. La visión histórica del romanticismo hará que, en cierta medida, se llegue a propugnar la vuelta a una especie de Edad Media sintética que comportará una idealización de los gremios y el intento de rescatar un modelo corporativista de la sociedad¹⁷⁸. Resulta así que el individualismo abstracto de la Ilustración será ya cuestionado en la misma Francia durante los primeros lustros del siglo XIX por parte de los liberales doctrinarios, quienes proclamarán el ideal de una vida arraigada, vinculada por los lazos tradicionales del individuo y de la sociedad. En palabras de uno de los más significados estandartes del liberalismo doctrinario, Royer-Collard, *“une société sans institutions ne peut être que la propriété de son Gouvernement; en vain on lui écrira quelque part des droits; elle ne saura pas les exercer et ne pourra pas les conserver”*¹⁷⁹. La impresión es, en palabras de DIEZ DEL CORRAL, que *“(E)sto es lo que ha ocurrido con la Revolución francesa. La Revolución ha creído fundar la libertad aniquilando privilegios, corporaciones, magistraturas y toda suerte de instituciones, pero lo único que ha conseguido ha sido desplazar la soberanía, haciéndola de casi absoluta que era, absoluta por entero”*¹⁸⁰.

¹⁷⁷ J. R. LLOBERA lo describe de forma muy expresiva: “Mientras que la Ilustración había condenado a los mitos a la hoguera de las ideas supersticiosas, éstos se habían convertido en un objeto de veneración y reverencia para los románticos”, en *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Anagrama, Barcelona, 1996, pág. 232.

¹⁷⁸ Esa visión idealizada del corporativismo gremial será común en toda la Europa de finales del siglo XIX y encontrará su reflejo político tras la primera Gran Guerra. Escribirá, por ejemplo, Joan Maragall en 1893 como esa suspirada vida corporativa encuentra su razón en unas clases conservadoras que “vuelven los ojos al antiguo sistema representativo, se enamoran nuevamente de la vida corporativa de la Edad Media, y se apresuran a bruñir las aureolas de los arrinconados gremios, estamentos, órdenes y brazos, para levantarlos con restaurado prestigio frente a los ideales o vagos o poco levantados de los invasores” –las clases obreras y los que pelean en la vanguardia del pensamiento-. Vid. J. MARAGALL, *Obres completes*, Vol. II (Obra castellana), Ed. Selecta, Barcelona, 1981, pag. 357.

¹⁷⁹ Cfr. L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, CEC, 4ª ed., 1984, pág. 267.

¹⁸⁰ *Ibid.*, págs. 267-268.

La sociedad liberal del XIX tiene en la burguesía a su elemento dirigente¹⁸¹ y en el obrero al sujeto activo de una nueva clase social¹⁸² carente de poder político y que no puede compartir como propias las ideas liberales al serle insuficientes en su alcance. Será el socialismo, en sus muy diferentes corrientes y derivaciones, el que arme ideológicamente a la nueva clase¹⁸³. Frente a la proclamada igualdad formal no es menos cierto que la descomposición de la sociedad feudal da lugar a un universo social en el que la unidad principal de desigualdad es la clase social¹⁸⁴. Causa de esa desigualdad exacerbada entre clases es el freno, incluso prohibición, a todo tipo de corporaciones¹⁸⁵. Así, la disolución del corporativismo gremial va a comportar un vacío en la organización de las relaciones laborales. La ausencia de los gremios se dejará sentir especialmente

¹⁸¹ La edad de oro de esa burguesía abarcará el período comprendido entre 1830 y 1848. Señala TOCQUEVILLE como: "En 1830, el triunfo de la clase media había sido definitivo, y tan completo, que todos los poderes políticos, todos los privilegios, todas las prerrogativas, el gobierno entero se encontraron encerrados y como amontonados en los estrechos límites de aquella burguesía, con la exclusión, de derecho, de todo lo que estaba por debajo de ella, y, de hecho, de todo lo que había estado por encima. Así la burguesía no sólo fue la única dirigente de la sociedad, sino que puede decirse que se convirtió en su arrendataria. Se colocó en todos los cargos, y se acostumbró a vivir casi tanto del Tesoro público como de su propia industria", en *Recuerdos de la Revolución de 1848*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 28-29.

¹⁸² La sociedad que sucede al Antiguo Régimen ya no se estructura en unos estamentos dotados de significación política, sino en clases sociales que responden a un mero concepto económico. Como atinadamente describirá VILLAR PALASI, "los estamentos son órganos del Estado. Las clases son simples clases sociales". *Vid. Administración...*, *op. cit.* pág., 45.

¹⁸³ La unión entre el socialismo y el movimiento obrero aunque cierta, lo es sólo de manera parcial. Lo cierto es que ambos elementos antes de encontrarse tenían cada uno su propia historia. La igualdad preconizada por el socialismo no encuentra su origen en la industrialización, sino en los problemas agrarios de la sociedad rural. Por su parte las primeras reacciones obreras no encuentran su fundamento en el socialismo, como señala R. REMOND, "vuelven su mirada al pasado y piden el restablecimiento de la reglamentación de los siglos XVI y XVII... En Francia, la élite obrera de los oficiales mira también hacia el pasado que le parece, en el tiempo, una edad de oro, en reacción contra el individualismo liberal y la competencia surgida de la Revolución", *Introducción a la historia de nuestro tiempo. El siglo XIX*, Vicens-Vives, Barcelona, 1983 -2ª ed.-, pág. 107.

¹⁸⁴ *Vid. S. GINER y M. PEREZ YRUELA, La sociedad corporativa*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1979, pág. 62.

¹⁸⁵ Como advierte GINER, mientras "las clases dominantes se pertrechaban tras una red institucional monopolizada por ellas (administración de justicia, banca, universidades, cuerpos militares de mando, colegios profesionales), se produce efectivamente una descorporatización en las clases subordinadas (desaparición de gremios hermandades, prohibición de sindicatos", *ibidem*.

en este ámbito al operar una simplificación de las estructuras ocupacionales establecidas. Además, la emergencia de las tendencias individualistas, consagradas en el Código napoleónico¹⁸⁶, significarán en la práctica una ausencia de medidas protectoras para los trabajadores. Sólo a partir del segundo tercio del siglo XIX empieza el Estado a adoptar medidas legislativas de carácter social que se irán incrementando a medida que adquiera mayor importancia el movimiento sindical¹⁸⁷.

En lo que respecta al Derecho público la oposición entre los particulares y el Estado no dejará lugar a otro tipo de relación que no sea la de la subordinación; el individuo está separado del Estado por una cerca infranqueable que sólo el *imperium* del Estado puede cruzar. Toda idea de colaboración es excluida, no se trata de una mera cuestión de orden administrativo, sino, como advertirá Bernard GENY, con una incidencia constitucional y política¹⁸⁸. Admitir la colaboración de los particulares en los servicios de *puissance publique* supone, en el marco de la doctrina liberal, debilitar no sólo a la Administración, sino a la autoridad estatal sobre la cual se fundamenta todo el régimen político; rechazarla, por el contrario, significa evitar la descomposición de la soberanía estatal. Sólo cabe, pues, una relación unidireccional Estado-individuo en la que las prerrogativas y privilegios administrativos permiten, según los casos, exigir la prestación forzosa de servicios o prestaciones por parte de los particulares. Por supuesto, el

¹⁸⁶ Señala MONTROYA MELGAR como "el Código de Napoleón consideraba en su Exposición de Motivos que resulta anómalo que un trabajador contrate por toda su vida, y en su art. 1.780 disponía que el contrato de domésticos y obreros sólo podría concertarse por tiempo cierto para la ejecución de una obra determinada, concepción que pasó a otros Códigos civiles -art. 1583 de Código Civil-", *op. cit.*, pág. 63.

¹⁸⁷ No es posible, sin embargo, entroncar el emergente sindicalismo obrero con el corporativismo gremial de la sociedad del Antiguo Régimen. Sólo en el caso francés aparece durante la Restauración borbónica un incipiente asociacionismo obrero en los sectores artesanales que reviste sólo un carácter mutuo ante la imposibilidad de una revitalización del corporativismo gremial. Cfr. J. RODRIGUEZ LABANDEIRA, "Relaciones laborales, sindicalismo y movimiento obrero", en *Historia universal contemporánea I* (J. Paredes, coord.), Ariel, Barcelona, 1999, pág. 214. Con carácter general, referido al caso inglés, *vid.* S. y B. WEBB, *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990.

¹⁸⁸ B. GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930, pág. 38.

establecimiento de cualquier tipo de corporación es totalmente deshechada. Entre el Estado y el individuo no debe existir ningún tipo de intermediario.

Por otra parte, la caída social de los gremios supondrá también un revulsivo para las ciudades al poder éstas incorporarse sin cortapisas al proceso industrializador, abriendo sus puertas a miles de trabajadores que, pese a las iniciales reticencias de los ciudadanos seculares¹⁸⁹, harán aumentar la población urbana. Tales cambios demográficos plantearán nuevos retos a los municipios.

En cuanto a las reglamentaciones técnicas, la desaparición de los gremios ofrece también un nuevo escenario en este tema y en el del control sobre la calidad de los productos. El desmantelamiento de las estructuras corporativas y el paso a la libertad de industria supone la abrogación de las ordenanzas y de toda la reglamentación administrativa que las acompañaba, así como la supresión de los sistemas de autocontrol. El nuevo momento significa en último extremo dejar el cuidado de las normas y la calidad de los productos a las reglamentaciones de policía y a los tribunales. Y ahí radica precisamente la contradicción en que se halla sumido el Estado liberal del sigloXIX. La supresión de las corporaciones, la prohibición de toda forma de agrupación profesional, hacen del Estado la única instancia de regulación legitimada, en el mismo momento en que los principios liberales imperantes le obligan a guardar una posición absentista. Abstención de las estructuras centrales del Estado que, inicialmente, se traduce en la ausencia de reglamentaciones a escala nacional, pero abstención que, sin embargo, es relativa en los niveles administrativos inferiores. Efectivamente, a nivel local y ante una realidad industrial creciente se ejerce, por parte de las autoridades municipales, una cierta reglamentación que, en buena medida, toma en cuenta los reglamentos ya existentes con anterioridad. Es, sin embargo, un vano intento

¹⁸⁹ Por ejemplo en un panfleto catalán de principios del siglo XIX puede leerse lo siguiente: "los trabajadores en la ciudad hacen subir los precios de las subsistencias. El gobierno debería impedir el crecimiento desmesurado de las ciudades y combatir el espíritu mercantil, que es lo peor y más opuesto al patriotismo". Cfr. J. VERNET GINES, *Historia de la ciencia...*, op. cit., pág. 207. No es menos cierto que lo que subyace en esta apreciación es el temor a una progresiva mecanización que comportase un paro forzoso de los artesanos.

de vuelta a un escenario fragmentado con diferentes reglamentaciones no sólo en la producción, sino también en las condiciones de trabajo. Un escenario que, por supuesto, en nada conviene al intento y deseo de lograr unos mercados nacionales que también deben estarlo en lo que atañe a reglamentaciones y condiciones de trabajo. En este sentido, la desarticulación y ausencia también de organizaciones patronales obliga a buscar en el Estado central el deseado marco de homogeneidad. El Estado es, pues, la única instancia legitimada para establecer el adecuado marco jurídico que, observará ZANOBINI¹⁹⁰, exigen los nuevos sistemas de producción de bienes y servicios. Como advierte Sebastián MARTIN-RETORTILLO, el Estado irá paulatinamente “*decantando potestades y muy variados títulos de intervención en la realización de la actividad económica de los particulares que, en principio se declara libre*”¹⁹¹. Intervención cuyo alcance y puesta en práctica dependerá, como señala el citado autor, de las “*circunstancias coyunturales y políticas en cada momento*”¹⁹². Pero la auténtica ordenación de la nueva realidad económica operará principalmente a través de normas de derecho privado que “*son las que precisamente requiere la progresiva afirmación de los postulados capitalistas*”¹⁹³. Ello supondrá que siendo el Estado ajeno a cualquier ordenación de la actividad económica, es él quien posibilita la institucionalización de un sistema prácticamente inmune a la acción de los poderes públicos que tiene como sujeto preferente a comerciantes e industriales sobre propietarios y sobre cualquier otro tipo de actividad económica, artesanal o agrícola. Se trata de una “mercantilización” del derecho privado, un derecho creado a partir de esa posición preminente de comerciantes, industriales y financieros, y del principio dispositivo de la autonomía privada, que es autónomo del derecho del Estado.

¹⁹⁰ Vid. G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Corporativo*, Milán, 1943, pág. 11 y ss. Como advierte este autor, el paso del orden medieval –basado en una organización de la producción de tipo artesanal– al capitalista –fundamentado en la organización industrial– exigió buscar una nueva ordenación de la producción que se manifestó en diversos actos estatales dirigidos a la disolución del ordenamiento corporativo.

¹⁹¹ Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, op. cit., pág. 129.

¹⁹² Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, “Esbozo histórico...”, cit., pág. 708.

¹⁹³ *Ibid.* pág. 702.

Por lo demás, la libertad de industria permite un nivel de desarrollo tecnológico que el antiguo orden gremial hacía harto difícil. La innovación y aplicación de la técnica parece no conocer límites en el marco de una relación Estado-sociedad en la que el primero asume sólo como propia una función de policía de seguridad, de defensa contra peligros. Ahora bien, paradójicamente, cada progreso técnico que se alcanza acabará implicando a su vez una expansión de la actividad del Estado¹⁹⁴ y un creciente y redoblado intervencionismo del mismo tras el período de reacción absentista que había guiado el liberalismo.

Efectivamente, los daños en que se materializan los riesgos industriales provocan que la Administración tome conciencia de la necesidad de una cierta intervención, cuando menos legislativa¹⁹⁵, tendente a garantizar la seguridad de las personas. Se tratará, en este caso, de una actividad de vigilancia que será ejercida, como veremos, por cuerpos de ingenieros integrados en la Administración. Sin embargo, como también detallaremos en el siguiente capítulo, en lo que respecta al ámbito industrial la sociedad civil empezará a recomponer, a fines del siglo XIX, un sistema organizativo dirigido a prevenir los riesgos que para las personas se derivan de las máquinas. No cabe, claro está, establecer símil alguno entre los gremios artesanales y esas nuevas asociaciones, fundamentalmente de ingenieros, que encuentran su origen en el elemento técnico. En las corporaciones gremiales, el maestro era el titular de los, más bien escasos, elementos productivos y seguía un método de trabajo, fijado

¹⁹⁴ Así lo señala VILLAR PALASI al citar a H. v. Treitschke, añadiendo que “el clamor por una limitación de la función estatal coincide significativamente con una ampliación de estas funciones en la realidad. El Estado pasa de este modo a ser considerado como un amigo y no como un enemigo del súbdito (*Der Staat ist aber nicht der Feind des Buergers*)”, en *Administración y planificación*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 89.

¹⁹⁵ La sociedad industrial comporta unos riesgos que eran inimaginables en épocas pasadas. Como señala HATTENHAUER, “el modelo social que servía de fondo al texto legal vivía de la práctica tradicional de empresas artesanales, sin tomar aún en consideración la incipiente tecnificación ni la producción a gran escala, cuyo desarrollo hubo de recogerse en leyes complementarias, las cuales pretendían en primer lugar la introducción de una responsabilidad por el resultado, con independencia de la culpa, y a largo plazo la socialización del daño mediante el seguro obligatorio.”, en *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 106.

de antemano por la corporación, en el que tomaba parte activa pero que no se sustentaba en otros criterios que no fueran los estrictamente de carácter empírico. Por el contrario, la producción industrial supondrá la división del trabajo y la especialización junto a una mayor traslación de la ciencia a la técnica. Además, a partir del desarrollo de las diferentes fórmulas societarias mercantiles, la propiedad tenderá a tornarse cada vez más lejana del centro fabril y será el ingeniero, el experto, quien adopte el papel activo en lo que se refiere a la fabricación.

CAPITULO II

RAZÓN Y MODELOS DE LA COLABORACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD POR MOTIVOS TÉCNICOS

1. La regulación de la técnica en el marco de la separación entre Estado y sociedad. Los diferentes modelos alumbrados en el siglo XIX

1.1 El marco jurídico, institucional y político de la técnica

1.1.1 *El Derecho administrativo como derecho de la técnica*

Es sabido que el despegue tecnológico del XIX va a constituir uno de los elementos determinantes en el paso de una sociedad agraria a otra de base industrial. Este proceso comportará cambios socioeconómicos que harán del Derecho una clara expresión de ese nuevo momento legitimado, por otra parte, en las instituciones del Estado burgués. Los juristas liberales de la época serán protagonistas de esa transformación en tanto que llegarán a comprender, bien pronto, la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico¹⁹⁶ al proceso de *modernización*¹⁹⁷ que dibuja los contornos de la sociedad industrial¹⁹⁸. En este

¹⁹⁶ Así, señala S. MARTIN-RETORTILLO, es a través de una legislación especial relativa a los distintos sectores industriales como “va estableciéndose un sistema encaminado ya a dar cauce jurídico al desarrollo industrial”, en *Derecho Administrativo económico, op. cit.*, págs. 129-134.

¹⁹⁷ Modernización, según el sociólogo alemán U. BECK, se refiere “a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas”. *Vid.*, del citado autor, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 25.

¹⁹⁸ Por ejemplo, en los países tempranamente industrializados, caso de Alemania, se observa como la necesidad de proteger la naciente industria comportó un nuevo planteamiento de la formulación doctrinal de la teoría de las relaciones de vecindad en el ámbito de las inmisiones. Nuevos tiempos que precisaban de nuevas formulaciones doctrinales que se encontraron en juristas de excepción como, por ejemplo, Rudolf von Ihering. *Vid.* J. EGEA, “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente y*

orden, hay que hacer notar especialmente lo mucho que el Derecho administrativo debe y se liga a ese desarrollo de los saberes y exigencias de naturaleza científico-técnica, aunque sólo sea a partir del hecho-no ciertamente anecdótico- de que el mismo encontrará su primer reflejo en las Escuelas de ingenieros y sólo después en las Facultades de Derecho¹⁹⁹.

Efectivamente, el Derecho administrativo servirá al poder público no sólo a nivel organizativo, mediante la consolidación de un Estado centralizado y jerárquicamente ordenado según el modelo napoleónico, sino que, además, contribuirá -y en ello encuentra su misma razón de ser- a la aparición de señeros institutos que irán amparando, bajo la justificación del progreso tecnológico y la satisfacción de necesidades colectivas, una creciente intervención pública en la esfera de lo privado. La máquina de vapor inicia la Revolución industrial; el Derecho administrativo abre el camino al desarrollo del ferrocarril y el tranvía mediante la expropiación forzosa, o logra mediante la autorización administrativa de las instalaciones industriales no tanto garantizar los derechos de vecindad, sino asegurar una estabilidad a las inversiones llevadas a cabo por los empresarios²⁰⁰. De este modo, como pone de relieve MURSWIEK, bien puede decirse que, en sus inicios, el Derecho administrativo es también el Derecho de la técnica²⁰¹.

Administración Local (J. Esteve Pardo, coord.), Madrid, Civitas, 1996, págs. 76-77.

¹⁹⁹ Vid. J. ESTEVE PARDO, "El común origen del Derecho Administrativo y la ingeniería civil en el XIX", en *La configuración jurídico política del Estado liberal en España -Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)-*, Zaragoza, 1997, págs. 123-124.

²⁰⁰ En este sentido, NOGUEIRA LÓPEZ, citando a NAREDO, destaca como "la presión de las empresas para protegerse frente a la "arbitrariedad de los magistrados" y poder "ejercer su actividad libremente y con seguridad" condujo a la introducción de cambios legislativos a principios del siglo XIX para establecer un régimen de autorización previa de las instalaciones peligrosas, insalubres o incómodas, que las protegería ante futuras protestas de los perjudicados. Las empresas debían cumplir con los mínimos de protección fijados por el Estado y, a cambio, operaban sobre una base de estabilidad protegidas de las denuncias de los ciudadanos". Vid. A. NOGUEIRA LÓPEZ, "Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 1998, págs. 63-64.

²⁰¹ Vid. D. MURSWIEK, "Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht" ("El dominio del desarrollo científico y técnico a

Era lógico, en ese contexto, tratar de encontrar los instrumentos jurídicos que permitieran vehicular esa relación entre Estado y sociedad que tenía su nexo causal en el elemento técnico. Esta asociación va a presentar un tinte diferente según se trate de aplicaciones técnicas destinadas a garantizar una mejora vital en la población, cuyas demandas crecen exponencialmente, comportando la consideración de servicio público²⁰² –caso, por ejemplo, del alumbrado público²⁰³, o bien se atiende a establecer un control sobre las nuevas instalaciones industriales con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas.

Así, en el primer caso, la Administración va a observar, mediante técnicas de intervención, un creciente rol director en la actividad económica privada; respecto a las tareas de control nos encontramos, bajo el título de policía, con una función que compete obligatoriamente al Estado –dejando a un lado el modelo inglés-. Sin embargo, el ejercicio de esa competencia presenta en la Europa continental diferentes matices según países. En el caso francés y español, la inspección industrial es ejercida desde y por la Administración sin posibilidad de un ejercicio privado mediante el instituto de la concesión. La razón estriba en que la inspección implica un desenvolvimiento de la potestad de *imperium* no susceptible de delegación, esto es, no puede ponerse en manos de un administrado²⁰⁴, aunque la inspección administrativa puede ser apoyada secundariamente por la acción particular²⁰⁵. Además, en el Derecho

través del Derecho administrativo”), en *VVDStRL*, Berlín, 1990, núm. 48, pág. 209.

²⁰² El factor técnico, señala GIANNINI, crece en importancia a partir de la segunda mitad del siglo XIX “debido fundamentalmente al imprevisto incremento de la demanda que hacen los consumidores –usuarios de servicios públicos-“. Esto significa, añade el citado autor, que “casi toda actividad humana encuentra una correspondencia en cualquiera de las Administraciones públicas”. Vid. M. S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1987, págs. 66-67.

²⁰³ Este es el caso de Francia y España. No así de Alemania donde el alumbrado público encuentra su justificación en la seguridad pública, esto es en la noción del derecho de Policía. Vid. O. MAYER, *Derecho administrativo alemán II*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 6.

²⁰⁴ En este sentido, véase J.-A. MARTI, voz “Inspección” de *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XII, 1987, pág. 873.

²⁰⁵ Véase D. VILLAR GRANGEL, voz “Inspección”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix,

administrativo francés y español no existe propiamente ningún instituto jurídico que permita el ejercicio privado de una función pública, ya que en su caso las potestades, principalmente de policía, que pueda ejercer el concesionario son realizadas en nombre de la Administración y bajo su vigilancia, no existiendo enajenación ninguna de soberanía²⁰⁶. Por el contrario, en el modelo alemán, como se verá, sí existe un auténtico ejercicio privado sobre la función pública de inspección. En cualquier caso, la complejidad y el coste que supone el control técnico supondrá a la larga que la colaboración privada con la Administración acabe siendo la nota común en todos los países.

1.1.2 La institucionalización de la técnica

a) Administración

La Revolución francesa supone un nuevo estadio en la organización de los saberes científico-técnicos. En el caso francés, cuyo modelo será a la postre el adoptado por nuestro país, la creación de la Escuela Politécnica (1795) a partir de la *Ecole Centrale des Travaux Publics* supone la definitiva consolidación de la figura del ingeniero y, significativamente, la caída de los arquitectos. El nuevo siglo será de los ingenieros, en parte porque, como técnicos, son unos entusiastas del poder, a diferencia de los arquitectos -los "artistas"- de espíritu más crítico. En la construcción, los ingenieros impondrán el admirado modelo inglés, con puentes quizás menos bellos pero más económicos. Nada evitará, en cualquier caso, que una construcción tan propia de ingenieros como resulta ser la torre Eiffel no acabe, pasado un tiempo, por convertirse en un auténtico símbolo²⁰⁷. El hierro junto al cristal son materiales constantemente presentes en

Barcelona, t. XIX, pág. 252.

²⁰⁶ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 73.

²⁰⁷ Esa dicotomía entre arquitectos e ingenieros encuentra también su reflejo en la España industrializada, concretamente en una Cataluña modernista donde la figura de Antoni Gaudí

las exposiciones internacionales que, fiel reflejo del torrencial progreso técnico, dan inicio a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

La máxima de “cálculo y economía” es bien expresiva en cuanto al talante del ingeniero²⁰⁸. No se trata ya sólo de ordenar el territorio, sino de procurar la productividad de las obras públicas, calcular la circulación de mercancías, el tiempo de amortización, la rentabilidad. Todo es objeto de cálculo y por ende determinable, en línea con lo que marcan los cánones positivistas de la época²⁰⁹.

brillará con luz propia. Vid. E. LLUCH, “La arquitectura modernista catalana contra la industrialización”, en *Industrialización en España: Entusiasmos, desencantos y rechazos. Ensayos en homenaje al profesor Fabián Estapé*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 183-203.

²⁰⁸ Así José Eugenio Ribera (1864-1936), ingeniero de caminos y autor de una clásica obra sobre puentes de fábrica, destacaría como los ingenieros españoles del XIX se distinguen “muy especialmente en la construcción de puentes, en los que no persiguieron el lucimiento personal, sino la parquedad en el gasto”, citado por F. SAENZ RIDRUEJO, *Los ingenieros de caminos*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1993, pág. 122.

²⁰⁹ El método científico de Auguste Comte pronto es percibido como una auténtica amenaza autoritaria por el, seguramente, más representativo pensador del liberalismo durante el siglo XIX, John Stuart Mill. Para el autor de *Sobre la libertad*, el proyecto social de Comte era “*el sistema más completo de despotismo espiritual y temporal que ha emanado de un cerebro humano, con excepción, probablemente, de Ignacio de Loyola*”. Cfr. R. N. STROMBERG, *op. cit.*, pág. 163. No deja de ser interesante el destacar como el pensamiento francés prima la organización social sobre consideraciones individualistas. Existen, sin duda, discrepancias ideológicas pero también encontramos un acervo común en el que algo tiene que ver el componente de relación personal. Por ejemplo, sin solución de continuidad durante casi un siglo, observamos como desde Voltaire se transmite personalmente el testigo de maestro a discípulo; aquél a Condorcet, éste a Saint-Simon de quien Comte será secretario y colaborador. Permitásenos llegados a este punto una breve digresión. Decir que el siglo que acabamos de dejar se ha nutrido ideológicamente – liberalismo, socialismo, nacionalismo- de lo sembrado en el siglo XIX no es más que reconocer la efervescencia de un momento histórico que, pese a lo que pueda parecer, no dista en lo sustancial del momento presente. Es cierto que hoy las condiciones de vida de una inmensa parte de la población –especialmente en el hemisferio norte- han alcanzado unos niveles de educación y bienestar inimaginables al alumbrar el siglo XX. Pero no es menos cierto que los grandes pasos de la democracia –a fuer de las enormes tragedias y privaciones vividas fundamentalmente por nuestros padres y abuelos- encuentran su raíz en las ideas del siglo XIX. Los postulados extendidos por la Revolución francesa aunque consolidados en la Europa occidental siguen, sin embargo, resultando aún hoy un punto de partida incluso en algunos países del continente europeo. Por el contrario, los principios que ampararon la otra gran revolución, la del siglo XX, carecen hasta la fecha de ese alcance y unanimidad que ha terminado por ostentar su predecesora francesa. Pero es singularmente la tradición liberal de corte anglosajón el otro gran pilar sobre el que descansa el transcurrir democrático de nuestra sociedad. La tradición “francesa” ha hecho de la razón y la felicidad humana un fin para el cual no ha habido límites a los recursos disponibles, naturales y artificiales, humanos y no humanos; es el caso de un colonialismo llevado adelante más por razones de orgullo que por una rentabilidad económica, o de un permanente intervencionismo estatal en los sectores productivos de la economía. Por el contrario el liberalismo ha sido la piedra angular que ha permitido salvaguardar el derecho a la individualidad.

Es en este marco, cómo en Francia, y en nuestro país, la originaria adscripción del ingeniero al servicio de la Administración y cierta impronta militar, forjarán en él un auténtico sentimiento de cuerpo que, más adelante observaremos, resulta inédito en sus colegas ingleses y alemanes. Como advierte PARADA al destacar los rasgos característicos del modelo continental de función pública, “(S)ociológicamente, el funcionario no es considerado directamente miembro, en general, del Estado, sino básicamente miembro de un grupo en el que se ingresa y en el que se agrupa con otros de la misma formación. El cuerpo actúa a modo de amo, de empresario directo del funcionario; ejercerá una función mediática, cuasi-concesional, entre el Estado y aquél, de forma que ingresando en el cuerpo, sirviendo al cuerpo, sacrificándose por el cuerpo, dignificando al cuerpo, el funcionario ingresa, se sacrifica, sirve y dignifica al Estado”²¹⁰.

El ingeniero, en Francia y España, dará efectivamente muestras cumplidas de ser algo más que un profesional: será un devoto servidor del servicio público. Se considerará el instrumento privilegiado de un progreso global del ser humano y de la sociedad y concurrirá con el jurista en el servicio al Estado. Es en verdad una floreciente época para la burocracia que queda sintetizada en ese apotegma que Balzac, cronista de la Francia orleanista y burguesa, pone en boca de uno de esos servidores públicos: “où finit l'employé commence le fonctionnaire, où finit le fonctionnaire commence l'homme d'État”²¹¹. La conciencia de superioridad de la naciente burocracia burguesa será percibida por TOCQUEVILLE quien señalará que la atalaya en donde el funcionario está instalado le hace ver con

La confluencia y sabia conjunción entre ambos sistemas es, sin duda, la mejor garantía para un progreso armónico de nuestras sociedades.

²¹⁰ Véase R. PARADA, “La degeneración del modelo de función pública”, *RAP*, núm. 150, págs. 422-423.

²¹¹ H. de Balzac, “Les Employés”, en *La Comédie humaine*, París, Gallimard 1977, vol. VII, pág. 1108. Los *employés* eran los descendientes de los *commissaires*, o empleados asalariados, del antiguo régimen, funcionarios de los niveles medios y bajos que cumplían las normas impersonales impuestas desde arriba por los *fonctionnaires*, descendientes a su vez de los *officiers*, los propietarios de los cargos. Tras la Revolución los *fonctionnaires* son quienes ocupan los altos cargos tras su educación en las *grandes écoles*. Vid. M. MANN, *Las fuentes del poder social*, vol. II, Alianza, Madrid, 1997, pág. 603.

desconfianza y perturbación cualquier iniciativa surgida desde la sociedad que pueda guardar relación con lo que considera su propia y exclusiva competencia²¹². El monopolio estatal de la técnica que ejercen los ingenieros-funcionarios, pese a ofrecer unas evidentes e inmediatas ventajas-incluso de regeneración en el caso español-, supone, sin embargo, una clara diferencia con el modelo inglés de ingeniero, de carácter más pragmático y guiado exclusivamente por la máxima del beneficio económico privado²¹³.

b) *Universidad*

El proceso de tránsito político y cultural que se inicia con la Revolución encuentra también su plasmación en una, hasta entonces, languidecente Universidad donde los estudios técnicos acabarían por encontrar su encaje y reconocimiento²¹⁴. Ya en el último tercio del siglo XIX, el resultado de la ecuación Estado-Técnica-Universidad dará como resultado, frente al modelo “espontáneo” seguido por Inglaterra en la primera Revolución industrial²¹⁵, una nueva y total institucionalización del progreso tecnológico que se encarna en el paradigma alemán²¹⁶. Efectivamente, si la primera ola de la industrialización viene

²¹² “Le da miedo -a la Administración- hasta el más insignificante cuerpo independiente que parece querer formarse sin su concurso. La más pequeña asociación libre, sea cual sea su objeto, le importuna, y sólo deja subsistir aquellas compuestas arbitrariamente por ella, y por ella presididas. Incluso las grandes compañías industriales tampoco son de su agrado”. A. de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la revolución*, I, Alianza, Madrid, 1982, págs. 99-100.

²¹³ Señalemos que el ingeniero civil no hace su aparición en Francia hasta la monarquía de julio. Su formación corresponderá a la *Ecole Centrale*; la *Ecole des Ponts et Chaussées* admitirá, a partir de 1851, alumnos ajenos a la Administración. Vid. A. PICON, *op. cit.* pág. 293.

²¹⁴ En Francia, la Revolución precipitó la fundación de la *Ecole Polytechnique*, la abolición de las Universidades moribundas y la creación de una gran Universidad nacional que abarcaba a todas las demás. Según CARDWELL, la conjunción de diferentes factores permitió al país galo contar, en las primeras décadas del siglo XIX, con una comunidad científica y tecnológica “sin parangón en ninguna otra parte y nunca superada” (pág. 207). Vid. D. CARDWELL, *Historia de la tecnología*, Alianza, Madrid, 1996.

²¹⁵ No obstante, en este caso, no hay que dejar de reseñar la importancia que tuvieron los centros de enseñanza escoceses y especialmente la Universidad de Glasgow.

²¹⁶ El origen de la posición rectora que primero en la ciencia y, luego, en la tecnología acabaría ocupando Alemania cabe buscarlo en el diseño de una excelente política educativa

caracterizada casi en exclusiva por el mecanicismo, en la segunda, en cambio, la ciencia va a desempeñar un papel protagonista. Es a partir de entonces cuando ciencia y técnica se expresan ya en un lenguaje común que permite que las cuestiones planteadas en una encuentren respuesta en la otra²¹⁷.

1.1.3 La técnica como elemento geopolítico

Finalmente, no hay que obviar la ya muy estrecha relación que la implantación de las innovaciones tecnológicas guarda con el ámbito militar²¹⁸ y la geopolítica del momento. Significativo en este sentido es el impresionante despliegue del ferrocarril²¹⁹ para el que se tiene en cuenta, entre otras cosas, la finalidad de poder movilizar el mayor número de tropas en el menor tiempo posible²²⁰.

debida, en gran medida, a la figura de Wilhelm von Humboldt. El modelo alemán descansa en una distinción entre la Universidad, encargada de los estudios científicos -principalmente química-, y las *Technische Hochschule* a quienes corresponde la formación estrictamente técnica. En ambos casos existe una muy estrecha relación entre la investigación, la enseñanza y la traslación de los resultados a la industria. Vid. F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XXe. siècle*, París, Éd. Albin Michel, 1997, págs. 40-45.

²¹⁷ Cfr. P. VERLEY, *op. cit.*, pág. 53.

²¹⁸ La importancia de las inversiones militares no es privativa de esta segunda mitad del siglo XX. A finales del XIX ya asistimos a una auténtica carrera de armamento impulsada por complejos bélico-industriales que demuestra cómo el desarrollo tecnológico se ve "dirigido" por la demanda militar. Sobre esta cristalización militarista del Estado a finales del siglo XIX, vid. M. MANN, *Las fuentes del poder social*, *op. cit.*, págs. 645-650.

²¹⁹ En el caso español, por ejemplo, la expansión ferroviaria se manifestará en los más 4500 Km. de vías que se instalan entre 1856 y 1866. Véase, A. GOMEZ MENDOZA: "Transportes y crecimiento económico (1830-1930)", en *La modernización económica de España (1830-1930)* – N. Sánchez Albornoz ed.-, Alianza, Madrid, 1987, pág. 107 y ss.

²²⁰ Como apunta MANN, la misma planificación del ferrocarril en Gran Bretaña se vio influida por las presiones de la marina para asegurarse las comunicaciones de los puertos y los astilleros. En el caso de la Europa continental la experiencia de la guerra franco-prusiana de 1870 supuso que, a partir de entonces, el trazado de nuevas líneas necesitara el permiso y la participación de los ejércitos en Francia, Rusia, Austria y Alemania. La importancia económica y política del ferrocarril es realmente sorprendente. A modo de ejemplo cabe reseñar que hacia 1910 el ferrocarril del Estado de Hesse-Prusia empleaba a 560.000 personas, mientras que la Krupp, la entonces mayor empresa capitalista de Europa, contaba con 64.000 trabajadores. *Ibidem*, págs. 643-644. Condicionantes militares son también, en parte, los que provocan que el ancho de vía español, al igual que el ruso, sea diferente al del resto de Estados europeos.

Es claro que el desarrollo de esas nuevas infraestructuras en el sector de los transportes va a precisar de ingentes masas de capital que, en la mayoría de casos, sólo pueden hallarse en ámbitos privados ávidos de nuevas ganancias. De esta manera, la sociedad no sólo será origen de innovaciones científico-técnicas a las cuales un Estado cada vez más acrisolado prestará pronta atención. También va a tener un importante, sino esencial, papel en la financiación y gestión de unas infraestructuras técnicas que son especialmente alentadas por el Estado, quien con ese decidido fomento de lo tecnológico evita caer en lo que, como destaca HELLER, es la convicción de una decadencia inevitable²²¹.

1.2 La pretensión de un control pleno de la técnica por el Estado: Francia y España

1.2.1 *El preludeo del Estado intervencionista mediante la afirmación de las potestades administrativas en la ordenación de la actividad económica privada*²²²

Aunque la creación y gestión económica de las infraestructuras técnicas (ferrocarril, tranvía, alumbrado público..) será privada porque se considera al Estado como un “mal empresario”, él será quien regulará tales infraestructuras bajo su consideración como servicio público. En otras palabras, la creación de esas grandes infraestructuras constituirá, en palabras de SANTAMARIA PASTOR²²³, la base física de otros tantos servicios.

²²¹ Teoría del Estado, *op. cit.*, pág. 147.

²²² Véase S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico, op. cit.*, págs. 134-143.

²²³ J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Ceura, Madrid, 1999, pág. 298.

El concepto de servicio público, advierte ARIÑO²²⁴, tiene como presupuesto necesario la distinción Estado-sociedad y la separación de sus distintas esferas de actividad. Se trata de ciertas actividades que, surgidas a consecuencia del factor técnico²²⁵, devienen necesidades sociales, de civilización dirá DUGUIT²²⁶, a las cuales el Estado debe dar satisfacción, de manera ya vertiginosa a partir de 1870. Sin embargo, la exclusión a priori de toda acción del Estado en el ámbito económico e industrial²²⁷ reservado a los actores privados impide que sea aquél quien lleve a cabo la prestación directa de esos servicios. La transgresión por el Estado de esa frontera operará mediante la figura del contratista interpuesto²²⁸, de la concesión de servicio público, la cual posibilitará llevar a cabo la gran realización técnica de la época: la construcción de líneas férreas²²⁹. Por su parte, también los municipios lograrán matizar la interdicción de intervención en la economía mediante la fórmula de la concesión demanial²³⁰.

²²⁴ G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 277.

²²⁵ Vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1988, pág. 50.

²²⁶ Para el jurista francés, "de la civilisation on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre de besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par la suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est la civilisation", L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, II, París, 1928, pág. 63. Cit. por E. MALARET, en "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *RAP*, núm. 145, pág. 54.

²²⁷ No obstante, la ampliación progresiva del concepto de utilidad pública hará pasar bajo el control del Estado la explotación de determinadas empresas económicas que constituyen monopolios de hecho. Es el caso de las minas en el que el tradicional sistema regaliano, muy extendido en la América española, dará paso a un sistema demanial en el que prima la finalidad económica. Así, el sistema demanial, en palabras de ORTEGA ALVAREZ, se concibe como un medio para asegurar y fomentar la explotación de las minas, incluso por los particulares a través de la concesión. Es más, la demanialidad cesaba en el momento del otorgamiento de la concesión. Vid. L. ORTEGA ALVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo (L. PAREJO et alii)*, vol II, 4ª ed., Barcelona, 1996, pág. 64; J. L. VILLAR PALASI, "Naturaleza y regulación de la concesión minera", *RAP*, núm. 1.

²²⁸ Vid. G. ARIÑO, *Economía y Estado*, op. cit., págs. 279-281.

²²⁹ Vid. J. M. VILLAR Y ROMERO, "Ferrocarriles", *NEJ Seix*, t. IX, pág. 681 y ss.

²³⁰ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, "El servicio público de gas", en *Problemas actuales de régimen local*, IGO, Sevilla, 1986, pág. 53 y ss.; J. L. VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial (Administración pública y actividad de los particulares)*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 192 y ss.

Prestación material de servicios que, en un primer momento, es realizada por sujetos privados²³¹. De este modo, el Estado pasa a ejercer una certera intervención en la economía y, por ende, en la sociedad. Se trata de un proceso que sigue una lógica propia; el crecimiento de una burocracia, primero militar y después civil, que convierte un Estado en civil, el cual, en un proceso no exento de consenso, amplía progresivamente sus funciones. La consecuencia es que el Estado de fines del siglo XIX ya no será, como recuerda VILLAR PALASI²³², el pretendido enemigo del ciudadano. Por el contrario, la extensión y descentralización de los servicios públicos será un factor claramente favorable a la colaboración entre privados y Administración. En el ámbito jurídico este planteamiento encontrará su más elocuente formulación en la doctrina institucional de HAURIUO²³³, mediante ella se resuelve el antagonismo entre el Estado y el individuo, integrándolos en una representación sintética del orden jurídico en relación a la cual cada uno ocupa su posición.

El papel del Estado en Francia y España durante el desarrollo industrial que se realiza a inicios del segundo tercio del siglo XIX no será, pues, absentista; al contrario, adopta una posición, cuando menos, de gendarme que, a modo de elemento de equilibrio, le hace estar atento a las relaciones entre empresarios y obreros, o entre empresarios y usuarios de los servicios públicos. El Estado se limita a mantener el orden o, en último caso, es el juez que dirime los conflictos entre los intereses individuales.

De igual modo, si bien la propiedad industrial del Estado es, respecto a situaciones futuras, inexistente, no lo es, en cambio, la intervención en la

²³¹ Vid. J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, págs. 49 y ss.

²³² Véase nota 194.

²³³ M. HAURIUO, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", en *La Cité moderne et les transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée*, IV, Librairie Bloud & Gay, París, 1925. Traducción española de J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, en *Obra escogida, op. cit.*, pág. 257 y ss.

industria a través de las concesiones, el establecimiento de garantías financieras, o la fijación de una cierta “tutela técnica”. Todo ello configura un auténtico orden público económico en el que la intervención estatal se funda sobre motivos específicamente regalianos²³⁴.

Cierto es que, en un principio, el Estado no toma las riendas del desarrollo económico porque el ideario liberal imperante se lo impide. Pero las consignas que lanzan los políticos a la burguesía se dirigen a su rápido enriquecimiento. “Enrichissez-vous” dirá Guizot. Pero el burgués francés, al igual que el español, no sabrá prescindir del Estado, “siempre –advierde DIEZ DEL CORRAL- echa de menos al Estado, no sólo como garante de su libertad sino como protector”²³⁵. Al fin y al cabo, los más pingües negocios del XIX se harán en España de la mano del Estado²³⁶.

La teoría del servicio público, mediante la técnica concesional, será la que posibilitará la participación y gestión de los particulares en la prestación de una determinada actividad. Prestación que se convierte en obligatoria por decisión del poder público. Esa relación comporta sus lógicas contrapartidas, el concesionario obtiene un cuasi monopolio²³⁷ en la prestación de un servicio por el que obtiene unos ingresos regulares; el poder público, por su parte, se asegura el

²³⁴ Vid. G. ARIÑO, *Economía y Estado*, op. cit., pág. 300. Como bien sintetiza este autor el proceso de *publicatio*, de conversión de una actividad en servicio público y su consiguiente exclusión de la esfera privada, opera con tres etapas comunes: “1) Regulación de policía progresivamente intensa (...). 2) La utilización especial o privativa del dominio público como título de intervención administrativa en aquellas tareas de servicio público que la exigen (...): toda actuación que necesita de esta utilización especial del dominio será sometida a una intervención también especial, en base a este título demanial. 3) La declaración de la actividad, en cuanto tal, como servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración (necesite o no de la utilización especial del dominio público): el título de intervención no es ya el dominio, sino la reserva de titularidad de la actividad a favor del Estado, que exige la previa concesión”, pág. 288.

²³⁵ Vid. L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, op. cit., pág. 435.

²³⁶ Vid. J. FONTANA, *La fi de l'Antic Règim i la industrialització (1787-1868)*, en *Història de Catalunya* (dir. Pierre Vilar), vol. 5, 5ª ed., Barcelona, 1996, pág. 367.

²³⁷ El monopolio o exclusividad del contratista en la prestación del servicio público sólo se dará cuando los condicionamientos técnicos de la prestación así lo requieran.

establecimiento de aquellas redes que permiten la satisfacción continua y unitaria de un servicio (transporte, comunicaciones, alumbrado...) siempre adaptado al progreso técnico²³⁸ y, además, sin que ello afecte, en principio, al erario público. Así, la teoría del servicio público y la fórmula concesional resultan ser una excelente combinación que permite compatibilizar la dirección estatal de la técnica con la gestión privada. Al fin y al cabo, la concesión de servicio público, lejos de ser un contrato entre iguales, constituye un acto regaliano de organización del servicio público. La concesión es, en palabras de DUGUIT, “*la loi du service*”, afirmando así su realidad regaliana²³⁹ y reglamentaria sobre su apariencia contractual²⁴⁰.

En conclusión, la industrialización comporta un fortalecimiento del Estado a través de una progresiva asunción de diferentes competencias que hasta entonces tenían asignadas los municipios²⁴¹. Ahí el Derecho administrativo se configurará desde esa posición “estatocéntrica” señalada por el Profesor GARCIA

²³⁸ Se trata de la introducción de la llamada “cláusula de progreso de la ciencia” en los contratos entre la Administración y particulares para la prestación, principalmente, del servicio de alumbrado público. *Vid.*, por todos, J. L. MEILAN GIL, *La “cláusula de progreso” en los servicios públicos*, Madrid, IEA, 1968. Esta cláusula, conocida en el caso francés como “*du meilleur éclairage*” será la que posibilitará la sustitución del gas por la electricidad en el alumbrado público. Tal como advierte MEILAN, la cláusula de progreso “es una solución de compromiso en un caso singular de colisión de intereses públicos y privados” (pág. 24). No obstante, tal cláusula podía no constar en el pliego de condiciones de las concesiones. En estos casos el *Conseil d’Etat* (CE 22 de junio de 1900, *Cne de Maromme*; 10 de enero de 1902, *Cie nouv. Du gaz de Deville-les-Rouen*) realizó una interpretación en que valoraba que tal omisión autorizaba al juez a interpretar el silencio de las partes contratantes en el sentido más favorable al interés público. De esta guisa, el *Conseil d’Etat* estableció que si el contrato confería a las compañías gasistas un monopolio en el alumbrado, el mismo contenía una obligación implícita para prestar cualquier tipo de luz siempre que el municipio lo solicitase y tal demanda fuese razonable. En cualquier caso, las compañías de gas tenían un derecho de preferencia para el abastecimiento eléctrico. *Vid.* F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, París, 1995, págs. 284-286.

²³⁹ Véase G. ARIÑO, *Economía y Estado*, *op. cit.*, pág. 300 y ss.

²⁴⁰ L. DUGUIT, “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, *RD publ.*, 1907, pág. 411 y ss.

²⁴¹ En realidad el desapoderamiento municipal opera en dos sentidos: primero, por el referido fortalecimiento del Estado merced al desarrollo industrial; después por la que podríamos denominar “desamortización” de actividades económicas tradicionalmente municipales. Así, en el caso español la Novísima Recopilación señalaba entre las funciones municipales las de comercio de artículos estancados, molinos o serrerías.

DE ENTERRIA²⁴², germinándose un incipiente pero creciente intervencionismo público. Así, ante los efectos del desarrollo industrial²⁴³ y el despliegue de las innovaciones técnicas el Estado encuentra un terreno abonado para su expansión. La *técnica* queda fundamentalmente domiciliada dentro del Estado, siendo su “titular” y llevando a cabo, mediante los ingenierofuncionarios, su regulación y control. Estos se forman por y para la Administración. De este modo, y es un elemento que no debe pasar inadvertido, sus regulaciones técnicas encuentran traslado inmediato como normas jurídicas. El Estado fomenta, por un lado, la iniciativa privada a la vez que la dota de un marco jurídico propicio; controla, por otro, las instalaciones industriales por razones de seguridad amparándose en la noción de Policía.

1.2.2 *El ingeniero funcionario y el ingeniero civil*

La relación que entre técnica y Estado se establece en España se corresponde en muy buena medida con los patrones definidos en el país vecino. Esta razón justifica el tratamiento conjunto que realizamos en el presente apartado.

²⁴² Posición en virtud de la cual el Estado es el único protagonista del Derecho administrativo. *Vid.* E. GARCIA DE ENTERRIA, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *RAP* núm. 17, 1955, pág. 91. Ese es, en el caso español, el ejemplo de la industria del gas; inicialmente bajo la órbita exclusiva de los municipios pero que, progresivamente y ante la falta de un marco jurídico adecuado, acabará siendo regulada por el Estado. Interesante en este tema es la obra de M. ARROYO HUGUET, *La industria del gas en Barcelona (1841-1933). Innovación tecnológica, territorio urbano y conflicto de intereses*, Serbal, Barcelona, 1996. Una reseña nuestra a esta obra puede verse en *RAP*, núm. 148, págs. 477-482.

²⁴³ Así, por ejemplo, la ausencia en España de Ordenanzas municipales, meramente referidas al emplazamiento de las industrias y a la adopción de medidas correctoras, permiten al Estado incrementar su intervención normativa. Es el caso de las Reales Ordenes de 11 de abril de 1860 y 9 de junio de 1861 en las que se establecían unas previsiones de policía urbana por las que se mandaba que “(...) en adelante no podrán establecerse dentro de poblado hornos o fábricas de cal y yeso, ni a menos distancia de 150 metros de toda habitación”.

a) *Francia*

La tradición francesa respecto a la organización de la ciencia y la técnica comportará que los industriales privados tengan que buscar “sus” ingenieros en el Estado. A diferencia de Inglaterra, no existe a inicios del siglo XIX la figura del ingeniero civil y se hace necesario acudir a alguno de los grandes cuerpos estatales que encuentran, como hemos indicado anteriormente, un claro origen en los cuerpos militares de elite. La *École des ponts et chaussées* (1747), la *École des mines* (1783) y la *École polytechnique* (1794) serán los tres grandes centros que formarán esas nuevas elites de marcado carácter burocrático. Cada uno de esos cuerpos intentará ampliar su ámbito de competencia a partir de medidas legislativas. Significativo es el caso de los ingenieros de minas que supervisarán el control sobre las máquinas de vapor desde el año 1810 hasta 1842. En muy buena medida puede decirse que la ausencia de una organización civil de la técnica explica el retraso que sufre Francia durante la primera revolución industrial. Efectivamente, la famosa Escuela politécnica tiene como objetivo la formación de altos cuadros, civiles y militares, para la Administración y no la de técnicos cualificados para las necesidades del sector industrial. Esta situación de distanciamiento con la sociedad²⁴⁴ sólo cambiará a partir del año 1848 cuando se creará la *Société des ingénieurs civils* y se establecerán los primeros centros específicos para la formación de los ingenieros industriales.

b) *España*

En el caso español, el establecimiento y desarrollo de los estudios científico-técnicos sufre entre finales del XVIII e inicios del XIX constantes avatares que frustran, por ejemplo, la consolidación de la Escuela de Caminos y Canales. No

²⁴⁴ Los funcionarios son “citoyens spéciaux” cuyos derechos se ejercen en lo que autorizan decretos y circulares. Esa “especialidad” tiene como nota destacada la de una jerarquía autoritaria que obliga, por ejemplo a los ingenieros de “ponts et chaussées”, a someter a consideración de los superiores la misma elección matrimonial. *Vid.* F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, pág. 139

es hasta el reinado de Isabel II cuando el aumento de escuelas especiales adquiere buen ritmo. Así reaparecen o se fundan sucesivamente las Escuelas de Caminos, Canales y Puertos (1834)²⁴⁵, de Minas (1835)²⁴⁶, de Montes (1846)²⁴⁷, Industriales (1850)²⁴⁸ y Agrónomos (1855). Pese a todo, la atención prestada por el Estado a las disciplinas técnicas es incuestionable y a ella debemos tanto la venida a España de profesores extranjeros como el que estudiantes y técnicos

²⁴⁵ La ingeniería de Caminos, Canales y Puertos surge normativamente con la creación de un cuerpo facultativo para cuidar de la construcción y conservación de las rutas y canales del reino, bajo la denominación de Inspección General de Caminos, por Real Orden de 12 de junio de 1799. Más azarosa será el establecimiento de la correspondiente Escuela. Pese a que la idea de establecer en España una Escuela de Caminos y Canales ya es sugerida por Agustín de Betancourt en 1785, no es hasta el año 1802 cuando la misma abrirá sus puertas hasta mayo de 1808. Nuevamente abierta en 1820, pervivirá durante el trienio constitucionalista para volver a extinguirse con la restauración del absolutismo. La creación del cuerpo de ingenieros de caminos y canales se realiza por la Real Orden de 26 de julio de 1799, su vida transcurrirá también de modo parejo a los vaivenes históricos del primer tercio del siglo XIX. Importante, en cuanto a la vertiente estrictamente técnica es la creación en 1788 del Real Gabinete de Máquinas del que el mismo Betancourt sería su director. *Vid.* A. ROMEU DE ARMAS, *Ciencia y tecnología en la España ilustrada, op. cit.*, esp. págs. 267-270, y 384 y ss. Sobre la evolución de este cuerpo a lo largo del siglo XIX pueden verse las obras de F. SAENZ RIDRUEJO, *Los ingenieros de caminos, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, Madrid, 1993, e *Ingenieros de caminos del siglo XIX*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1990, especialmente págs. 1-16. Interesa esta última obra por el cuidado trazo biográfico que se realiza de una veintena de significadas personalidades cuya nota común era su formación como ingenieros de caminos. Así, entre otros, José Agustín de Larramendi, José Elduayen Gorriti, Gabriel Rodríguez Benedicto, Alberto Bosch, Ildefonso Cerdá, José Echegaray, Práxedes Mateo Sagasta. Todos ellos con una activa y protagonista participación en la vida cultural y política española del XIX. Seguramente en ello cabe encontrar la causa en la expansión de competencias de este Cuerpo en detrimento de otros. A partir de entonces las competencias de dicho Cuerpo irán en aumento; por ejemplo el Real Decreto de ocho de septiembre de 1878, que aprueba el Reglamento de Policía de los Ferrocarriles, establecía que la inspección y vigilancia de los ferrocarriles en su vertiente técnica o facultativa se confiaba en cada línea a uno o más Ingenieros del Cuerpo de Caminos, Canales y Puertos.

²⁴⁶ La ingeniería de Minas aparece en 1775 con el establecimiento de una escuela especial en Almadén, tras el cual se constituye, por Carlos III, el Cuerpo de Ingenieros de Minas por Real Orden de 14 de julio de 1777. Como advierte A. SAMPER, "el cuerpo de Minas, a pesar del entusiasmo con que fue establecido, llevó una vida poco próspera hasta principios del pasado siglo -XIX- en que se comenzó a legislar acerca del mismo". Ya en 1833, la real Orden de 21 de setiembre, constituyó en Cuerpo el de Ingenieros de minas, con el título de Real Cuerpo Facultativo de Minas. Véase, A. SAMPER, voz "Ingenieros de Minas", en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XIX, Seix, Barcelona, 1910, pág. 112.

²⁴⁷ *Vid.* J. ESTEVE PARDO, *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 56.

²⁴⁸ Por Real Decreto de 4 de setiembre de 1850 se crean las Escuelas industriales. Hasta el Real Decreto de 23 de marzo de 1911, los ingenieros industriales no constituyeron Cuerpo; a partir de esa fecha lo forman bajo dependencia del Ministerio de Fomento.

españoles pudieran en calidad de pensionados visitar las principales Escuelas europeas. Sin embargo, no es menos cierto que el interés del Estado se refiere mayormente a las infraestructuras viarias y a la explotación minera. Sólo al doblar el siglo XIX, y coincidiendo con cierta euforia ferroviaria, se materializará la creación de los estudios superiores de ingeniería industrial (Real Decreto de 8 de setiembre de 1850) y se establece su impartición en el Real Instituto Industrial con sede en Madrid. Según GARRABOU²⁴⁹ la decisión no dejó de causar cierto malestar en la Barcelona industriosa de la época que consideraba la enseñanza del Real Instituto como demasiado teórica y alejada de la realidad y necesidades de los centros fabriles. Una Real Orden de 22 de mayo de 1855²⁵⁰ autorizará la creación de escuelas profesionales en Madrid, Sevilla, Vergara, Valencia y Barcelona. Finalmente, el Real Decreto de 10 de agosto de 1860 permite impartir los últimos cursos de la carrera de ingeniero industrial en las ciudades de Barcelona, Sevilla y Valencia. En 1867 el escenario pasa a ser radicalmente distinto, y no por ello mejor, tras la supresión del Real Instituto Industrial sólo existirá un centro para la formación de los ingenieros industriales en la ciudad condal, situación que perdurará hasta 1899 en que se autorizarán las Escuelas

²⁴⁹ R. GARRABOU, *Enginyers industrials, modernització econòmica i burgesia a Catalunya*, Barcelona, L'Avenç, 1982, págs. 25 y ss.

²⁵⁰ En esta misma disposición se regula también el plan de estudios de la carrera y en su Exposición de motivos se establece que "Los títulos creados por este decreto no confieren derechos exclusivos para el ejercicio de la profesión industrial; pero demuestran de tal modo la idoneidad y aptitud de los Ingenieros Industriales, mecánicos o químicos, que según su clase especial los empleará el gobierno, en igualdad de circunstancias, en las líneas telegráficas, en la inspección de las estaciones y máquinas y aparatos de los caminos de hierro, en el reconocimiento de los depósitos, en el examen de los establecimientos insalubres, en el de los procedimientos de las casas de moneda, en el de las fundiciones del Estado, en la inspección química establecida en las Aduanas, y finalmente en todas aquellas operaciones periciales que requieran el conocimiento de la teoría y la práctica de la química y la mecánica aplicadas a las artes industriales, a los talleres, a las fábricas, a los aparatos y máquinas de todas clases, y al análisis de materias medicinales u otras que la Administración deba inspeccionar por razón de sanidad pública" cfr. R. GARRABOU, *op. cit.*, págs. 96-97. La cita es larga pero permite comprobar la existencia de una inspección estatal sobre el elemento industrial que, teóricamente, abría amplias expectativas a los futuros ingenieros industriales. Sin embargo, las funciones de inspección permanecerán por largo tiempo en manos de los cuerpos escalonados –especialmente los ingenieros de minas- presentes en la Administración. Vid. A. NIETO, "La retribución de los funcionarios en España", en *Revista de Occidente*, 1967.

superiores de Bilbao y Madrid. En el ínterin, Barcelona y otras ciudades catalanas habrán ya forjado la bien merecida fama de ser la máquina de España.

Brevemente diremos que, salvando las notables diferencias que separan la industrialización española de la inglesa, francesa o alemana, existe también en nuestro país un activismo, principalmente desde Cataluña, de la ingeniería civil, es decir de los ingenieros industriales²⁵¹. Estos, al igual que sus colegas alemanes, tratarán de influir en la Administración con desigual éxito, intentando lograr una legislación industrial que les asegure una posición rectora. De igual modo, ante unas menos frecuentes pero existentes explosiones de las calderas de vapor, manifestarán un temprano interés por la seguridad de las instalaciones industriales y la prevención de los accidentes laborales que les hará reclamar el establecimiento de rigurosas inspecciones. Sin embargo, a diferencia de Alemania, los industriales españoles renuncian casi por completo a sistemas de autocontrol o autoinspección²⁵², hecho que comportará el establecimiento de una inspección oficial²⁵³. No obstante, la ejecución de esta actividad no va a

²⁵¹ Vid. R. GARRABOU, *op. cit.*, págs. 288 y ss.

²⁵² Existen excepciones, tal es el caso de la primera ley del trabajo, la Ley de 26 de julio de 1873, sobre trabajos peligrosos de los niños, conocida por Ley Benot. El artículo 8 de esta disposición legal establecía que "Jurados mistos de obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos, bajo la presidencia del juez municipal, cuidarán de la observancia de esta ley y de su reglamento, en la forma que en él se determine, sin perjuicio de la inspección que a las autoridades y Ministerio Fiscal compete en nombre del Estado". Este ejemplo permite afirmar a RIVERO ORTEGA que "ni como consecuencia del incremento del poder estatal ni con el triunfo de las doctrinas liberales" desaparecen las fórmulas de autocontrol que antaño ofrecía la colaboración entre el poder municipal y el poder gremial. Vid. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 158-159.

En el ámbito estrictamente técnico encontramos una llamada al autocontrol industrial en el Real Decreto de 21 de noviembre de 1929, que aprueba el Reglamento para el reconocimiento y prueba de los aparatos y recipientes que contienen fluidos a presión, cuyo artículo 32 establecía que "(...) independientemente de los reconocimientos oficiales, se recomienda a los usuarios de generadores de vapor que, además del examen corriente que suele hacerse después de las limpiezas hagan reconocer, anualmente, por lo menos, sus calderas por personal competente y con carácter particular para juzgar si siguen presentando en todos sus puntos la resistencia necesaria, y que los aparatos de seguridad y demás satisfacen las condiciones expuestas".

²⁵³ En este sentido, las Ordenanzas Municipales de la Villa de Madrid del año 1892 establecían en su artículo 324 que, con carácter previo a su utilización, las máquinas de vapor debían someterse a una prueba "en presencia de un jefe facultativo municipal y bajo su dirección", añadiendo el artículo 343 que "(...) la autoridad local cuidará por su parte de que se

corresponder en sus inicios a los ingenieros industriales²⁵⁴. Sólo de manera más bien escasa recurrirá el Estado a estos ingenieros y cuando lo haga será con el fin de complementar la labor de los ya existentes Cuerpos de Ingenieros—de Caminos y Minas- fuertemente enquistados en la Administración. Las funciones que desde el ámbito estatal se asignan a los ingenieros industriales resultan ser de carácter accesorio y cuando son importantes—p. ej. el control en la correcta aplicación de la Ley de Pesas y Medidas, de 1849, mediante la aprobación y vigilancia de los instrumentos y accesorios para la medición y contraste²⁵⁵- resultan ser de poca enjundia económica. En definitiva, a diferencia de otras disciplinas ingenieriles, los industriales, a falta de su organización como cuerpo funcional, son los grandes ausentes en la Administración española del último cuarto del siglo XIX. Ahora bien, desde esa misma Administración se asigna a los ingenieros industriales otras actividades propias del ámbito estatal que, sin embargo, no realizan en calidad de funcionarios sino de empleados. Este es el caso de la verificación de los contadores de gas, tarea para la que se requiere un nombramiento Real y que recaerá, en primera instancia, en un ingeniero industrial²⁵⁶. Se trata aquí, pues, de una habilitación para el ejercicio de una

cumplan las condiciones impuestas al conceder la licencia —para la instalación de las máquinas de vapor- y vigilará por sí ó por medio de sus delegados el buen régimen y conservación de las calderas girándose las visitas que considere necesarias (...)”, de tal modo que “(E)l alcalde, previo informe facultativo y después de haber oído al interesado, podrá disponer el cese de funcionar una caldera cuando se falte á las prescripciones reglamentarias (...)”.

²⁵⁴ Al respecto pueden verse las documentadas páginas que a este tema dedica M. IZQUIERDO CARRASCO en su obra *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 437-442.

²⁵⁵ Esta Ley debía ser obligatoria el primero de enero de 1860. Sin embargo, señala COLMEIRO, como “a pesar de los grandes beneficios que la industria y el comercio habían de reportar de esta reforma, la viva resistencia que los hábitos y costumbres de la generación actual opusieron á la introducción del nuevo sistema de pesos y medidas, forzaron al gobierno á prorrogar el plazo hasta el 1º de Enero de 1869”. Nuevamente aplazada su entrada en vigor, el Decreto de 24 de marzo de 1871 dispuso su aplicación definitiva. *Vid. Elementos...*, *op. cit.* págs. 362-363.

²⁵⁶ El Real Decreto de 28 de marzo de 1860 establecía que: “El cargo de Verificador será de Real nombramiento a propuesta del gobernador de la provincia y recaerá en un Ingeniero industrial; a falta suya en un Profesor público de ciencias físico-matemáticas o químicas o licenciado en las mismas y en su defecto en un perito, previa justificación de su aptitud con los certificados correspondientes”. *Vid. R. GARRABOU, op. cit.*, pág. 98; J. GARCIA, J. CRESPO y P.

función pública que el Verificador realiza a expensas del propietario del aparato. Por tanto, el desempeño de tal tarea no comportaba ni un sueldo fijo ni el estatuto de funcionario.

Pese a la falta, incluso contradicción, de sistemática normativa, al iniciar el siglo XX se perfila una organización administrativa en la que los ingenieros industriales ostentan ya una posición destacada en diferentes órganos administrativos y han asumido prácticamente en exclusiva algunas funciones, principalmente en lo que atañe a la industria eléctrica. Tal situación encuentra su reconocimiento oficial mediante un Real Decreto de 23 de marzo de 1911 por el que, tras más de medio siglo, se constituye el Cuerpo Nacional de Ingenieros Industriales, al que se encomienda *“la misión de intervenir en todos los asuntos, que no siendo de la competencia de otros Cuerpos Facultativos ya existentes, tuvieran relación con la función del Estado cerca de las industrias de la Nación”*²⁵⁷.

1.3 El carácter civil de la técnica: Inglaterra

Como se ha visto anteriormente, en lo que se refiere a cuestiones científico-técnicas, Inglaterra presenta una iniciativa social inusitada en el resto de Europa. La libre iniciativa empresarial e inventiva de los talleres artesanos rurales, la previa revolución agrícola, la acumulación de capital y cierta movilidad social explican, en parte, las razones por las que se produjo inicialmente sólo allí la revolución industrial²⁵⁸. Un fenómeno situado entre 1760 y 1780, y que, por lo

VOLTES, “Antecedentes de la constitución de los Cuerpos de Ingenieros Industriales”, en *Cincuenta años de actuación de los Cuerpos de Ingenieros Industriales 1931-1981*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1982, pág. 22.

²⁵⁷ En las siguientes décadas el deslinde de competencias entre este Cuerpo y otros, especialmente el de Ingenieros de Minas, se demuestra harto dificultoso. Al respecto véase M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad...*, op. cit., pág. 439 en nota.

²⁵⁸ Vid. D. S. LANDES, op. cit., págs. 56 y ss.; especialmente sugestiva es la obra de M. BERG, *La era de las manufacturas 1700-1820. Una nueva historia de la revolución industrial británica*, Crítica, Barcelona, 1985. En la misma se realiza una revisión en torno a los orígenes de la revolución en la que se resalta el protagonismo de los talleres artesanales sobre la máquina de vapor y el sistema fabril.

demás, se produce al margen de una idea preconcebida por parte del poder estatal, a diferencia de la Europa continental, donde los Estados fuerzan a través de las manufacturas reales una industrialización que raramente logra consolidarse y, lo que es más importante, generar beneficios. Si en Francia o España quienes se interesan por las máquinas son ingenieros militares y, por tanto, de formación académica, en el caso inglés nos encontramos con unos ingenieros que con frecuencia empiezan su carrera, según BERNAL, “*como simples artesanos, hábiles y ambiciosos pero con frecuencia iletrados o autodidactas*”²⁵⁹. Sin embargo, no por ello deja de existir una íntima ligazón entre el ámbito práctico y el académico, que encuentran su foro en las sociedades científicas locales²⁶⁰. Por otro lado, no deja de llamar la atención el elevado número de disidentes que hallamos entre los innovadores ingleses²⁶¹ en lo que parece una confirmación de las tesis weberianas sobre la “*ética protestante*”²⁶², aunque esa inventiva también coincidió con la clara superioridad educativa de que gozaban sus centros de enseñanza, en especial la Universidad de Glasgow.

Al ser Inglaterra el país originario de la máquina de vapor, era lógico que fuera allí donde se produjeran las primeras explosiones y causaran los primeros daños sobre las personas. Durante ese proceso de industrialización, al que será ajeno el Estado²⁶³, la primera respuesta surgirá de los propios industriales afectados,

²⁵⁹ Vid. J. D. BERNAL, *Historia social de la ciencia*, I, Península, Barcelona, 1979, pág. 455.

²⁶⁰ Véase el apartado 1.2.1 (La organización estatal de la técnica en el Estado absoluto: las academias de ciencias y los primeros cuerpos de ingenieros).

²⁶¹ Thomas Newcomen, el primer montador de una máquina de vapor, era baptista; Abraham Darby (metalurgia), cuáquero; el célebre James Watt era escocés presbiteriano al igual que Joseph Black, profesor junto a Adam Smith, del “Glasgow College”. Vid. D. CARDWELL, *op. cit.*, págs. 118, 128-132, 162-173.

²⁶² Nos referimos a la obra clásica de M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (Península, Barcelona, 1998), especialmente el capítulo que lleva por título “La relación entre la ascesis y el espíritu capitalista” (págs. 209-262).

²⁶³ El papel del Estado se limita, en muy buena medida, a mantener el secreto tecnológico y a evitar el espionaje industrial. En este sentido, una ley de 1719, en vigor hasta 1825, prohibía la emigración de artesanos y obreros. Por su parte la exportación de máquinas estuvo prohibida hasta el año 1843.

quienes con el concurso de los primeros ingenieros –civiles y de formación empírica- llevarán a cabo una actividad de control tendente a reducir los riesgos de explosión de las cada vez más potentes calderas a presión²⁶⁴. Son pues, ante la falta de regulación legal²⁶⁵, los poseedores de las máquinas de vapor quienes deciden asociarse y buscar la colaboración de ingenieros residenciados en niveles privados, por ejemplo en el seno de las compañías de seguros²⁶⁶, y, por tanto, en un nivel extraestatal²⁶⁷. Ahora bien, los ingenieros civiles en su calidad de suministradores de conocimientos buscan también el amparo del Estado, el cual logran mediante la obtención de licencias²⁶⁸ como cuerpo de especialistas competentes. En este sentido, desde el año 1818, los ingenieros civiles, al igual que otros cuerpos profesionales (arquitectos, contables, ingenieros de gas, etc.), dispusieron de controles de acceso negociados con las instituciones educativas estatales. Ello, a su vez, permitía asegurar la fijación consensuada de reglas técnicas ante el constante progreso científico-técnico.

²⁶⁴ Sólo en Gran Bretaña acontecen entre los años 1800 y 1839 no menos de 69 explosiones de calderas a vapor que en conjunto provocaron 160 víctimas. Vid. W. E. HOFFMANN, *Unabhängig und neutral -die TÜV un ihr Verband VdTÜV*, Wiesbaden, 1986, pág. 14. Entre nosotros y sobre este extremo vid. A. OJEDA MARIN, "Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico", en *Estudios homenaje al profesor J. A. García-Trevijano Fos*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 611-613.

²⁶⁵ La *Boiler Explosions Act* no se promulga hasta 1882.

²⁶⁶ Cuatro sociedades, fundadas en la década que va de 1854 a 1864, inspeccionan y aseguran hacia 1869 unas 17.850 calderas de vapor. De entre todas destaca la "Boiler Insurance and Steam Power Company" con un total de 12.000. Cfr. HOFFMANN, *ibidem*. Véase también la interesante obra de G.-S. SONNENBERG, *Hundert Jahre Sicherheit. Beiträge zur technischen und administrativen Entwicklung des Dampfkesselwesens in Deutschland 1810 bis 1910*, VDI-Verlag, Düsseldorf, 1968, págs.83-86.

²⁶⁷ El origen y desarrollo de los ingenieros en Inglaterra se aleja claramente de los parámetros galos. Les es ajeno el componente militar. El ingeniero inglés se constituye fuera del servicio a la Administración y carece de una enseñanza científico-técnica de carácter formal; por contra tiene una formación más empírica que le hace ser más sensible a los criterios de rentabilidad capitalistas. La *Society of Civil Engineers*, la primera asociación de ingenieros, data de 1771. En 1793 tras la muerte de John Smeaton, el primer "ingeniero civil", se convirtió en la *Smeatonian Society*. Finalmente, en 1818 y con el concurso de otras sociedades, por ejemplo la *Lunar Society* de Birmingham, se dio paso a la *Institution of Civil Engineers*. Vid. L. U. SCHOLL, "Der Ingenieur in Ausbildung, Beruf und Gesellschaft 1856 bis 1881", en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft* (K. H. Ludwig Hrsg.), Düsseldorf, 1981, pág. 6.

²⁶⁸ Las licencias no dejan de constituir una importante fuente de ingresos para el Estado liberal.

En definitiva, el caso inglés, como el germano, ofrece un incipiente modelo privado de autorregulación y autocontrol al que en sus inicios, curiosamente, no es ajeno el elemento artesanal proveniente de los gremios ya disueltos.

La libertad y descorporativización que se dan en Inglaterra durante el siglo XVIII contrastan con la situación vivida en el continente, donde la naciente industrialización es fomentada de forma enérgica—existe una clara percepción sobre la ventajosa posición inicial que se ostenta al otro lado del Canal-, incluso importando máquinas y técnicos ingleses, por parte de unos Estados inmersos en un proceso de centralización y eliminación de las individualidades feudales. Por el contrario, en Inglaterra la situación es opuesta: el sistema del *self-government*²⁶⁹, la fuerte descentralización local²⁷⁰, explica también la diferencia junto a la inexistencia de un modelo absolutista, que en la isla se había abolido un siglo antes sobre los principios de dos leyes parlamentarias: *Habeas Corpus Act* (1679) y *Declaration of Rights* (1689). No hay que olvidar que esa realidad es fruto de una Revolución que, anterior en un siglo a la francesa, atribuye el poder no a la burguesía, sino a la nobleza terrateniente. La diferencia no es sólo cronológica sino también social. Mientras en Inglaterra la riqueza inmobiliaria y buena parte de los cargos públicos van a seguir en manos del rey y nobiliarias, en Francia la burguesía acabará compartiendo con los nobles la propiedad del suelo. Ese desvío posible y anhelado de la riqueza, impracticable en Inglaterra, convertirá al burgués francés en menos dinámico y afanoso en la industria.

La intervención del Estado inglés en la actividad industrial será casi inexistente, en especial, en lo que a nosotros interesa, respecto a la definición de estándares técnicos y al establecimiento de sistemas de control. No obstante, el

²⁶⁹ Sobre el concepto de *local self-government*, vid. M. CUCHILLO FOIX, *La reforma del régimen local en Inglaterra y Gales*, IEAL, Madrid, 1987, págs. 37 y ss. En lo que se refiere a la posición de los municipios ante la industrialización véase el referido trabajo de E. GARCIA DE ENTERRIA, "La actividad industrial...", cit., págs. 100-104.

²⁷⁰ Sobre el desarrollo municipal en Inglaterra, véase R. ENTRENA CUESTA, *Los movimientos centralizadores en Inglaterra*, IEAL, Madrid, 1960.

desplazamiento industrial que sufre Gran Bretaña durante el último tercio del siglo XIX por parte de Estados Unidos y Alemania fuerza a un proceso de convergencia que hace perder definitivamente los rasgos singulares –y ya desfasados- del sistema productivo británico. Incluso el papel del Estado cambiará en la propia Inglaterra, donde *The Economist* afirmará ya en 1894 que el Estado había adoptado el carácter de un *universal intervener*²⁷¹, en especial respecto a la prestación directa, mediante entes públicos *ad hoc*²⁷², de algunos servicios públicos objeto de una creciente demanda social²⁷³.

1.4 El modelo intermedio en el control de la técnica. Regulación privada con efectos públicos: Alemania

El tercer modelo, el alemán, presenta, a diferencia del caso inglés, una colaboración entre Estado y sociedad que en sus inicios tendría como instrumento de relación la proyectada por v. Stein *Königliche Technische Deputation für Gewerbe*²⁷⁴. La misma, sin embargo, quedaría como uno más de los proyectos reformistas del ministro prusiano que no llegarían a realizarse de manera plena.

La preocupación por la seguridad de las máquinas de vapor será algo más tardía que en Inglaterra y supone inicialmente un intervencionismo estatal –material y jurídico- que corresponde a los funcionarios técnicos de la Administración (*Bergbeamten* y *Baubeamten*). Por su parte, los ingenieros civiles²⁷⁵ confluyen en

²⁷¹ En 1911 el socialista inglés Sidney Webb (1859-1947) constatará con satisfacción que el Estado al menos “registraba, inspeccionaba y controlaba casi todas las actividades industriales” que él mismo no ejercía. Cit. H. SCHULZE, *Estado y nación...*, *op. cit.*, pág. 230.

²⁷² Vid. R. ENTRENA CUESTA, *Los movimientos centralizadores en Inglaterra*, *op. cit.*, pág. 8.

²⁷³ Una descripción sobre la evolución de la presencia del Estado inglés en los servicios públicos a lo largo del siglo XIX puede verse en, F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 36-43.

²⁷⁴ Vid. G.-S. SONNENBERG, *op. cit.* pág. 125 y ss.

²⁷⁵ Existe, ya desde el año 1856, una asociación de ingenieros alemanes -la *Verein*

asociaciones de inspección -las DÜV (*Dampfkessel-Überwachungs-Verán*)-²⁷⁶ que acabarán adoptando una posición más institucional cuya expresión es la habilitación pública (*Beleihung*) que reciben en el ejercicio de su actividad²⁷⁷.

Como es sabido, la industrialización alemana es posterior a la inglesa y arranca a partir de 1860. Si la primera revolución industrial nace y se desarrolla en la fragua de Vulcano, pudiendo prescindir de la ciencia, la segunda, en cambio, va a tener su epicentro en los mármoles de Minerva, en las *Technischen Hochschulen*. Especialmente será en Alemania donde el científico se convierta, tras el fracaso liberal de 1848, en un adicto apoyo de la maquinaria estatal²⁷⁸.

En el caso alemán cabe hablar, como se irá detallando, de un modelo mixto que combina la dirección pública de la técnica con una muy especial relación de colaboración con aquellos sujetos privados que realizan su desarrollo y aplicación. Ello comportará en la práctica que en el ámbito de la seguridad

Deutscher Ingenieure- cuyo objeto es "incentivar y perfeccionar el vigor de la técnica alemana". Entre sus principales cometidos se encontrará el desarrollo de las primeras iniciativas de normalización técnica en la industria germana (entre otras, la introducción del sistema métrico que no se realizó hasta el año 1872). Vid. P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Köln, Carl Heymans, 1979, pág. 183.

²⁷⁶ La primera entidad de este tipo data del año 1866 y fue fundada en la localidad de Mannheim. La asociación de las diferentes DÜV se fundó en 1873 y quince años después modificaba su denominación por la de "Internationales Verband der Dampfkessel-Überwachungs-Vereine", con importantes cometidos en la elaboración de normas técnicas y que seguiría vigente hasta el estallido de la Primera Guerra Mundial. *Ibidem*, págs. 188 y ss.

²⁷⁷ Sobre el concepto de *Beleihung*, véase: H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munich, 1997, Beck págs. 582 y ss.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, Munich, 1987, Beck, págs. 411 y ss.; los trabajos de OSSENBUHL y GALLWAS, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", en *VVDStRL*, núm. 29, 1971, pág. 137 y ss. El *Beliehene* es una persona física o jurídica de derecho privado a la cual es encomendada el ejercicio, en nombre propio, de una función pública. Pertenecería a la llamada Administración mediata o indirecta (*mittelbare Verwaltung*) y, de acuerdo con el § 1.IV de la Ley alemana de Procedimiento administrativo (*VwVfG*), goza de la condición de autoridad. Este tipo de habilitación a sujetos privados para el ejercicio de funciones públicas ha merecido la atención por parte de nuestra doctrina, véase especialmente F. SAINZ MORENO, "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 1776-1779. Sobre la operatividad que permite esta figura en lo que respecta al problemático ejercicio de funciones públicas por parte de privados, vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 145 y ss.

²⁷⁸ Vid. J. D. BERNAL, op. cit. pág. 425.

industrial cualquier intento de regulación jurídica deba tener finalmente muy en cuenta las prescripciones técnicas elaboradas por organismos especializados de origen privado. Es más, dejando a un lado el tema del control estatal de la técnica por razones de seguridad en lo demás existe para la sociedad *underecho a la innovación permanente* que encontrará en dichas asociaciones privadas el marco propicio para la elaboración consensuada de las oportunas reglamentaciones técnicas en aras, por ejemplo, a la calidad de los productos. Esto explica, en gran medida, el desarrollo y dinamismo único y constante de la industria alemana en, al menos, la Europa continental de finales del XIX y principios del nuevo siglo.

El Estado va a dejar, pues, un amplio margen para la libertad de industria pero, en cambio, asume una posición de garante para con la seguridad de las personas. Esa función en Alemania es conocida como *Gefahrenabwehr* (prevención de peligros) y es ilustrativa del Estado autoritario del siglo XIX en el que la policía, como advierte ESTEVE PARDO²⁷⁹, se orientaba básicamente al mantenimiento del orden público y a la defensa (*Abwehr*) frente a perturbaciones singulares (*Störungen*)²⁸⁰. La referida libertad se ve, no obstante, mediatizada en el caso de las instalaciones industriales que presentan riesgo. En este tipo de actividades, al igual que en Francia o España, su entrada en funcionamiento queda sujeta a la obtención de autorización administrativa²⁸¹. Ahora bien, aunque ese modelo queda inscrito dentro de la clásica prevención de peligros - autorización previa y posterior inspección- presenta en Alemania una genuina realización bajo formas de organización jurídico-privadas²⁸². El Estado, bien es

²⁷⁹ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 61.

²⁸⁰ Dirá Otto MAYER que la policía es "la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar", en *Derecho Administrativo alemán*, t. II, op. cit., pág. 8.

²⁸¹ Véase B. F. MACERA, *El deber industrial de respetar el medio ambiente (análisis de una situación pasiva de Derecho público)*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

²⁸² Vid. U. DI FABIO, "Risikosteuerung im öffentlichen Recht -zwischen hoheitlicher Überwachung und regulierter Freiwilligkeit-", en W. Hoffmann-Riem y E. Schmidt-Aßmann, ed., op. cit., pág. 147.

cierto que en un proceso inicial no exento de cierta tensión entre los funcionarios y los ingenieros civiles, va a terminar descargando en sujetos privados el ejercicio de la inspección o, en otras palabras, el control del riesgo que presenta la actividad industrial.

Hablar de control por razones de seguridad en la industria supone hacer referencia a dos ámbitos distintos pero a la vez estrechamente relacionados. Por un lado, la formulación de estándares o *normas* técnicas que definen el contenido de las prescripciones de seguridad; por otro, la inspección que asegura el debido cumplimiento de aquellas prescripciones. En esos dos campos la intervención del Estado en Alemania va a tener, como veremos, una diferente intensidad. El elemento industrial primitivo causa de esta dicotomía y clave en la historia de la industrialización es, por supuesto, la caldera de vapor.

1.4.1 La inspección

Hasta el último cuarto del siglo XIX la inspección del principal elemento industrial, las calderas de vapor, es una competencia exclusiva de la Administración que, como hemos dicho, se ejerce por funcionarios (*Baubeamten* y *Bergbeamten*). La Ordenanza industrial prusiana (*Gewerbeordnung*) de 1845²⁸³ establecerá que las autorizaciones e inspecciones industriales son llevadas a cabo por la Administración -la Ordenanza industrial de la Federación alemana del Norte, de 1869, sigue la misma pauta-. La situación cambia en el año 1872 cuando una nueva regulación de la inspección ofrece a los industriales la posibilidad de optar entre una revisión pública o bien una inspección privada llevada a cabo por las ya

²⁸³ La Ordenanza industrial (*Gewerbeordnung-GwO*) es el texto legal de carácter federal que tradicionalmente ha regulado en Alemania las actividades industriales. Esta disposición, de una minuciosidad extrema, constituye, como señala STOBBER, uno de los textos más antiguos del Derecho Público alemán en vigor. Fue promulgada en 1869 por la Federación alemana del norte. Vid. R. STOBBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, 1996 (10ª ed.), § 45 I (pág. 329-330). Existe traducción española de la séptima edición realizada por S. González-Varas, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1992 (pág. 277).

señaladas asociaciones para la inspección de las calderas de vapor (DÜV). Hasta ese momento, la actuación de esas asociaciones se circunscribía al ámbito interno de las empresas, teniendo sus peritajes el valor de meras recomendaciones no imperativas. Evidentemente, la nueva situación comportará una clara separación e independencia de las DÜV respecto de los empresarios²⁸⁴. Es en el año 1900 cuando el Estado (prusiano) abandona la actividad periódica de inspección y concede el monopolio a las DÜV.

1.4.2 El establecimiento de estándares técnicos

En Prusia, el control de las calderas de vapor suscita ya desde sus inicios el dilema de cómo garantizar la seguridad técnica sin entorpecer el progreso. En este contexto va a cobrar un protagonismo inicial la *Technische Deputation für Handel und Gewerbe*²⁸⁵ que va a tratar de soslayar en lo posible el conflicto presente entre la política industrial y la policía industrial. Son dos las opciones que se plantean en torno al modo de controlar la segura fabricación de las calderas de vapor. Una es la de someterlas a una prueba de presión; la segunda, el establecer una detallada regulación. La adopción final de esta última no va a significar empero que sean funcionarios quienes formulen las especificaciones técnicas, sino asociaciones especializadas. Esas especificaciones, permanentemente renovadas, no tienen carácter legal y son tomadas por la Administración como “reglas reconocidas de la ciencia y de la técnica” (*anerkannte Regeln der Wissenschaft und Technik*). Cabe destacar que contrariamente al caso de la inspección, en la elaboración de estándares técnicos el Estado va a adoptar una temprana postura favorable a la participación de los ingenieros. Esta colaboración en la elaboración de especificaciones técnicas será

²⁸⁴ Vid. M. RONELLENFITSCH, “Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht”, *DVBl*, 1989, pág. 857.

²⁸⁵ De esta institución provienen los primeros estándares públicos de seguridad relativos a la máquina de vapor. Vid. P. LUNDGREEN, “Die Vertretung technischer Expertise im Interesse der gesamten Industrie Deutschlands durch den VDI 1856 bis 1890”, en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft*, cit. págs. 82-83.

referida no a una entidad, sino a las diferentes asociaciones especializadas que con carácter sectorial existen; así, en el caso de las calderas de vapor encontramos las DÜV, en la industria del gas la *Deutsche Verein des Gas- und Wasserfaches* (DVGW), o con un carácter más general y transectorial la ya mencionada asociación de ingenieros alemanes (VD) –de manera principal en la estandarización de pesos y medidas-²⁸⁶. En definitiva, en el ámbito de la seguridad técnica el Estado no va a intentar el establecimiento de ninguna reglamentación sin contar con la participación de las organizaciones privadas de normalización²⁸⁷.

1.4.3 *La Verein Deutscher Ingenieure y la posición de los ingenieros en Alemania*

Son diversas las razones que ayudan a explicar el modelo alemán de organización de sus ingenieros. En primer lugar, no existe inicialmente ni una institucionalización en la formación del ingeniero (a parte de las Escuelas de montes en Berlín, Clausthal, Freiberg y Schemnitz para la formación de los ingenieros forestales), ni aparece una agrupación de ingenieros similar a la inglesa. Por otro lado, más tarde, la enseñanza técnica queda residenciada en las *Fachhochschule*, instituciones públicas –en las que las asociaciones de ingenieros participan- pero que, sin embargo, no están integradas en la Universidad. En consecuencia, la aparición de las asociaciones de ingenieros va a correr pareja al desarrollo y características de la sociedad civil alemana. Entre esas características se encuentra la absoluta separación, manifestada también en otros sectores, entre Estado y sociedad. En la Alemania guillermina los ingenieros van a tener un papel destacado en el desarrollo económico, aunque su incidencia en la esfera política resulta ser nula en comparación con la de los juristas. Es ahí donde la expresión *Juristenmonopol* encuentra su pleno

²⁸⁶ Sobre la actividad de normalización llevada a cabo por estas diferentes asociaciones, *vid.* P. MARBURGER, *Die Regeln...*, *op. cit.* págs. 183-194.

²⁸⁷ *Ibid.*, pág. 194.

sentido²⁸⁸. Tal situación será denunciada por los propios ingenieros, para quienes el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) se ha transformado en el Estado económico (*Wirtschaftsstaat*), del cual la Técnica constituye su motor mismo. Desde esta posición se formula una denuncia que en gran medida no deja de ser cierta: la formación jurídica no constituye una formación administrativa²⁸⁹. De este modo, el monopolio de los juristas sufre una primera hendidura con la Ley de 1906 “sobre habilitación de los servidores públicos de nivel medio y superior”(Gesetz über die Befähigung für den höheren Verwaltungsdienst). A partir de ese momento sonarán, cada vez con más insistencia, las voces en pro de una mayor y más cualificada participación del ingeniero en la Administración, llegándose a proponer una estricta formación administrativa a partir de unos estudios de carácter jurídico, económico y técnico que toman su modelo en el cameralismo del siglo XVIII²⁹⁰.

2. Desarrollo tecnológico, complejidad y tendencia a la autonomía en la regulación de la técnica durante el siglo XX

2.1 Técnica y Estado

Es un hecho irrefutable que los avances científico-técnicos han constituido un elemento clave y de señera repercusión en la sociedad occidental del siglo XX. Ese ha sido, como anunciaban voces agoreras de fines del XX, el siglo de la

²⁸⁸ El fenómeno es común en toda la Europa del XIX. Es entonces cuando el Derecho alcanza su máxima perfección y cuando, en palabras de VILLAR PALASI, “el jurista como clase social, supone una clase dominante” mientras que “el científico y el técnico quedan en segundo lugar”, en *Administración y planificación, op. cit.* pág. 74.

²⁸⁹ La formación del jurista alemán tiene entonces como ahora dos momentos clave fijados en sendos exámenes de Estado. Allí es el Estado y no la Universidad –encuadrada dentro del ámbito de la Sociedad- quien certifica los conocimientos del estudiante. Después del primer *Staatsexamen* se inicia el *Referendariat* que posibilita un contacto real con la Administración y los Tribunales.

²⁹⁰ Tal propuesta surge de la prestigiosa Escuela Superior Técnica de Berlín-Charlottenburg. Vid. W. KÖNIG, “Die Ingenieure und der VDI als Großverien in der wilhelminischen Gesellschaft 1900 bis 1918”, en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft, op. cit.* pág. 271.

técnica. Ella ha captado, en Europa y América, la atención de gran parte de la intelectualidad y las artes. Es casi imposible no sustraerse a la fascinación que provoca en Jünger, no reparar en el interés que despierta en Ortega y Gasset,... u olvidar las peripecias de Chaplin en el celuloide. Lógicamente, el ámbito jurídico, de manera singular el del Derecho público, no podía permanecer ajeno a esa influencia. Ahí destacan con luz propia las consideraciones hechas por Carl SCHMITT y Ernst FORSTHOFF. Sabido es que el Derecho constituye un fenómeno social y que, por tanto, aquél debe tomar en cuenta todo aquello que guarda relación con la sociedad. Pues bien, ese Derecho va a tener sólo un actor: el Estado.

La Revolución francesa constituye el momento en el que se cortan las amarras que impedían la definitiva navegación del Estado moderno. A partir de entonces, como señala HELLER, *“los órganos de creación y ejecución del Derecho son, inmediata o mediatamente, órganos del Estado”*²⁹¹. Sólo serán Derecho aquellas normas que el Estado dote de validez y, a la vez, aquél constituirá el sustrato de su legitimidad. Esa relación entre Estado y Derecho se sustentará en dos elementos. Primero, en una Cámara legislativa representativa que es expresión de la voluntad general y única instancia política legitimada para limitar, mediante el instrumento de la Ley, los derechos y libertades de los ciudadanos. En segundo lugar, un aparato burocrático del Estado que garantiza la actualización y aplicación de los preceptos jurídicos positivos que, de manera necesaria, deben haber sido objeto de previa publicidad. Este último requisito, lejos de ser un formalismo, constituye una auténtica garantía para el ciudadano: la de conocer en cada momento qué normas jurídicas se hallan en vigor²⁹² y cómo pueden

²⁹¹ H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 203.

²⁹² A su vez, la publicación de nuevas normas jurídicas obliga también a enterar al ciudadano qué normas anteriores pierden su vigencia. Así lo disponía, por ejemplo, el artículo 128.3 de la anterior Ley de procedimiento administrativo de 1958 al establecer que: “No podrá formularse ninguna propuesta de disposiciones sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y sin que en la nueva disposición se consignent expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas”. Exigencia formal que, sin embargo, la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997, ha suprimido. Este hecho,

incidir en su esfera vital. Normas jurídicas que no guardan una relación simétrica al existir entre ellas una jerarquización recíproca que resulta desconocida en el período absolutista²⁹³.

Ese esquema ideal quedará roto tras los excesos que va a ofrecer el Estado totalitario en una negación extrema del Estado de Derecho²⁹⁴. En una auténtica perversión del sistema normativo, la existencia de normas secretas, no publicadas y, lo peor, aplicadas sin su conocimiento general, supondrá la desacralización del Estado. El Estado puede equivocarse y aunque, pese a todo, se le exige la prestación de servicios²⁹⁵, la regulación de actividades o el control de riesgos, el ciudadano adopta una postura recelosa que le permite exigir parcelas de autonomía que rompen el monopolio de la estatalidad. Así, la sociedad, los sujetos privados, recuperan márgenes de autodecisión. Aunque es bien cierto que tal autonomía aparece incentivada, regulada y supervisada por el propio Estado.

La técnica provoca además algo “inesperado”, el fin del *Juristenmonopol* que, desde el inicio de la Edad moderna había ido construyéndose para alcanzar su consolidación tras la Revolución francesa²⁹⁶. Se produce, como señalara

ante el momento actual de inflación normativa, ha sido especialmente criticado por E. GARCIA DE ENTERRIA en su trabajo *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 93-98.

²⁹³ Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 315.

²⁹⁴ Vid. E. GARCIA LLOVET, “Conocimiento de la norma y seguridad jurídica”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo*—coord. F. Sosa Wagner-, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1732.

²⁹⁵ Por todos el trabajo clásico de E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938.

²⁹⁶ NIETO lo describe claramente: “En Europa (...) y, en Francia concretamente, juristas fueron quienes se arrojaron de hecho, con predominio indiscutido, la representación de la Burguesía. Desde 1789 la Burguesía empezó a hablar por boca de “abogados”, imponiendo un sesgo jurídico evidente a toda la obra revolucionaria”. A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986; especialmente el capítulo I sobre “El Estado y los juristas”, págs. 17-66. Véase también al respecto las consideraciones que a la importancia del racionalismo jurídico dedica M. WEBER en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 113 y ss.

FORSTHOFF, el “destronamiento” del jurista y la correlativa “entronización” del técnico, del experto en otras “artes” más estrechamente vinculadas con el desarrollo industrial²⁹⁷. La importancia del técnico es abrumadora en la esfera de la sociedad y deviene cuasi absoluta cuando el Estado, en su modelo definido tras la II Guerra Mundial, asume, mediante su Administración, una tarea prestadora de aquellos servicios considerados esenciales en atención a la misma procura existencial (*Daseinvorsorge*) de aquella sociedad²⁹⁸. En consecuencia, la figura del experto pasa a adquirir una importancia en los niveles legislativos, administrativos²⁹⁹ y judiciales que hasta entonces sólo había correspondido al jurista, reduciéndose ahora su papel, añade el Profesor de Heidelberg, al de un asesor para la prevención de “accidentes jurídicos”³⁰⁰.

Sin embargo, el Estado, sus formas y procedimientos -de evidente impronta jurídica- parecen haber resistido -resisten-, hasta cierto punto, el “asalto” del técnico. La racionalidad científico-técnica, como pretendido elemento legitimador de poder³⁰¹, no ha podido derribar los mecanismos clásicos de legitimación que conforman el Estado de Derecho. Pese a ello, el Estado, en el último cuarto de siglo, recula, y lo hace de modo ostensible -aunque, parafraseando a S. MARTIN-RETORTILLO, *ni desaparece, ni queda al margen*³⁰²-, bajo la presión combinada de

²⁹⁷ Véase por todos E. FORSTHOFF, “Der Jurist in der industriellen Gesellschaft”, *NJW*, 1960, págs. 1273-1277.

²⁹⁸ El concepto fue formulado por el citado jurista en el año 1938 en su trabajo *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Vid. L. MARTIN-RETORTILLO, “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinvorsorge*”, *RAP*, núm. 38, 1962, pág. 35 y ss.

²⁹⁹ E. FORSTHOFF, “Technisch bedingte Strukturwandlungen des modernen Staates”, en *Technik im technischen Zeitalter* (ed. H. Freyer *et alii*), Düsseldorf, págs. 227-230.

³⁰⁰ E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania)*, IEP, Madrid, 1975, pág. 182.

³⁰¹ Véase, sobre esta consideración, el ensayo de Jürgen HABERMAS, “Ciencia y técnica como ideología”, en *ídem*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 53-112.

³⁰² “El Estado, en cierto modo se repliega de forma progresiva -debe replegarse- de la ordenación puntual y concreta de la vida económica (...) Se trata de un proceso que inequívocamente ha comenzado a esbozarse en los últimos años cuyo alcance, sin embargo, es necesario matizar debidamente con el fin de no obtener apresuradamente conclusiones que pudieran resultar equívocas. *Se dice que se repliega, no que se retira, ni que desaparece, ni que*

la realización técnica y social³⁰³. La técnica, lejos de toda naturaleza neutra, constituye un fenómeno de poder que, de una forma u otra, habrá de chocar con el poder del Estado.

2.2 La estandarización de la técnica: la aparición de los organismos de normalización

La aparición de los servicios de red tales como el ferrocarril, el telégrafo, el gas y la electricidad provocan la penetración profunda de la normativa técnica en el ámbito civil. La extensión casi capilar de esas redes por todo el ámbito estatal y su inevitable conexión con las redes de otros Estados requerirán la necesaria definición de estándares internacionales. A su vez, la uniformización la técnica de los productos industriales responde a una necesidad intrínseca del sistema de producción capitalista. Sobre este proceso existen múltiples explicaciones, así, por ejemplo, el conocido sociólogo alemán Max WEBER señala como el interés capitalista en la estandarización de la producción tiene una íntima conexión con la poderosa tendencia uniformadora del estilo de vida que caracteriza el ascetismo laico del protestantismo³⁰⁴. Sin embargo, la estandarización, la uniformidad de los productos no responde—al menos en una gran parte— a una finalidad ética, sino a motivos de producción y, por ende, económicos. Como se ha visto, la existencia de reglamentaciones técnicas no es nada nuevo, sí lo es,

queda al margen”, en *Derecho Administrativo económico*, op. cit., pág. 42.

³⁰³ Vid. E. FORSTHOFF, *El Estado ...*, op. cit. pág. 76.

³⁰⁴ M. WEBER, *La ética protestante...*, op. cit., pág. 239. En este tema el filósofo Gustavo BUENO ha escrito unas consideraciones absolutamente certeras sobre el auténtico significado del protestantismo para el nacimiento del capitalismo: “Lutero propicia la moral de la buena voluntad, de donde se pasa fácilmente a la justificación del trabajo asalariado. Obviamente, hay que hacer las obras lo mejor posible, en función de su capacidad para ser disfrutadas por los compradores, porque si no, las obras no se venden; pero su bondad se hará consistir enseguida en su capacidad para ser “consumidas” o “disfrutadas”. Cada cual se las habrá de entender con Dios, que sopla en su conciencia a través de la Biblia, una Biblia que gracias a Gutenberg, pudo multiplicarse en serie por millones de ejemplares: “cada ciudadano una Biblia”, un lema que, desde la perspectiva de la fabricación en serie, prefigura el lema que Henri Ford levantará cuatrocientos años más tarde: “cada ciudadano un automóvil””, en *España frente a Europa*, Alba Editorial, Madrid, 1999, pág. 433.

en cambio, la finalidad que a partir de mediados del siglo XIX se persigue. En la Edad Media, la normativa técnica encuentra su ubicación en unos textos en los que se mezcla con aspectos de muy diferente índole: laborales, religiosos, sociales. La calidad del producto, de manera fundamental en los tejidos, es importante, pero también lo es que la aquélla se identifique con una determinada ciudad o gremio. Se trata, además, de una economía a pequeña escala, en la que la acumulación del producto manufacturado es impensable en el pequeño taller del artesano. La era moderna altera la situación anterior. Las reglamentaciones técnicas adquieren jurídicamente sustantividad propia, especialmente en lo que atañe a las manufacturas reales. Las ordenanzas gremiales son puestas al día en lo que se refiere a sus aspectos técnicos y obtienen el reconocimiento real a modo de privilegio. Los reglamentos tienden a la excelencia del producto, pero resultan una auténtica cortapisa para la fabricación de productos de menor calidad a los que no presta atención alguna. Esto significa desatender una importante parte de la demanda, precisamente la más rentable. La libertad de industria del siglo XIX supone no sólo la supresión de las corporaciones, sino también la de toda reglamentación técnica. Ahora bien, esa ausencia de reglamentación se revelará contraproducente en atención a las exportaciones necesitadas de una cierta estandarización en, por ejemplo, las medidas y calidades. Pero no es ese en realidad el origen de la normalización, del establecimiento de estándares. El origen hay que buscarlo en una nueva idea hasta entonces prácticamente no tomada en cuenta: la intercambiabilidad.

El concepto no es, en realidad, radicalmente novedoso, pero su contexto sí lo es. La intercambiabilidad de piezas había ya sido apreciada en el sector militar³⁰⁵, pero no había tenido hasta entonces un gran éxito en el ámbito productivo. La razón es que, con reglas o sin ellas, el artesano—el factor humano—seguía siendo con la habilidad de sus manos y trebejos el elemento esencial de fabricación.

³⁰⁵ Vid. R. PAVON, "La normalización en España y en el mundo", *Economía Industrial*, núm. 247, 1986, pág. 53.

Esta situación cambia por completo con la introducción de máquinas herramienta altamente especializadas. La fabricación, en un primer momento de armas³⁰⁶, mediante maquinaria aceleraba la producción gracias a la descomposición de operaciones complejas en otras simples. En suma, a modo de ejemplo, un mosquete fabricado en 1843 podía ser desmontado y vuelto a montar con piezas elegidas al azar fabricadas diez años más tarde³⁰⁷.

La extensión del principio de intercambiabilidad se inicia en Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, e implica la necesidad de estándares en una amplia variedad de componentes industriales básicos (p. ej. los tornillos de rosca) que, a su vez, permiten la producción en masa de nuevos productos (máquinas de escribir, bicicletas, máquinas de coser)³⁰⁸ absolutamente idénticos. Por supuesto, no se trata sólo de un aspecto técnico relativo al producto, la normalización se hace necesaria también porque la producción en serie supone un cambio radical en los procedimientos de fabricación industrial que tienden a una homogeneización en todos los países industrializados, a esta lógica responde la introducción del taylorismo³⁰⁹. A diferencia de las manufacturas, nos encontramos

³⁰⁶ Para evitar el trabajo de ajuste a mano, las piezas de cada arma se estandarizan y son producidas por máquinas cada vez más precisas.

³⁰⁷ El ejemplo, descrito por CARDWELL, se refiere a la visita de oficiales ingleses al arsenal norteamericano de Woolwich en 1853. *Historia de la tecnología, op. cit.* pág. 289.

³⁰⁸ Vid. F. De LUIS MARTIN, "La segunda revolución industrial y sus consecuencias", en *Historia universal contemporánea* (J. PAREDES, coord.), *op. cit.*, especialmente págs.174-187.

³⁰⁹ Las ideas del ingeniero americano F. V. Taylor suponen una descomposición secuencial del trabajo obrero y un cronometraje de su tiempo. Hacia principios de siglo el sistema taylorista había sido ampliamente incorporado tanto por empresas americanas como europeas – singularmente en Francia y por la industria automovilística: la fábrica de Renault en Billancourt o la de Michelin en Clermont-Ferrand. Sin embargo será el "fordismo" el sistema productivo más dinámico tecnológicamente al concebir la sustitución del trabajo manual por la máquina. Vid. F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XXe siècle*, Albin Michel, París, 1997, págs. 99-100. Contra lo que pudiera pensarse no fue en EE.UU donde el taylorismo alcanzó su máxima expresión, sino en la Rusia soviética. Así lo relata O. FIGES, no sin provocar un ligero escalofrío en el lector, en su espléndida obra *La Revolución rusa (1891-1924)* –Edhasa, Barcelona, 2000-, "Los métodos científicos de Taylor y Henry Ford se decía que tenían la llave que abriría un futuro brillante y próspero. Incluso los habitantes de aldeas remotas que conocían el nombre de Ford (algunos de ellos pensaban que era una especie de dios que guiaba la obra de Lenin y Trotsky). Alexei Gastev (1882-1941), el ingeniero y poeta bolchvique, llevó estos principios tayloristas hasta su extremo. Como presidente del Instituto Central del Trabajo, fundado en 1920, llevó a cabo

ahora con una economía guiada por la demanda de un mercado que cada vez cuenta con un mayor número de consumidores. En otras palabras, el consumo de productos deviene una necesidad social a la cual sólo puede dar respuesta la estandarización. Tras la Primera Guerra Mundial, se hace evidente lo que advertirá Walter Gropius³¹⁰: “la creación de tipos estándar para todos los objetos de uso diario es una necesidad social”³¹¹.

El estandarte de ese modelo va a ser, por múltiples razones, Estados Unidos. Un país, por cierto, carente de artesanos. En cambio, la vieja Europa va a encontrarse con el problema de cómo compaginar las ventajas de la producción en serie con la tradición industrial existente. La resolución de aquél se logrará, en la Europa continental, gracias a una activa cooperación entre empresarios y Estado (con representantes de la Administración pública y de la Universidad). Mediante la normalización operará un auténtico proceso de convergencia tecnológica. Se trata de un proceso iniciado en Estados Unidos y que acabará siendo de obligada adopción por los diferentes Estados europeos.

experimentos para educar a los trabajadores de tal manera que acabaran actuando como máquinas. Centenares de educandos vestidos de la misma manera marcharían en columnas hacia su lugar de trabajo y se les darían órdenes mediante zumbidos procedentes de máquinas; los trabajadores serían educados para que golpearan con el martillo de manera correcta sosteniendo un martillo unido y movido por una máquina de martillar de manera que después de media hora hubieran interiorizado su ritmo mecánico. (...) La finalidad de Gastev, según el mismo admitía, era convertir al obrero en una especie de “robot humano” (una palabra no casualmente derivada del verbo ruso para trabajar (*robotá*)), pág. 809.

³¹⁰ Arquitecto y primer director de la *Bauhaus*, la célebre escuela de arte que nacería y desaparecería junto a la República de Weimar.

³¹¹ Añadiendo: “Para la mayoría de la gente las necesidades vitales son las mismas. Todo el mundo precisa por igual una casa, unos muebles y unos accesorios, y su diseño es más una cuestión de racionalidad que de apasionamiento. La máquina, que crea tipos estándar, constituye un medio efectivo de liberación del individuo del trabajo físico gracias a la ayuda mecánica, el vapor y la electricidad, dándole productos fabricados en serie, más baratos y mejores que los hechos a mano. No hay ningún riesgo de que la estandarización limite la capacidad de elección individual, puesto que la competitividad da como resultado automático tantas alternativas que el individuo puede elegir personalmente el modelo que considere más adecuado”, fragmento de “Bauhaus de Dessau. Principios de la producción de la Bauhaus”, folleto publicado por la Bauhaus en marzo de 1926, cfr. F. WHITFORD, *La Bauhaus*, Destino, Barcelona, 3ª ed., págs. 205-206.

2.2.1 Origen y generalización de los organismos nacionales de normalización

a) Estados Unidos³¹²

El incendio de la ciudad de Baltimore en 1904 es puesto siempre como el ejemplo que justifica la necesidad del establecimiento de estándares que aseguren la compatibilidad e intercambiabilidad entre los diferentes componentes industriales manufacturados³¹³. Durante días, los vecinos de esa ciudad norteamericana vieron con resignación como la mayoría de mangueras venidas de otros puntos del país no se acoplaban a las bocas de incendios. Otro hecho fue la explosión, en 1910, de una caldera en una fábrica de zapatos en Massachusetts que provocó la muerte de 58 personas e hirió a otras 117. Tales tragedias impulsaron un movimiento favorable a la normalización por razones de seguridad que cristalizó en la creación del primer comité técnico encargado de la elaboración de un código para calderas a presión por parte de la “American Society of Mechanical Engineers” (ASME). La ASME se había constituido en 1881, y tras ella surgieron también, a fines del siglo XIX, otras organizaciones privadas de carácter sectorial: la “American Society for Testing and Materials” (ASTM)³¹⁴ en 1898, la “National Fire Protection Association” (NFPA) en 1896, y la “Underwriters Laboratories, Inc” (UL) en 1894. Con el nuevo siglo, en el año 1901, aparece el primer organismo público, el “National Bureau of Standards” (NBS), creado por el Departamento de Comercio.

Con anterioridad a la Gran Guerra, la estandarización o normalización es desarrollada desde el sector privado con un débil apoyo gubernamental y escasa

³¹² La historia de la estandarización en EE.UU puede verse en: R. W. HAMILTON, “The Role of Nongovernmental Standards in the Development of Mandatory Federal Standards Affecting Safety or Health”, *Texas Law Review*, vol 56, núm. 8, 1978, pág. 1368 y ss.

³¹³ Así, V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 36-37.

³¹⁴ Se trataba de la sección nacional de la “International Association for Testing and Materials”, nacida en 1886.

coordinación. Será ese conflicto bélico el que, al igual que en Alemania, pondrá en evidencia la existencia de una excesiva variedad de organizaciones y estándares en muchas ocasiones inconsistentes. En el caso de los estándares, unas veces su elaboración obedecía a propósitos tendentes a limitar la libre competencia, en otras el estándar resultaba sencillamente inadecuado. Así, en 1918, diferentes organizaciones privadas y los Departamentos de Comercio, Guerra y Marina crean el primer organismo centralizado para la elaboración de estándares técnicos. Originariamente, ese organismo recibe el nombre de “American Engineering Standards Committee” para convertirse, ya en 1969, en el “American National Standards Institute” (ANSI).

Cabe señalar que, durante la II Guerra Mundial, la normalización adquirió un significativo auge provocado por la necesidad de optimizar al máximo las posibilidades que ofrecía la capacidad industrial americana en el escenario bélico. La necesidad de disponer de recambios condujo a una drástica reducción de los componentes de los equipos militares, que a la vez facilitaba su montaje (p. ej. el célebre jeep americano)³¹⁵. Hasta ese momento, la normalización venía presidida por los intereses industriales. Como destaca HAMILTON, se trataba de una actividad realizada puertas adentro que sólo tras la II GM iba a ganar transparencia en un proceso que llevaría a que a inicios de los años 60 las organizaciones de consumidores participasen de forma activa en la actividad normalizadora.

En la actualidad el sistema norteamericano de normalización se caracteriza por la existencia de más de 600 entidades de las que sólo el 20% desarrollan más del 80% del conjunto de normas técnicas. Puede, además, distinguirse entre una normalización privada de carácter voluntario llevada a término por el ANSI y otra

³¹⁵ Sin duda la “sencillez” de los productos americanos frente a los europeos constituye una clara característica y ventaja de los primeros. Ejemplificativo en este sentido resulta la industria del ciclomotor. Las motocicletas americanas eran de una acusada simplicidad desde el punto de vista mecánico, hasta el extremo que el que el motor formaba parte del chasis, a diferencia de las motocicletas europeas en las que el motor era un elemento auxiliar.

de estricta naturaleza pública a cargo del NIST (“National Institute of Standards and Technology”) adscrito al Departamento de Comercio. Ambos organismos tienen suscrito un convenio para la coordinación de sus actividades. La complejidad de este sistema radica en la multiplicidad de organismos que intervienen en la redacción de normas técnicas, así como en el gran número de mecanismos de verificación y certificación y, especialmente, en los diferentes grados de obligatoriedad que ofrecen las normas. En contrapartida, este sistema ofrece una gran iniciativa al sector privado.

En relación a la elaboración de las normas técnicas privadas cabe destacar el importante papel directivo que realiza el ANSI. Efectivamente, la ausencia de centralización podría convertir en algo sumamente difícil el acceso a los documentos en fase de elaboración o, incluso, de aquellas normas ya adoptadas. Por este motivo existe, por parte del ANSI, un procedimiento de acreditación sobre los organismos de normalización y sus procedimientos que permite una publicidad y una fase de consulta en el seno del ANSI. De este modo, el ANSI aprueba los procedimientos que conducen a la elaboración de normas que pasan a adquirir el estatus de “American National Standard”.

A diferencia del caso Alemán no existe ningún tipo de relación contractual entre el Estado federal y la normalización privada. Tampoco hay una ley que regule la normalización³¹⁶. De hecho, son cada agencia federal y cada departamento ministerial quienes deciden ser o no miembros del ANSI. En este sentido, la circular nº A-119 (“Federal Participation in the Development and Use of Voluntary Standards”) de la “Office of Management and Budget” (OMB) publicada en el año 1982 y revisada en 1993 recomienda a la administración federal el recurso a las normas privadas así como participar en su elaboración. Es más, la ley HR 2196 de 7 de marzo de 1996 ha venido a reforzar esta política pese a la resistencia ofrecida por determinadas agencias federales (“Environmental Protection

³¹⁶ En el año 1977 se tramitó en el Congreso un proyecto de ley que finalmente no fue aprobado. Se trató de la “Voluntary Standard and Accreditation Act of 1977”.

Agency-EPA”, “Federal Communications Commission-FCC”, “Food and Drug Administration-FDA”...) que pretenden mantener su posición dominante en lo que atañe a reglamentaciones técnicas³¹⁷.

b) *Alemania*³¹⁸

En Alemania, como se ha visto más arriba, el fenómeno normalizador es ya, en diferentes sectores, una realidad a fines del siglo XIX. La necesidad de un aumento en la producción de armamento por causa de la Primera Guerra Mundial obliga a la necesaria concentración del trabajo de estandarización. Con este objetivo se funda, el 18 de mayo de 1917, el *Normalienausschuß für den allgemeinen Maschinenbau beim VDI* (Comité de normalización de la VDI para la construcción de maquinaria), que el mismo año, el 22 de diciembre, se convierte en el *Normenausschuß der Deutschen Industrie-NDI* (Comité de normas de la industria alemana). Ya durante la República de Weimar, la asociación vuelve a cambiar su nombre en 1926 por el de *Deutscher Normenausschuß* (DNA), extendiendo su ámbito de actuación no sólo a la producción industrial, sino también a los oficios artesanales, la ciencia y la Administración. En todos estos casos la elaboración de normas tiene un componente estrictamente privado cuyo fin es la satisfacción de las necesidades de la industria alemana³¹⁹. La participación en los diferentes comités técnicos es voluntaria y no se limita sólo a firmas industriales, también participan las

³¹⁷ En relación a la elaboración de este tipo de reglamentaciones técnicas y al ejercicio de la potestad reglamentaria por las agencias administrativas en Estados Unidos, *vid.* J. J. LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991, especialmente págs. 294-298.

³¹⁸ *Vid.* R. STAHLSCHMIDT, “Der Ausbau der technisch-wissenschaftlichen Gemeinschaftsarbeit 1918 bis 1933”, en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft* (K. H. Ludwig Hrsg.), Düsseldorf, 1981, págs. 375-379.

³¹⁹ El *Normenausschuß* había publicado en 1927, después de 10 años de trabajo, más de 2000 normas, incluidas las normas básicas relativas a la construcción de maquinaria y herramientas, electrotécnica, y construcción de automóviles, locomotoras y barcos. *Ibid.*, pág. 376.

Escuelas Técnicas Superiores (*Technische Hochschulen*). En cambio, no existe una representación institucional de la Administración aunque ello no excluye la presencia de sus técnicos. La historia de la normalización en Alemania no deja de estar ligada a la azarosa historia de este país. Así, durante el período nacionalsocialista, existirá una total puesta en servicio de la política normalizadora a las finalidades económicas y militares del III Reich.

En la actualidad el sistema alemán de normalización se articula en torno al "Deutsches Institut für Normung" (DIN). El DIN constituye el auténtico foro de encuentro de todos aquellos sujetos interesados en Alemania por la normalización (fabricantes, comerciantes, consumidores, artesanos, empresas de servicios, científicos, técnicos y Estado). El DIN cuenta actualmente con cerca de 6000 miembros³²⁰.

Las relaciones entre el DIN y la Administración se articulan de dos maneras. En primer lugar, mediante el contrato suscrito en el año 1975 entre la República Federal, representada por su Ministro de economía, y el DIN³²¹. Mediante este acuerdo el Gobierno federal reconoce al DIN como el organismo competente en materia de normalización dentro de Alemania así como en aquellas organizaciones internacionales de normalización de carácter no estatal. Además, en segundo lugar, existe una representación de los organismos públicos en los órganos decisorios del DIN. Así, por ejemplo, en el más importante órgano de dirección del DIN, el *Präsidium*³²², se encuentran tres representantes de los

³²⁰ En el año 1997 contaba con 5734 miembros contra los 6351 del año 1991.

³²¹ "Vertrag vom 5.6.1975 zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, und dem DIN Deutsches Institut für Normung e. V., vertreten durch dessen Präsidenten". El texto de este contrato puede verse en *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, Beuth, Berlín, 1995, pág. 43 y ss.

³²² La composición del *Präsidium* representa los intereses económicos, políticos y sociales. Sus miembros oscilan entre un mínimo de 30 a un máximo de 45. En la actualidad la representación en este órgano de dirección es la siguiente: Industria (16 miembros), Gobierno federal (3), *Länder* y entidades locales (3), empresas de suministros y construcción (3), organismos extranjeros de normalización (2), organismos de control e inspección (1), aseguradoras (1), bancos (1), turismo (1), servicios (1), comercio y artesanos (1), *Verein*

Länder y las entidades locales (*Kommunen*) junto a siete representantes de diferentes departamentos ministeriales (Trabajo y Asuntos sociales, Educación e Investigación, Economía y Tecnología, Medio Ambiente, Defensa, Interior, y Obras Públicas).

Para una mejor coordinación del trabajo normalizador existen un total de 73 comités sectoriales de normas (*Normenausschüsse*) más 5 comités autónomos que tienen conexión con el ámbito militar. La elaboración de las normas corresponde a un total de más de 4000 comités de trabajo (4776 en el año 1997) en los que colaboran alrededor de 30.000 expertos y cæca de 1000 personas trabajan a tiempo completo. El período de elaboración de una norma suele oscilar entre dos y tres años, procediéndose a su actualización como mínimo cada 5 años³²³. El DIN no tiene el monopolio en la producción de normas técnicas, tarea que comparte con otros organismos públicos y privados de carácter sectorial³²⁴, pese a ello en torno a un 60% del total de normas y reglas técnicas aplicables en Alemania provienen de este organismo³²⁵.

Deutscher Ingenieure (1), sindicatos (1), organizaciones de consumidores (1), medicina (1), ciencia (1), director del DIN (1). Vid. *DIN-Mitteilungen*, núm. 78, 1999, pág. 22 y ss.

³²³ Vid. Norma DIN 820 Parte 4 apartado 4 ("Normen müssen spätestens alle 5 Jahre überprüft werden), publicada en *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, op. cit. pág. 335.

³²⁴ Especialmente debe destacarse el caso de la *Verein Deutscher Ingenieure* (VDI), la más antigua asociación científico-técnica del mundo y la que cuenta con más miembros de Europa (127.000 a inicios del año 1999). Esta asociación elabora las llamadas *VDI-Richtlinien* (directrices) –1489 a inicios en febrero de 1999-. Desde el año 1981 existe un acuerdo de colaboración entre la VDI y el DIN. Entre otras, pueden señalarse también las entidades siguientes: *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Instituto federal para la protección y medicina laboral), *Kerntechnischer Ausschuss* (Comité técnico de la energía atómica), *Länderarbeitsgemeinschaft Wasser* (Centro de los Länder para estudios del agua), *Deutsche Gesellschaft für Zerstörungsfreie Prüfung e. V.* (Sociedad alemana para el control de grandes catástrofes), *Deutscher Ausschuss für Stahlbeton* (Comité alemán para el hormigón armado). Con carácter general todas estas entidades establecen reglas técnicas en los casos en que no es posible su consecución o edición como norma DIN. Vid. J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA*, vol. III, Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000, pág. 75 y ss.

³²⁵ Según la base de datos PERINORM a finales del año 1996 existían un total de 64.900 normas, 31.400 reglas técnicas y 8.400 reglamentaciones técnicas administrativas (*Rechtsvorschriften*). PERINORM es fruto de un consorcio formado por los organismos de normalización de Francia (AFNOR), Gran Bretaña (BSI) y Alemania (DIN) y tiene como objeto la constitución del mayor banco de datos europeo relativo a normas técnicas (500.000 entradas a

La edición e información sobre normas técnicas corresponde a dos organismos que dependen del DIN, respectivamente la editorial "Beuth Verlag GmbH"³²⁶ y el "Deutsches Informationszentrum für Technische Regeln" (DITR).

c) *Francia*

La organización institucional de la normalización en Francia se remonta a la Primera Guerra Mundial. Mediante el Decreto de 10 de junio de 1918 se instituyó la "Comission Permanente de Standardisation" (CPS). Dicha comisión contaba con representantes de los Ministerios competentes en las materias de comercio e industria, correos y telégrafos, transportes marítimos y marina mercante. La comisión realizaba las oportunas propuestas al ministro competente a los efectos de adoptar el correspondiente decreto. Se trataba, pues, de un sistema estrictamente administrativo dotado de una gran rigidez. Por esta razón, desde el ámbito industrial se crea el 22 de junio de 1926 la "Association Française de Normalisation" (AFNOR), asociación privada constituida según la ley de asociaciones de primero de julio de 1901 (art. 8). Poco después, el Decreto de 24 de abril de 1930 dispone una organización piramidal de la normalización y establece el "Comité Supérieur de Normalisation" (CSNOR), que sustituye a la CPS. En el CSNOR se hallan presentes no sólo los representantes de la Administración, sino también científicos e industriales. Una Instrucción ministerial publicada el 23 de mayo de 1930 es la encargada de definir las tareas de los diferentes agentes que intervienen en la normalización. En la base se sitúan los "bureaux de normalisation" creados, generalmente, por los propios fabricantes o por iniciativa de AFNOR. Ellos son los agentes técnicos encargados de elaborar las normas técnicas. Por su parte, la función de AFNOR era la de verificar las

inicios de 1999). Cfr. J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA*, op. cit. págs. 121-122.

³²⁶ Además del DIN y la Verein Deutscher Ingenieure (VDI) son socios de la editorial Beuth los organismos austriaco y suizo de normalización (Österreichische Normungsorganisation- ON y Schweizerische Normen-Vereinigung- SNF).

normas establecidas por los citados “bureaux” y servir de correa transmisora con la Administración a través del CSNOR. Es importante destacar que el modelo previsto en el mencionado Decreto de 24 de abril de 1930 perdurará, con algunas modificaciones, hasta la actualidad. El Decreto de 10 de enero de 1939 sustituye el CSNOR por una “Commission de contrôle des travaux de normalisation”, reforzándose el carácter interministerial de la normalización al incorporar, en vísperas de la II Guerra Mundial, los Ministerios de la guerra, economía, comercio, y finanzas.

Ya durante la II Guerra Mundial, y en el marco del régimen de Vichy, se aprueba la Ley de 24 de mayo de 1941 referente a la normalización y que en su artículo primero habilita el desarrollo reglamentario de esta actividad, el cual se lleva a cabo mediante el Decreto de 24 de mayo de 1941. En este Decreto se atribuyen los trabajos y estudios concernientes al campo de la normalización a la “Association Française de Normalisation” (AFNOR), a la cual el Decreto de 5 de marzo de 1943 reconoce como entidad de interés público (“établissement d'utilité publique”)³²⁷. El régimen reglamentario previsto en el Decreto de 24 de mayo de 1941 regirá los destinos de la normalización francesa hasta la aprobación del Decreto de 26 de enero de 1984³²⁸.

d) *Italia*³²⁹

En su origen, a principios del siglo XX, los primeros organismos de normalización italianos son de carácter sectorial y obedecen a la necesaria representación de

³²⁷ Sobre la evolución histórica de AFNOR, véase A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989, pág. 38 y ss.

³²⁸ Decretos núm. 84-73 y 84-74 de 26 de enero de 1984, J.O. de 1 de febrero de 1984, pág. 490, modificados por Decreto núm. 90-653 de 18 de julio 1990, J.O. de 25 de julio, pág. 8904, Decreto núm. 91-283 de 19 de marzo de 1991, J.O. de 20 de marzo 1991, pág. 3873; Decreto núm. 93-1235 de 15 de noviembre 1993, J.O. de 17 de noviembre 1993, pág. 15850.

³²⁹ Vid. R. GIANNETTI, *Tecnologia e sviluppo economico italiano 1870-1990*, Il Mulino, Imola, 1998, págs. 97-99 y 150-152.

ese país en la recién creada "International Electrotechnical Association" (1907). En este sentido, se creó, en el año 1910, el "Comitato Elettrotecnico Italiano" (CEI), encargado de dictar las normas relativas a la nomenclatura y al material eléctrico. La creación, desde los propios sectores industriales, de un organismo transectorial de normalización, el "Comitato generale per l'unificazione dell'industria meccanica" (Unim) se producirá en año 1921, siguiendo así la tendencia de otros Estados partícipes en la primera conflagración mundial. En el año 1930, el Unim se convierte en el "Ente Nazionale Italiano di Unificazione" (UNI). El modelo corporativista de la Italia de esos años de entreguerra incidirá también en la normalización, la cual será vista como el instrumento idóneo para el control de la actividad económica³³⁰. Sin embargo, tal sistema es desmantelado en 1944. Pese a ello, la reputación alcanzada por los organismos de normalización originarios hará que surjan *de novo* tras el fin de la II Guerra Mundial. En este sentido el CEI y el UNI tienen el régimen jurídico de asociaciones privadas sin ánimo de lucro (*associazioni di diritto privato*) previsto en el Capítulo II del Código civil italiano. El artículo 12 del Código civil reconoce personalidad jurídica a estas entidades y, además, previene un reconocimiento opcional por parte del Estado. Ahora bien, el reconocimiento de personalidad jurídica hacia estos organismos no implica su consideración como autoridades públicas. El reconocimiento del UNI y del CEI fue efectuado por los Decretos del Presidente de la República 1522, de 20 de septiembre de 1955, y 822, de 11 de julio de 1967, respectivamente. En todo caso, se excluye la posibilidad de cualquier ejercicio de potestades públicas por parte de estos organismos³³¹.

³³⁰ Ahora bien, la actividad normalizadora en Italia aparece muy limitada en comparación con Alemania. Así, en el año 1936, frente a las 6000 normas germanas, el UNI contaba sólo con 452 normas. Vid. G. ELIAS, *UNI 1921-1991 settant'anni al servizio dell'azienda Italia*, Hoepli, Milán.

³³¹ Vid. P. MENCHETTI, "Legal Aspects of Standardisation in Italy", en *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, vol II (J. Falke, H. Schepel, coord.), Luxemburgo, 2000, pág. 502.

e) *Gran Bretaña*

En Gran Bretaña existe, desde el año 1901, un único organismo autónomo de normalización, el "Engineering Standard Committee"; éste se transformó en 1918, en la "British Standards Institution" (BSI), que obtuvo en 1929 su reconocimiento público mediante una "Royal Charter". Los antecedentes de la BSI se encuentran, como se ha observado anteriormente, en las organizaciones profesionales de ingenieros³³². Así, los miembros fundadores de la BSI fueron las instituciones de ingenieros civiles, ingenieros eléctricos e ingenieros mecánicos; el Real Instituto de arquitectos navales, y el Instituto del carbón y del acero.

f) *España*

Los inicios de la normalización en nuestro país van ligados al sector de la electricidad³³³. Por Real Decreto de 22 de noviembre de 1912 se creó en el seno del entonces Ministerio de Fomento, la Comisión Permanente Española de Electricidad. El artículo 4 de este RD encomendaba a dicho órgano la representación española en el seno de la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI). En el caso español, la participación en el CEI no se fundamentaba, a diferencia de otros Estados, en la iniciativa privada, sino que fue fomentada por la Administración mediante la creación de la citada Comisión Permanente, en la cual participaban representantes de la Administración y de los sectores profesionales y empresariales interesados.

Habrà que esperar al año 1935 cuando se creará a iniciativa de la Federación de Industrias Nacionales el primer organismo multisectorial de normalización, la

³³² La colaboración de este tipo de organizaciones profesionales propició inicialmente la aparición del "Engineering Standards Committee" que, en 1918 se transformó en la "British Engineering Standards Association", para finalmente dar paso a la BSI.

³³³ Véase, G. ARIZA DOLLA, *Barreras técnicas al comercio. Normalización, homologación y certificación de producto*, ESIC, Madrid, 1989, pág. 95 y ss.; V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 240 y ss.

Asociación Española de Normalización. Sin embargo, este primer intento resultó fallido debido al estallido de la Guerra Civil (1936-1939). Sólo una década más tarde y en un escenario claramente autárquico se establece, en 1946, el "Instituto de Racionalización del Trabajo" (IRATRA). El IRATRA se convierte en 1971 en el IRANOR ("Instituto Español de Racionalización y Normalización"), organismo adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas y, a su vez, dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia. Hasta 1985, el IRANOR fue el único organismo multisectorial de normalización; el mismo se encargaba de la publicación de las normas UNE y de la representación de España en los foros internacionales. Por consiguiente, hasta bien entrada la década de los ochenta la normalización española se desarrolla como una función administrativa y con la única aportación de fondos públicos. A partir de entonces será una asociación privada, AENOR, quien llevará a cabo la tarea normalizadora en nuestro país³³⁴.

2.2.2 Antecedentes y nacimiento de la normalización internacional

a) *La organización estatal de la normalización en el ámbito internacional: el caso de las telecomunicaciones*

En el ámbito internacional, los primeros pasos vertebradores de la normalización surgen a partir de las nuevas redes de comunicación, que se desarrollan a partir de mediados del siglo XIX. Casi dos décadas después del primer mensaje telegráfico transmitido por Samuel Morse³³⁵, el 13 de abril de 1865, a iniciativa de Napoleón III, se reunieron, en París, los delegados de unas veinte naciones europeas para decidir la creación de la Unión Telegráfica Internacional (UTI), primera manifestación de la dimensión internacional de las

³³⁴ Este tema lo desarrollamos más ampliamente en el capítulo correspondiente de la cuarta parte relativo al régimen jurídico de la normalización.

³³⁵ El 24 de mayo de 1844, desde Baltimore a Washington. El mensaje decía: "What hath God wrought" ("Lo que Dios ha hecho"). Vid. R. B. DU BOFF, "The Rise of Communications Regulation: The Telegraph Industry, 1844-1880", en *Journal of Communication*, vol. 34, núm. 3, 1984, pág. 54.

telecomunicaciones³³⁶. De esta reunión resultó la firma del Convenio Internacional Telegráfico por parte de algunas Administraciones del ámbito europeo, y cuya competencia más destacada fue la aprobación del Reglamento del Servicio Telegráfico Internacional³³⁷. El citado convenio aportó un elemento novedoso en relación a los tradicionales modos de concertación entre los Estados existentes desde el célebre Congreso de Viena (1814/1815). Así, los diplomáticos pasan a segundo término ante los ingenieros y los técnicos. Se crea, además, una Oficina permanente (Secretariado) que posee la facultad de sancionar a los miembros que infrinjan la normalización de las redes, y se acuerda una publicación periódica que sirve de enlace a los países adheridos. Cabe destacar que este modelo organizativo será también reproducido por la Oficina internacional de pesas y medidas (1875), que culmina la internacionalización del sistema métrico, la Convención para la reglamentación internacional de rutas marítimas (1879), la Unión internacional para la protección de la propiedad industrial (1883), y el Instituto internacional de estadística (1885). Como destaca CARLON RUIZ, el desarrollo incesante de los tres sistemas de telecomunicación esenciales desde comienzos del siglo XX—telegrafía, telefonía y radiocomunicación— y la necesidad de dotarlos de una regulación internacional común auspician la firma en Madrid, el nueve de diciembre de 1932, del Convenio Internacional de Telecomunicaciones³³⁸, por el que se crea la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)³³⁹. Entre los fines de este organismo internacional se encuentran las labores de desarrollo y armonización de los medios técnicos en aras a su más eficaz explotación.

³³⁶ Vid. M. CARLON RUIZ, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones (Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías)*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 62.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ El citado convenio resulta de la fusión del Convenio Internacional de Telégrafos de 1865 y del Convenio Internacional sobre Radiotelegrafía de 1906.

³³⁹ La convención de Madrid establece también en materia de radiocomunicación un principio de restricción en la potencia de las estaciones con el fin de limitar posibles conflictos entre Estados. Las convulsiones ideológicas que poco después atenazarían Europa harían ilusorio tal compromiso. Sobre este tema véase B. GILLE, *Historie des Techniques, op. cit.*, págs. 1344-1345.

Con posterioridad, en 1947, la UIT se convirtió en un organismo especializado de la recién creada Organización de las Naciones Unidas y que en la actualidad contaría con ciento sesenta miembros³⁴⁰.

El fomento mundial de los nuevos medios de comunicación y el desarrollo de estándares técnicos y operativos justifica la incuestionable y dominante presencia de los ingenieros en este tipo de organizaciones, al igual que en los organismos nacionales de normalización. Cabe, sin embargo, destacar un hecho: el origen de los convenios citados obedece a una voluntad estatal. Hay poco margen para un espacio autorregulador o estrictamente privado. El *ius communicationis* es algo demasiado importante, como para que los Estados dejen de intervenir. Es una realidad incontrovertible que, como advierte MATTELART³⁴¹, viene sucediéndose desde finales del siglo XV, cuando la monarquía española decide reservar a Castilla, en concreto a la ciudad de Sevilla, el monopolio del comercio con el Nuevo Mundo y hacer interdicción del uso de las rutas oceánicas a sus adversarios europeos. El intento, por parte de españoles y aun de ingleses³⁴², de un *Mare clausum*, de una extensión de la soberanía hacia los mares resultará, por diversas razones, algo imposible de lograr, la cuestión será, además, objeto de atención recurrente por parte de los iuspublicistas europeos desde GROCIO³⁴³ hasta SCHMITT³⁴⁴. En todo caso, y no debe pasar desapercibido, las codificaciones

³⁴⁰ Sobre la UIT, sus órganos y funcionamiento, véase R. MILLAN "Derecho internacional y derecho comunitario de las telecomunicaciones", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 249 y ss.

³⁴¹ A. MATTELART, *Historia de la utopía planetaria*, Barcelona, Paidós, 2000, pág. 35 y ss.

³⁴² En 1617 el jurista inglés John Selden opone al régimen que Grocio defiende, de un mar libre y abierto a todos los pabellones, el de un mar cerrado y monopolizado. La razón era impedir al rival holandés el acceso al mar del Norte y, por consiguiente, al océano. El dilema entre *Mare liberum* y *Mare clausum* no se resolverá hasta 1763, al término de la guerra de los Siete Años. El tratado de París ratificará la libertad de los mares por el "bien común de la humanidad en general".

³⁴³ H. GROCIO, *De la libertad de los mares*, Madrid, CEC, 1979.

³⁴⁴ C. SCHMITT, *Tierra y Mar (Consideraciones sobre la Historia universal)*, IEP, Madrid, 1952.

públicas que sobre el derecho marítimo irán estableciéndose tendrán como base las reglas consuetudinarias que corporaciones o instituciones netamente privadas, como los consulados de mar³⁴⁵, habían ido configurando durante la Edad Media.

La libertad de los mares va ligada a la libertad comercial y en cierto sentido a la libertad de comunicación. Y esta última será la que más ganará con los avances técnicos del siglo XIX, que permitirán la circulación de la información sin suponer el necesario desplazamiento de las personas. Razones militares y también políticas son las que harán a los Estados regular de modo directo e incipiente las nuevas técnicas de comunicación, en especial el telégrafo. Políticamente, es apreciada la especial virtualidad de las redes de comunicación como instrumento de vertebración nacional³⁴⁶, en definitiva, de cohesión económica y social, que exige una necesaria uniformización de las reglamentaciones técnicas. Por este motivo, en la práctica totalidad de los Estados europeos, y en los Estados Unidos de América, el telégrafo está en manos públicas. Hay una excepción, sólo en Inglaterra la gestión del telégrafo es privada y por ello este país no será convocado a la señalada reunión constitutiva de la Unión Telegráfica Internacional del año 1865.

Ahora bien, en las nuevas técnicas de comunicación se ve el instrumento para una mayor y mejor comunicación entre los Estados. La normalización de las redes internacionales del telégrafo, y especialmente del mismo correo, hacen posible la universalización de los intercambios de información y la idea de una posible concordia universal. Así, en las palabras de bienvenida del ministro

³⁴⁵ Corporaciones formadas por cuantos se dedicaban a operar comercialmente por mar y que contaban con sus propias jurisdicciones y magistrados. El más célebre de estos tribunales, el Consulado de mar de Barcelona, contaba con un código de usos extremadamente preciso en el que se contemplaba tanto los apresamientos, el contrabando o la neutralidad en tiempos de guerra, como las obligaciones y derechos del constructor, del patrón, del asociado, del capitán, de la tripulación y de los pasajeros.

³⁴⁶ Es el caso de Alemania donde la unificación de las redes de comunicación precede a la formación de la unidad nacional.

francés de Asuntos Exteriores a la reunión del 13 de abril de 1865, podemos leer: *“Estamos aquí reunidos en un auténtico congreso de la paz. Si bien es verdad que la guerra no proviene, a menudo, sino de malentendidos, no es menos cierto que podría destruirse una de sus causas, facilitando el intercambio de ideas entre los pueblos y poniendo a su alcance ese prodigioso ingenio de transmisión, ese hilo eléctrico, por el cual, el pensamiento, como si fuera transportado por un rayo, vuela a través del espacio, y que permite establecer un diálogo rápido, incesante, entre los miembros de la familia humana*³⁴⁷. Curiosamente, en 1994, casi 130 años después, en una reunión plenaria celebrada en Buenos Aires por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sucesora de la UTI, el entonces vicepresidente norteamericano Albert Gore decía respecto al desarrollo de las nuevas redes de la información: *“La Global Information Infrastructure permitirá establecer una suerte de conversación global en la que cada persona que quiera decir algo podrá hacerlo... No sólo será una metáfora de la democracia en marcha; de hecho, alentará el funcionamiento de la democracia al incrementar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y favorecerá la capacidad de las naciones para cooperar entre ellas*³⁴⁸. Y nuevamente aquí, como más abajo se verá, serán necesarios esfuerzos normalizadores aunque la función desempeñada por los Estados se verá claramente superada por el autogobierno y autorregulación social.

b) *La normalización eléctrica y el surgimiento de los primeros organismos multisectoriales de normalización*

La electricidad, nacida a fines del siglo XIX, será el otro ámbito en el que destacará la normalización internacional. De este modo, en la ciudad de San Luis (EE.UU) se crea, en 1906, la “International Electrotechnical Commission” (CEI)³⁴⁹, a

³⁴⁷ Citado en A. MATTELART, *op. cit.*, pág. 194.

³⁴⁸ *Ibidem*, pág. 420.

³⁴⁹ Los antecedentes del CEI se encuentran en el primer Congreso mundial de la electricidad que tuvo lugar en Saint-Louis en 1904 y que fue promovido y organizado por las organizaciones

la que nuestro país se integrará en 1926. También en 1926 aparece ya el primer organismo multisectorial de normalización³⁵⁰, la ISA, Asociación internacional de normalización, que será el antecedente de la ISO (“International Organization for Standardization”). Con anterioridad a la II Guerra Mundial, la normalización internacional jugará un papel claramente secundario. El fundamento para la revitalización que la normalización sufrirá después de la II GM cabe buscarlo en los esfuerzos comunes que durante aquélla realizaron EE.UU, Gran Bretaña y Canadá, con el objeto de lograr una unificación de las normas técnicas como estrategia militar. Especialmente en los Estados Unidos, la normalización permitió que, por ejemplo, determinados modelos de barcos de guerra fueran literalmente ensamblados con piezas que eran perfectamente intercambiables entre sí.

c) *La normalización internacional de carácter multisectorial: la ISO*

El nacimiento de la Organización Internacional de Estandarización (ISO) se encuentra en una reunión celebrada en Londres entre el 14 y el 26 de octubre de 1946. Su creación fue auspiciada por la unión de dos organizaciones. Por un lado, la ISA (Asociación Internacional de Asociaciones Nacionales de Normalización), establecida el año 1926 en Nueva York y administrada desde Suiza; por otro, el UNSCC (Comité de Coordinación de la Normalización de las Naciones Unidas) creado en 1944. Pese al carácter trasatlántico de su nacimiento, las actividades de la ISA se circunscribían al ámbito de la Europa continental. Gran Bretaña se adhirió a la misma en vísperas de la Segunda

profesionales surgidas desde finales del siglo XIX en distintos países europeos y que agrupaban, principalmente, a los productores de energía eléctrica y a los fabricantes de materiales de conducción. En dicho congreso se votó una resolución final por la que se instaba la organización de una comisión representativa “para estudiar las cuestiones de normalización” relativas a las máquinas y aparatos eléctricos. Vid. J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la Seguridad y de la Calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 71.

³⁵⁰ Cabe señalar, sin embargo, que con anterioridad, desde 1886 y hasta la I Guerra Mundial había existido otro organismo internacional, la “International Association for Testing and Materials”.

Guerra Mundial. En cualquier caso, la estructura y medios con que contaba la ISA eran de una absoluta parquedad y su subsistencia debía mucho a la dedicación de algunos ingenieros a título individual. Respecto a la UNSCC, la iniciativa fundacional correspondió a los Estados Unidos, Gran Bretaña³⁵¹ y Canadá, con el fin de aportar al esfuerzo bélico contra el Eje y a los trabajos de reconstrucción posteriores las ventajas de la normalización. Tras su liberación, Francia y Bélgica entraron a formar parte del Comité que tenía su sede en las oficinas de la Comisión Electrotécnica Internacional en Londres.

3. Los diferentes modos de intervención pública alrededor del elemento técnico

3.1 Consideración previa a la identificación entre Estado y técnica

La relación entre la esfera social y el Estado no debe ser sólo observada a partir de una realidad tecnológica, cada vez más compleja, que obliga a los poderes públicos a recabar el auxilio privado en aras a una mayor eficacia. No es exactamente así, se trata también de un problema de legitimidad. La técnica, tradicionalmente al servicio del Estado, va a ser también el caballo de Troya que contribuirá a la disolución del estatismo omnímodo. El punto de inflexión cabe situarlo tras la primera Gran Guerra, cuando el desarrollo técnico se torna a todos los niveles en elemento de fascinación y componente medular de un propuganado Estado "total"³⁵² que, como advertirá SCHMITT, se ve obligado a

³⁵¹ En el caso de las entonces colonias británicas, éstas formaban parte como miembros individuales.

³⁵² Aunque es usual que las expresiones Estado "total" y "totalitario" tiendan a identificarse, honestamente no deben ser asimiladas. La polémica fórmula "total" usada por Carl SCHMITT no significa más que el rechazo del Estado a una neutralidad en el ámbito económico y social, aunque es cierto que para ello reenvía a un modelo autoritario de corte clásico asociado a una nueva concepción de legitimidad democrática. En este sentido escribirá: "Ein pluralistischer Parteienstaat wird nicht aus Stärke und Kraft, sondern aus Schwäche total; er interveniert in alle Lebensgebiete, weil er die Ansprüche aller Interessenten erfüllen muß. Insbesondere muß er sich in das Gebiet der bisher staatsfreien Wirtschaft begeben, auch wenn er dort auf jede Leitung und politischen Einfluß verzichtet. *Ein Staat, der in einem ökonomischtechnischen Zeitalter darauf verzichtet, die ökonomische und technische Entwicklung von sich aus richtig zu erkennen und zu*

abandonar toda pretensión de neutralidad ante la técnica. Los totalitarismos europeos de entreguerras, de manera singular el alemán, serán los que asuman abiertamente una absoluta identificación con la técnica. Sin embargo, sería engañoso pensar en que la técnica sólo sedujo en lo político. Precisamente si la técnica se idealiza y exalta a ese nivel es porque lo es a nivel social. Efectivamente, que en ese período de dos décadas la tecnología es un tema popular y con una trascendencia social impactante nos lo demuestra, por ejemplo, la visión de *Metrópolis*, la espectacular película de Fritz Lang.

Esa fe ciega en un progreso técnico³⁵³ sólo en apariencia neutral³⁵⁴ tuvo, en varios sentidos, efectos traumáticos que provocaron una lógica reacción conducente a una postura, cuando menos, de escepticismo³⁵⁵ ante la realización de la técnica. La utopía de la perfección mediante la técnica terminó justificando

leiten, müßte sich gegenüber den politischen Fragen und Entscheidungen für neutral erklären und verzichtet damit auf seinen Anspruch zu herrschen. –el texto en cursiva aparece entrecorrido en el texto original- (Un Estado plural, compuesto de numerosos partidos no será un Estado total ni por su fuerza, ni por el poder, sino por la debilidad. El se inmiscuye en todos los ámbitos vitales porque está obligado a satisfacer todos los intereses. Especialmente, debe intervenir en el ámbito de la economía privada, incluso si renuncia a ejercer en ella cualquier tipo de dirección e influencia política. “En una época en la que predominan las cuestiones económicas y técnicas, un Estado que no abra los ojos a su desarrollo y tome la iniciativa debe entonces adoptar necesariamente una actitud neutra en lo que respecta a cuestiones políticas y renunciar a toda pretensión de hegemonía”). C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Munich, 1932, pág. 96.

³⁵³ Tal como señala Carl SCHMITT, “So erscheint das 20. Jahrhundert bei seinem Beginn als das Zeitalter nicht nur der Technik, sondern auch eines religiösen Glaubens an die Technik” (El siglo XX mostrará en sus comienzos no sólo la era de la técnica sino también la de una fe religiosa en ella). Vid. “Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen” (La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones), en *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963 (de la edición de 1932), pág. 84. Edición española (*El concepto de lo político*) en Alianza, Madrid, 1991, pág. 112. El texto de la “La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones” fue publicado por primera vez en diciembre de 1929 en la *Europäische Revue*. Su origen se encuentra en una conferencia que Schmitt pronunció en el marco del Congreso de la Federación Internacional de Uniones Intelectuales, celebrado durante el mes de octubre de 1929 en Barcelona. El texto español bajo el título “El proceso de neutralización de la cultura” apareció publicado en la *Revista de Occidente*, núm. 80, febrero 1930, págs. 93-109.

³⁵⁴ *Ibidem*, págs. 117 y ss.

³⁵⁵ El filósofo Rafael ARGULLOL advierte con gran plasticidad la frustración de la perfección técnica al abogar “por un amor de la perfección que reconozca la continua imperfección y el continuo límite de la vida”, en *Aventura. Una filosofía nómada*, Barcelona, 2000, pág. 146.

una posesión totalitaria de la técnica que conduciría al desastre inevitable³⁵⁶. Tras la II Guerra Mundial, la técnica ya no es, efectivamente, la panacea a la que confiar la solución de todo tipo de problemas, pero nuestro *standard* de vida no puede prescindir de ella³⁵⁷. Como bien reconocerá FORSTHOFF, la técnica resuelve sólo problemas técnicos, no sociales ni políticos, aunque conlleva implicaciones que cambian las condiciones de las que aquéllos derivan³⁵⁸. Y es que si durante los dos últimos siglos Estado y sociedad se habían servido de la ciencia y la técnica para prevenir y sobreponerse a los desastres naturales, en la segunda mitad del siglo XX las amenazas, los riesgos y daños pasan a ser de origen antrópico³⁵⁹. Se ha hecho cada vez más evidente aquella metáfora que describiera -¡hace ya más de medio siglo!- Ernst Jünger sobre que el hombre “*aparece bien como un aprendiz de brujo que conjura unas fuerzas a cuyos efectos no es capaz de enfrentarse o bien como el creador de un progreso ininterrumpido que corre presuroso hacia unos paraísos artificiales*”³⁶⁰.

3.2 Modos de relación entre la Administración y los sujetos privados por motivos técnicos

La conexión entre Estado y sociedad alrededor de la técnica presenta diferentes frentes; entre ellos, como se ha visto, el interés que suscitan las innovaciones técnicas para su prestación como servicio público y la necesidad de establecer estándares internacionales. Por lo demás, la extensión del ferrocarril o la implantación de la electricidad serán llevadas a cabo mediante la colaboración

³⁵⁶ *Ibid.*, pág. 144.

³⁵⁷ Con aguda perspicacia Max Frisch sintetiza en su novela *Homo Faber* el alcance de la técnica: “el técnico como última edición del misionero blanco, la industrialización como último evangelio de una raza en vías de extinción, el *standard* de vida como *ersatz* del sentido de la vida...” (Seix Barral, Barcelona, 1991, pág. 47).

³⁵⁸ Vid. E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975, pág. 47.

³⁵⁹ En relación a esta evolución, vid. J. OCHOA MONZO, *Riesgos mayores y protección civil*, Madrid, McGraw-Hill, 1996. Sobre las implicaciones sociales derivadas del modelo actual de desarrollo científico-técnico-industrial, véase la obra -ya todo un clásico en Alemania- de U. BECK, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

privada. La asociación de los particulares con la Administración no es, pues, un fenómeno extraño en el Estado liberal del XIX³⁶¹, ni lo va a ser en el Estado social de la segunda mitad del XX.

Porque, y ese es el dato que ahora nos interesa retener, la consecución material de actividades de contenido técnico y de indudable interés general no proviene únicamente de la Administración. Puede darse, como hemos observado, la presencia originaria de iniciativa privada en una determinada tarea o actividad en la que se conjugan elementos económico-técnicos y ello no es, por supuesto, óbice para que el poder público intente articular mecanismos de cooperación y de control. En consecuencia, esa labor en común ante la realización de la técnica no puede ser conceptualmente estática, sino que presenta un evidente carácter dinámico paralelo a las necesidades sociales que se suscitan a partir del desarrollo científico-técnico. En otras palabras, lo que queremos poner de relieve es que, como bien señala el Profesor MARTÍN MATEO³⁶², la atención por sujetos privados de parcelas de interés público se ha venido articulando-y articula- a través de múltiples modalidades que desbordan rígidos marcos conceptuales, como pudieran ser, por ejemplo, los de la concesión.

3.2.1 Planteamiento previo: el abandono por el Estado del gobierno de la técnica y su sustitución por la sociedad

a) Riesgo tecnológico y "adelgazamiento" del Estado

La relación actual entre la Administración y los sujetos privados difiere de manera notable de la que habitualmente se enmarcaba en los esquemas del Derecho

³⁶⁰ E. JÜNGER, *El trabajador*, Tusquets, Barcelona, 1990, pág. 147.

³⁶¹ Véase B. GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administratio*, *op. cit.* pág. 44 y ss.

³⁶² R. MARTIN MATEO, "La sustantividad del Derecho administrativo", *RAP*, número 53, 1967, págs. 40-41.

administrativo³⁶³. La legislación española actual da sobradas muestras, de manera especial en el ámbito de la seguridad, de cómo una pluralidad de actividades y funciones que venían siendo consideradas propias del Estado por ir ligadas a la idea de soberanía, son trasladadas a particulares en un proceso de indirecta privatización de funciones públicas. En cierto modo se nos brinda la posibilidad de asistir a una progresiva pérdida del monopolio estatal del poder, hecho que a nuestro entender justifica el hablar de una crisis de la estatalidad y un correlativo auge de lo privado.

Ciertamente, no son sólo cuestiones científico-técnicas las que explican el momento actual de lo que con carácter amplio sería la relación entre el Estado y la sociedad. En este sentido, no podemos obviar la poco favorable opinión que hoy encuentran en general las intervenciones directas de la Administración. Desde esta perspectiva, se entendería que el Estado debe ostentar también un papel subsidiario en el desarrollo tecnológico. Esta consideración es posible tomarla como válida si aceptamos como premisa que el Estado ha perdido, a medida que se incrementaba el peso de los sectores privados en la economía—merced a procesos de privatización—, el monopolio en la centralización y control de la técnica. Ello ha comportado que los expertos no se encuentren hoy

³⁶³ La bibliografía existente sobre este tema así lo atestigua. Especialmente debemos destacar la obra de Bernard GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, op. cit. En nuestro país cabe reseñar el estudio de T. R. FERNANDEZ, *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972. En la actualidad esa colaboración privada experimenta un singular auge mediante la asunción de algo más que meras tareas administrativas, sino de auténticas funciones públicas ligadas a la idea de soberanía del Estado (p. ej. es el caso de la seguridad ciudadana). Destaca con acierto GONZALEZ-VARAS, respecto al ámbito de la seguridad ciudadana —aunque se puede extrapolar a otros ámbitos—, cómo “[a] diferencia de las formas tradicionales de *colaboración* de los ciudadanos con la Administración, la presente idea de colaboración privada y empresarial presenta un carácter organizado, institucionalizado y estable, y se realiza no como un deber sino de forma voluntaria (...). Teóricamente, este fenómeno de colaboración entre Estado y empresas privadas en la satisfacción de los intereses generales puede verse en correspondencia con la idea de la ruptura de los planos de Estado y sociedad”, en “El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, *REDA*, núm. 94, 1997, pág. 214. Este último autor realiza también una reciente reseña sobre el tema en su trabajo “Derecho público y Derecho privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la Administración y el Derecho privado y sobre el tema de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999, págs. 203-211.

exclusiva y primordialmente en la organización administrativa, sino en niveles privados³⁶⁴ más atentos, por otra parte, a las demandas sociales y capaces, por tanto, de forzar el desarrollo científico-técnico. El resultado, como se observará, es que tanto en el ámbito de la Administración como en el de las entidades y empresas privadas, "(L)a programación estratégica está cada vez más en manos de círculos restringidos de científicos, gerentes y técnicos"³⁶⁵. La "fuga" del ingeniero, o su desinterés por la función pública, obedece a múltiples razones que ahora sería prolijo tratar, pero quizá cabe encontrar una razón para la contratación laboral de empleados al servicio de las Administraciones Públicas en la necesaria realización de determinados trabajos técnicos por parte de especialistas. En este sentido, ENTRENA CUESTA admite los contratos laborales como una excepción a la aplicación del régimen estatutario por la Ley para la función pública (art. 103 CE), si bien, limitados a aquellos supuestos en que no se ejercen funciones de soberanía³⁶⁶.

La Administración, consciente de haber perdido ese monopolio, se sabe y siente insegura. Ve como desde la sociedad se le exigen unas responsabilidades de las que, en muchos casos, ella sólo es titular nominalmente. Resulta pues lógico que trate de limitar su responsabilidad frente al desarrollo de la ciencia y de la técnica, tanto legalmente³⁶⁷ como mediante el fomento de nuevas fórmulas organizativas

³⁶⁴ Se trata de un proceso gradual iniciado ya hace algunas décadas. En el caso de España, como señala CALVO SÁNCHEZ, los planes de desarrollo económico de los años sesenta son los que generan, desde el sector privado, una fortísima demanda de profesionales técnicos. Hasta ese momento "los Ingenieros eran primordialmente funcionarios públicos; es más, la superación de los estudios daba acceso directo, sin oposición, al correspondiente Cuerpo. Hasta entonces apenas existía ejercicio privado". Vid. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 136.

³⁶⁵ Vid. X. ARBOS y S. GINER, *La gobernabilidad (Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial)*, Siglo XXI, Madrid, 2ª ed., 1996, pág. 79.

³⁶⁶ Vid. R. ENTRENA CUESTA, "El régimen estatutario de los funcionarios como postulado constitucional", en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Profesor E. García de Enterría)*, t. III, Madrid, Civitas, Madrid, pág. 2599 y ss. Aunque bien es cierto, como advierte S. DEL SAZ, que para este tipo de trabajos existe la técnica de los contratos administrativos, véase su trabajo, "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo (Tres estudios)*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 185.

³⁶⁷ Sumamente expresiva de esta tendencia es la nueva redacción que del artículo 141

que giran alrededor de sujetos o entidades privadas. A todo ello, cabe añadir también una creciente preferencia por procedimientos que incorporan un ejercicio consensuado de potestades administrativas. Como advierte SANCHEZ MORON, la actuación administrativa pasa a realizarse “sobre la base de la sustitución progresiva del principio de autoridad por el de composición negociada de intereses”³⁶⁸. Se trata de una opción que se ofrece de manera especial en el ámbito del medio ambiente a través de los llamados “acuerdos ambientales” entre la Administración y los particulares³⁶⁹. El peligro que presenta este tipo de actividad, en la que la Administración se aparta de las formas clásicas de intervención, es el de acabar adoptando “acuerdos informales” con sectores privados. En estos casos, según LADEUR, opera una renuncia de la Administración al cumplimiento total de las exigencias legales a cambio de la

LRJPAC realiza la Ley 4/1999, cuando a su primer apartado añade que: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos” (BOE, de 14 de enero de 1999). El contenido de este precepto no deja de ser criticable pues parece dar a entender que el desarrollo de la ciencia y de la tecnología no son incumbencia del Estado. Como bien advierte SALVADOR CODERCH, este planteamiento no resultaría constitucionalmente aceptable tanto con el derecho a la protección de la salud referido en el artículo 43.1 CE, como con el papel de promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica previsto en artículo 44.2 CE. Añade el citado civilista que “(P)arece olvidarse también que la regla del nuevo art. 141.1 prescinde incluso de la responsabilidad por negligencia –culpa *in vigilando*–, pues, al fijar como momento relevante el de la producción del daño ni siquiera se incentiva a los poderes públicos a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos que han tenido lugar entre el momento de la comercialización del producto y el –acaso muy posterior– de la producción del daño”. Véase, P. SALVADOR CODERCH y J. SOLE FELIU, *Brujos y aprendices (Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto)*, Marcial Pons, 1999, pág. 15.

³⁶⁸ *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración-CEC, Madrid, 1980, pág. 79.

³⁶⁹ Se trata en estos de plasmar jurídicamente la convergencia de dos voluntades: la de la Administración y la del particular. En todo caso, no se trata en estos casos, de una actividad informal que incide en otra de carácter formal, sino de una actividad formal que culmina en un acuerdo con eficacia jurídica. Por tanto, por supuesto, el acuerdo siempre debe ajustarse a la legalidad vigente. Sobre este tipo de actuación, véase M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, 1993, monográfico sobre “El Derecho Administrativo en Alemania: tendencias actuales (II)”, págs. 33-53; D. SANZ PEREZ, “Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental”, en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, diciembre 1999, págs. 1-12.

buena voluntad de aquellos sectores durante un período transitorio de tiempo³⁷⁰. Estos “acuerdos informales” no toman una forma jurídica³⁷¹ y manifiestan una evidente opacidad en su configuración, lo cual parece obviar toda posibilidad de control. Además, existe el riesgo, por parte de la Administración, de ceder el paso y acoger una “autorreglamentación” de origen extraadministrativo³⁷², carente de toda legitimación democrática y difícil de someter a un control jurisdiccional.

La complejidad técnica no sólo afecta a la actividad administrativa, sino que incide en los fines del Estado. El Estado de hoy—es decir, en el modelo de los países occidentales—no tiene como fin intrínseco la defensa frente al enemigo—*hostis*³⁷³, exterior o interior, sino que en su lugar debe afrontar riesgos y ese constituye, en palabras de ESTEVE PARDO, el objeto último de regulación³⁷⁴. Riesgos derivados de la complejidad tecnológica y cuya incidencia sobre los derechos fundamentales ha generado la necesidad de configurar mecanismos de control que, alejados de presiones políticas o mediáticas, garanticen una decisión imparcial y experta que tome en cuenta el interés público. La obligación de asegurar un control de ese tipo sobre la técnica aparece, para el Estado, como

³⁷⁰ K.- H. LADEUR, “Gestión de riesgos como tarea del medio ambiente público y privado”, en *IURIS*, núm. 1, Barcelona, 1994, pág. 256.

³⁷¹ KLOEPFER destaca que el adjetivo informal a ese tipo de acuerdos puede darse “precisamente porque su existencia ni está vinculada a determinados presupuestos jurídicos, ni genera directamente efectos jurídicos. Deben celebrarse sin forma específica, pero no contienen promesas de conductas vinculantes jurídicamente (en otro caso habrían de interpretarse como contratos. Mas bien se circunscriben a declaraciones de intenciones que en último caso no obligan jurídicamente, si bien es preciso en todo caso efectuar delimitaciones cuidadosas por razón de las numerosas graduaciones que se presentan en la praxis en una “zona gris entre vinculaciones jurídicas y fácticas”. Domina la forma de acuerdo conocida como *gentlemen's agreement*, que obliga a los intervinientes en términos morales o políticos, pero no precisamente jurídicos” (“En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, cit.).

³⁷² El tema es especialmente relevante en la “recepción” por asunción administrativa de normas técnicas elaboradas por asociaciones privadas, bien mediante reglamentos, bien en su interpretación de cláusulas generales —p. ej. el “estado de la técnica”—. Vid. G. LÜBBE-WOLFF, “El principio de cooperación en el Derecho medioambiental (¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?), en *Documentación Administrativa*, 235-236, pág. 405.

³⁷³ Tomamos aquí la acepción schmittiana del término enemigo, la que tiene carácter *público*. Véase, C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, pág. 59 y págs. 75-76.

³⁷⁴ J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 27

incuestionable ante la existencia de instalaciones industriales susceptibles de generar riesgos elevados y, consiguientemente, capaces de ocasionar graves daños no sólo a la integridad física de las personas, sino a un nuevo elemento objeto de singular tutela jurídica en estas últimas décadas: el medio ambiente. En este caso, como ha advertido el citado autor³⁷⁵ se ha quebrado el monopolio de la Administración en la prevención, control y reducción de riesgos. Tres son las notas fundamentales que ESTEVE PARDO destaca en la pérdida del protagonismo de la Administración. La primera es que estos riesgos “pueden” ser muy graves; en segundo lugar, *“su origen está en avanzadas y complejas tecnologías cuyos reales efectos y, por tanto, riesgos, y eventuales medidas de seguridad, requieren para su valoración un elevado nivel de conocimientos científicos y técnicos”*; y, finalmente, lo delicado de las decisiones en atención ya no tanto a problemas de conocimiento, sino de carácter ético. La combinación de estos elementos da como resultado un retraimiento de la Administración ordinaria en favor de una figura emergente: la del experto independiente. Por ello, este autor considera con acierto que *“en último término, el gran problema que al Derecho plantean estos riesgos es que, dada su incertidumbre, se desapodere a las instancias constitucionalmente habilitadas para decidir sobre ellos y se traslade esta decisión a expertos que presentan como legitimación sus conocimientos científicos y técnicos”*³⁷⁶.

Interesa destacar que el riesgo tecnológico ha supuesto en los últimos lustros del siglo XX la constatación de una nueva modernidad diametralmente opuesta a aquella modernidad que hasta ahora habíamos conocido. La modernidad surgida a partir de la Revolución industrial suponía que desarrollo científico y aplicación tecnológica iban parejos y no conocían límite alguno. En otras palabras, existía— cabe insistir en ello— el derecho a una innovación técnica permanente en el que los accidentes de la técnica se asumían como un *“tributo ineluctable del*

³⁷⁵ *Ibidem*, pág. 63.

³⁷⁶ *Ibidem*, pág. 39.

progreso”³⁷⁷. Por contra, el momento actual destacaría por plantear algunas reservas a ese derecho y someterlo a una confrontación de opiniones en lo que vendría a llamarse, por parte del sociólogo Ulrich BECK, una *modernidad reflexiva*³⁷⁸. En sustancia se trata de imponer de modo lícito límites a un desarrollo tecnológico dominante bajo la premisa de que no todo lo que es técnicamente realizable puede ser admisible³⁷⁹. Muestra de ello es la irrupción en el derecho positivo del principio de precaución, el cual encuentra su razón de ser en la confluencia del Derecho y la Ciencia³⁸⁰.

El cambio afecta, por supuesto, a la misma concepción de Administración. Esta, en un proceso progresivo de *publicatio*, había ido asumiendo nuevas funciones y responsabilidades al amparo de los títulos más diversos, de acuerdo a las circunstancias del momento y de forma un tanto oportunista. Hoy, las circunstancias y el oportunismo dictan, cuando menos en el sector económico y por ende en el desarrollo técnico, un prudente adelgazamiento del Estado³⁸¹—

³⁷⁷ *Ibidem*, pág. 35.

³⁷⁸ *Vid.* U. BECK, “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en U. BECK *et alii*, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 13 a 73.

³⁷⁹ En este sentido, y desde una perspectiva ética, se expresa la Encíclica *Fides et Ratio* de Juan Pablo II al criticar un cientificismo en el que “(...) los valores quedan relegados a meros productos de la emotividad y la noción de ser es marginada para dar lugar a lo puro y simplemente fáctico. La ciencia se prepara a dominar todos los aspectos de la existencia humana a través del progreso tecnológico. (...) En esta perspectiva, al marginar la crítica proveniente de la valoración ética, la mentalidad científicista ha conseguido que muchos acepten la idea según la cual lo que es técnicamente realizable llega a ser por ello moralmente admisible” (88).

³⁸⁰ *Vid.* L. BAGHESTANI-PERREY, “Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science”, en *Le Dalloz*, 1999, núm. 41, págs. 457-.

³⁸¹ La expresión “adelgazar el Estado” ha hecho fortuna especialmente en Alemania, país en el que un comité de expertos, presidido por el diputado y Profesor de Derecho público Dr. Rupert Scholz, presentó en 1997 el llamado informe “schlanker Staat”. Entre las propuestas del comité de expertos destacan aquellas propuestas en las que la actividad tradicional de la Administración puede verse sustituida por procedimientos basados en la autorregulación. Una traducción de las conclusiones del referido informe puede verse en M. DARNACULLETA y M. TARRES, “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe Schlanker Staat”, en *Auntonomies, Revista catalana de Derecho Público*, núm. 26, 2000, pág. 335 y ss. Sobre el tema de la modernización administrativa y con una referencia al informe “schlanker Staat”, *vid.* M^a J. MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001, págs. 88-92.

aunque sólo sea, en palabras de S. MARTIN-RETORTILLO³⁸², para someterse a una cura dietética que le permita ganar musculatura- y una expansión de lo privado que, es cierto, malamente conjuga con los patrones de una Administración autoritaria. Sin embargo, ello no significa el establecimiento de una frontera entre Estado y sociedad. No se entendería que en el marco de la globalización, la interrelación y la interdependencia, hubiese un elemento, importante y persistente como es el poder público, que no participase de esas características. Resulta así que el Estado se torna dialogante, participando en el debate social y aceptando, por ejemplo, que en la adopción de sus decisiones participen, en su calidad de expertos, sujetos privados ajenos a la organización administrativa. En suma, el Estado adopta el principio de precaución.

b) *Las nuevas tecnologías de la información: un ámbito inicialmente ajeno a los poderes públicos. El ejemplo de la ICANN*

El desplazamiento del Estado no sólo opera en sus tradicionales esferas de actuación. También en otros ámbitos más novedosos, los ligados a las tecnologías de la información, crecen y se expanden *ab initio* a partir de organizaciones privadas que bajo el paraguas de la autorregulación alejan una intervención estatal que antes hubiera resultado inexcusable. Es más, como recientemente ha advertido MUÑOZ MACHADO, en el sector de las tecnologías de la comunicación la incipiente regulación jurídica existente no tiene inconveniente alguno en invocar de forma asidua a la autorregulación "*para resolver problemas que resultan de difícil o imposible resolución por las autoridades públicas*"³⁸³.

³⁸² Idea sobre la que volveremos más adelante y que el Profesor S. MARTIN-RETORTILLO refiere en dos recientes y sugerentes trabajos: "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años" (*RAP*, núm. 150, 1999, especialmente pág. 269 y ss.) y "La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho" (*Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 203-216).

³⁸³ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 59.

Hoy, además, la dirección estatal de la técnica es difícil, no sólo por razones de conocimiento, sino también por la existencia de una decidida voluntad social de evitar una injerencia de los gobiernos y sus administraciones en la organización de este tipo de tecnologías. Intervención que, además, es vista con sumo recelo por ver en ella una cortapisa a las posibilidades democráticas que se abren con la sociedad de la información.

Ejemplo de lo expuesto es el caso del organismo rector de Internet³⁸⁴: el “Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (ICANN)³⁸⁵. La ICANN es la única organización con capacidad para fijar los criterios técnicos básicos en el desarrollo de Internet. Pues bien, los miembros de su consejo de administración fueron elegidos el pasado mes de octubre de 2000 mediante una votación *on line* que estaba abierta a todos los usuarios de la red que se hubieran registrado en la página Web del ICANN³⁸⁶. El ejemplo de la ICANN es realmente sorprendente, porque nos demuestra con luz y taquígrafos la aparición de organizaciones privadas que asumen el gobierno de nuevas tecnologías generadoras de riqueza y condicionan de manera absoluta cualquier intento de regulación que pretenda llevar a cabo un Estado—salvo quizás EE.UU-. Así, por ejemplo, en el caso de la asignación de nombres de dominio en Internet (DNS)³⁸⁷ los Estados poco pueden hacer en una materia que desde sus inicios se ha desarrollado de modo similar al

³⁸⁴ Acrónimo de “International Network”.

³⁸⁵ El ICANN tiene como antecedente al IANA (Autoridad de Números Asignados de Internet). El IANA fue establecido y dirigido por Jon Postel, de la Universidad del Sur de California, uno de los pioneros y gurús de Internet. Sobre la problemática que encierra el registro de nombres de dominio en Internet, véase el sugerente libro de uno de los inventores del “World Wide Web”, T. BERNERS-LEE, *Tejiendo la red*, Siglo XXI, Madrid, 2000, pág. 119 y ss.

³⁸⁶ Véase el artículo publicado bajo el título “Las primeras elecciones virtuales llevan a un hacker al máximo órgano técnico de la Red” en el periódico *La Vanguardia* de 12 de octubre de 2000

³⁸⁷ El DNS (Domain Name System) es un expediente técnico cuya función es facilitar la navegación por Internet al usuario. Presenta las direcciones IP (Internal Protocol, es el protocolo que gobierna el modo en que los ordenadores envían paquetes por Internet) bajo la apariencia de signos o de palabras (nombres), evitando así el uso de largas combinaciones numéricas.

de una comunidad transnacional de *savants*³⁸⁸. Es el ejemplo que nos ofrece en España la Orden del Ministerio de Fomento, de 21 de marzo de 2000³⁸⁹, al regular el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es)³⁹⁰. Esta disposición reconoce como responsable de la administración, *en el ámbito mundial* (sic), de los nombres y direcciones numéricas de Internet a la “*organización supranacional ICANN*”³⁹¹, en cuyo seno, como se ha expuesto, no son precisamente los Estados quienes llevan la batuta. Salvo el caso de EE.UU, el papel de los Estados en este tema ha sido hasta el momento bastante residual como lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que los dominios de cada territorio³⁹² —en el caso español “.es”- son definidos por una norma internacional elaborada por un organismo privado de normalización, ISO³⁹³. Añadir sólo que en España, la labor

³⁸⁸ Este es, desde luego, el caso de Internet en cuya expansión ha jugado un papel esencial el consorcio “World Wide Web” formado por científicos y técnicos de todo el mundo. Este consorcio ha posibilitado desarrollar protocolos comunes para destacar la interoperabilidad del Web, así como especificaciones técnicas abiertas. Además, según el director del consorcio, Berners-Lee, la rapidez ha sido un objetivo pretendido, evitando los largos procesos de votaciones internacionales que requiere la aprobación de estándares por parte de los organismos de normalización. Esto permitió, por ejemplo, que la primera versión del navegador de Netscape, lanzada el 15 de diciembre de 1994, fuese compatible con el sistema operativo Windows de Microsoft, el sistema X-Windows de Unix, y el Macintosh. Además, era gratis. Véase T BERNERS-LEE, *Tejiendo la red, op. cit.*, págs. 85-96.

³⁸⁹ BOE, de 30 de marzo de 2000. Esta Orden ha sido modificada por la de 12 de julio de 2001, del Ministerio de Ciencia y Tecnología (BOE, de 21 de julio de 2001). La situación anterior a la aparición de esta disposición la describe muy atinadamente E. GARCIA-TREVIJANO GARNICA en su artículo “¿Es aplicable la responsabilidad administrativa por la denegación, para operar en Internet, del registro de un nombre de dominio de DNS de segundo nivel bajo “es”?”, en *RAP*, núm. 149, 1999, págs. 311-319. En este trabajo se refiere un dictamen del Consejo de Estado (4862/98, de 4 de febrero de 1999) sobre una reclamación como consecuencia de una denegación de un dominio de segundo nivel bajo “.es” por parte del organismo a quien entonces correspondía la asignación: el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

³⁹⁰ Se trata de un nombre de dominio de los llamados de segundo nivel.

³⁹¹ El propio ICANN ha articulado un sistema extrajudicial y supranacional para la resolución de los conflictos en materia de nombres de dominio. En este tema, véase R. CASAS VALLES, “Política uniforme para la resolución de conflictos en materia de nombres de dominio”, en *Internet y Derecho* (J. Cremades, R. Illescas y M. A. Fdez.-Ordoñez), Madrid, La Ley, 2001.

³⁹² Existen, además, otros dominios de carácter internacionalizado, por ejemplo “.org” relativo a organizaciones. El registro de los llamados IDN (Nombres de Dominio Internacionalizado) es realizado por empresas privadas de todo el mundo.

³⁹³ Se trata del código ISO-3166.

de asignación de nombres de dominio “.es” la realiza la entidad empresarial “Red.es”³⁹⁴, en virtud de la designación efectuada mediante Resolución de la Secretaría General de Telecomunicaciones, de 10 de febrero de 2000³⁹⁵.

Los aspectos técnicos son los que justifican una clara supeditación de los Estados respecto a unas organizaciones privadas que establecen normas que acabarán vinculando aquéllos. Por supuesto el caso de la ICANN no deja de plantear cuestiones. La primera es la indudable ausencia de legitimación democrática. En segundo lugar, la evidente relación de elementos de autorregulación existentes en Internet no deben llevar a considerarle como un espacio ajeno al Derecho y a toda intervención pública. Por ejemplo, en el tema de los contenidos y su acceso VILLAR PALASI ha advertido con total acierto que *“el autocontrol o la apelación a los standards de conducta razonables no debe suponer la abdicación de los Estados o de la soberanía internacional”*³⁹⁶.

³⁹⁴ El artículo 45 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos del Estado de 2001 estableció la creación de una entidad pública empresarial, “Red.es”, encargada de los dominios “.es” sustituyendo la del ente público “Red Técnica Española de Televisión”. Además, se contempla la posibilidad de fijar el precio de determinados dominios a través de un sistema de subasta y elevar las tasas de asignación y mantenimiento del resto. Según noticia recogida en el periódico “Cinco días” (14.11.2000) el sistema supone “romper con una tradición internacional derivada de las prácticas de la propia ICANN, estableciendo criterios de mercado para fijar el precio de adquisición en lugar de criterios de coste de mantenimiento del servicio”.

³⁹⁵ BOE, de 6 de marzo de 2000. Con anterioridad era el Consejo Superior de Investigaciones Científicas el organismo que venía desarrollando la labor de registro del dominio “.es”. Sobre la naturaleza administrativa de la actividad de registro de nombres de dominio de segundo nivel en Internet (“.es”), véase J. M. SALA ARQUER y S. A. BELLO PAREDES, “Los dominios de segundo nivel en Internet: una aproximación desde el Derecho Público”, en *Derecho sobre Internet*, Banco Santander Central Hispano, <http://www.derechosobreinternet.com>.

³⁹⁶ J. L. VILLAR PALASI, “Implicaciones jurídicas de Internet”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, 1998, pág. 513.

3.2.2 *La colaboración de los sujetos privados bajo control administrativo*

a) *La integración de los sujetos privados en instancias públicas: Administraciones independientes y expertos*

- Justificación a la existencia de las Administraciones independientes

Las llamadas Agencias o autoridades independientes encuentran su origen en el ámbito jurídico y político anglosajón de finales del siglo XIX³⁹⁷. Sintéticamente, la razón de ser de este tipo de entidades radica en su función de regulación en clave económica. Tarea llevada a cabo de modo neutral a partir de la independencia que el legislativo garantiza a la Agencia respecto al poder ejecutivo. Sin embargo, el ámbito de actuación de este tipo de organizaciones ha ido ampliándose con el tiempo y superando, en ocasiones, el objetivo de la regulación económica. Fundamentalmente, la actividad de este tipo de entes se dirige hacia sectores que ofrecen una cierta complejidad y rápida evolución de naturaleza técnica u organizativa que, por lo demás, justifica la superación de una intervención legislativa detallada, así como de los tradicionales modos de gestión administrativa.

Tal es, de manera singular, el caso de la energía nuclear, cuyo sistema de supervisión en EE.UU fue diseñado a partir del modelo de las Agencias independientes. Como advierte MORENO MOLINA³⁹⁸, la creación de la "Atomic Energy Commission" (AEC)³⁹⁹ –antecedente de la "Nuclear Regulatory

³⁹⁷ Sobre el origen histórico e implantación del fenómeno de las Agencias independientes en los EE.UU, véase A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 98 y ss.

³⁹⁸ *Ibidem*, pág. 264.

³⁹⁹ Prevista en la Ley de la energía atómica de 1946 (*Atomic Energy Act of 1946*).

Commission" (NRC)⁴⁰⁰- no responde en sus orígenes a una justificación económica, dada la inexistencia de industria privada en el sector, sino a una necesidad pública de "seguridad". La aprobación de la citada ley, así como la creación de la nueva Agencia, tuvieron lugar poco después de la II Guerra Mundial. Junto a las muy diversas consideraciones que pronto surgieron en relación a la energía atómica, se suscitaron especialmente las relativas al establecimiento de un marco jurídico adecuado, y el cómo debía articularse a supervisión sobre el uso civil de esta nueva fuente de energía⁴⁰¹, de una indudable complejidad técnica⁴⁰². Su incidencia sobre la misma existencia del ser humano hizo que la seguridad fuese, como se ha dicho, el aspecto que más se tuvo en cuenta en el país que desarrolló inicialmente la energía del átomo.

La respuesta dada en EE.UU y luego extendida a otros países, incluido el nuestro, ha sido la participación de expertos independientes como elemento que debe garantizar la fiabilidad de las decisiones y su adecuación al estado de la ciencia y de la técnica. Así, se ha visto el interés en la existencia de organismos independientes (en el caso español, el Consejo de Seguridad Nuclear)⁴⁰³, equidistantes del poder público y de los sectores privados afectados, el instrumento idóneo que permite garantizar una supervisión pretendidamente neutral, preferentemente experta y el máximo alejada a posibles vaivenes

⁴⁰⁰ Creada por la Ley de reorganización de la energía atómica de 1974 (*Atomic Energy Reorganization Act of 1974*). Sobre la misma véase la citada obra de MORENO MOLINA, págs. 263-292.

⁴⁰¹ Pionera sobre este tema en España es la obra de L. MARTIN-RETORTILLO, *Energía nuclear y Derecho (Problemas jurídico-administrativos)*, IEP, Madrid, 1963.

⁴⁰² Tras la promulgación de la Ley de la Energía Atómica de 1946, H. S. Marks destacaba como "(...) gran parte de la materia es técnicamente compleja, y, por ello, difícil de comprender. No es sólo compleja, es totalmente desconocida(...)", citado por MORENO MOLINA, *op. cit.*, pág. 265.

⁴⁰³ Ley 15/1980, de 22 de abril, por la que se crea el Consejo de Seguridad Nuclear que se constituye como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica; y RD 1157/1982, de 30 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica del Consejo de Seguridad Nuclear –modificado por el RD 469/2000, e 7 de abril de 2000-. *Vid.* F. LOPEZ RAMON, "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", *RAP*, núm. 126, 1991, págs. 189 y ss.

políticos⁴⁰⁴. En este sentido, MALARET advierte como “la neutralidad es una exigencia ligada no sólo al carácter técnico de la materia, sino también, y sobre todo, una garantía contra la parcialidad de la acción gubernamental y las presiones de intereses fuertes y organizados”⁴⁰⁵.

Este tipo de descentralización funcional, ampliamente extendida, es el que se corresponde con el fenómeno de las Administraciones independientes⁴⁰⁶, las razones de cuyo origen, siguiendo a PAREJO⁴⁰⁷, se encontrarían: a) en evitar una intervención directa del poder público en ciertos sectores, que se considera inoportuna o inadecuada; y b) en posibilitar una “acción ordenadora o reguladora” más adaptada a nuevos tipos de exigencias principalmente de naturaleza técnica. De este modo, el Estado consigue también, en nuestra opinión, descentralizar la adopción de decisiones de las que, al fin y al cabo, él sigue siendo el responsable conforme a la función de garante que tiene encomendada respecto a la seguridad de los ciudadanos.

⁴⁰⁴ Vid. G. ARIÑO, “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en *Administración instrumental*, op. cit., vol. I, pág. 61. También en *Economía y Estado*, op. cit., pág. 380 y ss.

⁴⁰⁵ E. MALARET, “La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)”, *REDA*, núm. 76, 1992, pág. 571 y ss. Añade la misma autora, en lo que se refiere a las Administraciones independientes, como “razones de eficiencia, pero sobre todo de garantía, presiden la creación de estas instituciones. Se trata de sectores donde la confrontación entre los derechos privados vinculados a la iniciativa económica, las libertades fundamentales y los intereses protegidos por el ordenamiento es particularmente compleja”.

⁴⁰⁶ Sobre el tema de las Administraciones independientes, entre otros, véase: A. BETANCOR RODRIGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994; E. GARCIA LLOVET, “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, núm. 131, 1993, pág. 61 y ss.; T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, “Reflexiones sobre las llamadas Autoridades administrativas independientes”, en *Administración instrumental*, op. cit., vol I, pág. 426 y ss.; L. A. POMED SANCHEZ, “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes”, *RAP*, núm. 132, 1993, pág. 117 y ss. Con importantes objeciones a este modelo de organización J. R. PARADA VAZQUEZ, “Las Administraciones independientes”, en *Administración instrumental*, op. cit., vol. I, pág. 653 y ss.; del mismo autor véase también su juicio negativo en *Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 266 y ss. Por último, aunque primero por orden cronológico, el trabajo de J. M. SALA ARQUER, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *REDA*, núm. 42, 1984, pág. 420 y ss.

⁴⁰⁷ L. PAREJO, “La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”, en *Administración instrumental*, op. cit., vol. II, pág. 636.

La aparición de las Administraciones independientes⁴⁰⁸, o entes de supervisión⁴⁰⁹, constituye, pues, un ejemplo de un desplazamiento institucionalizado hacia sujetos privados –y expertos– de facultades decisorias y normativas⁴¹⁰. En el caso español, esa asignación, desde la legislación estatal de competencias reguladoras hacia entes creados *ad hoc*, incide, además, en el complejo reparto de competencias económicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tal como señala MUÑOZ MACHADO⁴¹¹, la atribución en bloque de competencias de regulación que caracteriza a esas nuevas autoridades administrativas no siempre es compatible con las previsiones constitucionales relativas al juego de competencias legislativas y ejecutivas entre las Administraciones estatal y autonómica.

Ahora bien, en lo que nos interesa, las administraciones independientes constituyen una clara muestra de cómo las exigencias de un pretendido control

⁴⁰⁸ Siguiendo a TEROL GOMEZ, entre los elementos característicos de las Administraciones independientes se ofrecen, con diferente intensidad, los siguientes: "a) cierto condicionamiento material en el nombramiento de sus órganos directivos o de gobierno, a los que se dota de períodos de mandato de más de cuatro años teniendo muy tasadas las causas de cese; b) las resoluciones que dicten estas entidades agotan la vía administrativa; c) no sometimiento a instrucciones jerárquicas en el momento de la toma de decisiones; y d) ejercicio de especiales potestades sobre los sectores en los que se incardinan, como la normativa o la sancionadora", *vid.* R. TEROL GOMEZ, *El control público de las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 71.

⁴⁰⁹ Así las califica A. BETANCOR RODRIGUEZ en su libro *Las Administraciones independientes*, *op. cit.*, pág. 25.

⁴¹⁰ La asignación mediante ley de competencias normativas a este tipo de entidades ha sido tratada por S. MUÑOZ MACHADO para quien "(B)asta con que la Ley establezca las condiciones y los límites del ejercicio del poder normativo por las comisiones independientes. (...) Sin embargo, el poder normativo que se entrega desde la Ley a las comisiones independientes, no necesariamente tiene que concebirse como de "desarrollo" de sus preceptos. La Ley opera una habilitación a favor de las entidades independientes para que dicten normas en los sectores económicos que están sometidos a su supervisión. Basta con esta habilitación para que el poder reglamentario derivado sea legítimo. Dicho poder reglamentario no tiene porqué consistir únicamente en operaciones de complementación de la Ley.", en *Servicio público y mercado I (Los fundamentos)*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 286. Sobre la discrecionalidad normativa de las Administraciones independientes, véase C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 286-287.

⁴¹¹ *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO, "Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías", en *RAP*, núm. 153, 2000, pág. 199 y ss.

neutral⁴¹², pero a la vez especializado, sobre la rápida evolución de la técnica obligan al Estado a crear *ex lege*⁴¹³ organismos independientes en cuya composición ostentan un papel relevante los expertos⁴¹⁴. En definitiva, como destaca RIVERO ORTEGA, las Administraciones independientes constituyen una solución organizativa que persigue la legitimación técnica⁴¹⁵. Legitimación que les permite operar en unos ámbitos en los que tradicionalmente, como señala ESTEVE PARDO, se ha dado una muy directa interacción entre Estado y sociedad⁴¹⁶. Fundamentalmente, siguiendo a este autor, se trata de tres: derechos y libertades, actividad económica, y decisión sobre riesgos de corte científico y tecnológico. En cada uno de estos ámbitos, relevantes todos para el conjunto de los ciudadanos, emerge a modo de oráculo la figura del experto.

- El necesario contraste democrático sobre las decisiones del experto

El desplazamiento de facultades decisorias hacia sujetos privados obedece a motivaciones técnicas, encontrando la habilitación en su calidad de “expertos”. La Técnica presenta aquí su más clara diferencia con el Derecho, ya que la primera se basa en un razonamiento caracterizado por la calidad científica y por el grado de experimentación más que por la autoridad. En cambio, para la ciencia del Derecho la existencia de autoridad constituye, según señalarasCHMITT, el abono necesario para su desarrollo⁴¹⁷.

⁴¹² Vid. A. La SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bolonia, 2000, pág. 62.

⁴¹³ T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ no ve obstáculo a que el Legislador cree Administraciones independientes, sustraídas al poder de dirección del Gobierno, siempre que exista un consenso social y la neutralización de la actividad se base en un valor constitucional relevante.

⁴¹⁴ En este tema véanse las consideraciones de J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho*, *op. cit.*, pág. 62 y ss.

⁴¹⁵ R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 143.

⁴¹⁶ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Racionalidad privada y efectos públicos* (en prensa).

⁴¹⁷ Afirmará el jurista alemán que: “(S)obre la base de su superioridad formal, la ciencia del

Ahora bien, ¿quién es el experto?. Como advierte agudamente el filósofo alemán Hans-Georg GADAMER, “*el experto se encuentra entre la ciencia, en la que debe ser competente, y la práctica político-social*”⁴¹⁸. El experto es requerido por sus conocimientos científicos para ofrecer una respuesta definitiva que, por otra parte, resulta difícil que un científico en sentido estricto se atreviese a dar⁴¹⁹. De ahí que ese añadido de “práctica político-social” sea el elemento característico del experto. La figura del experto es, sin duda, la más solicitada hoy en nuestra sociedad. Lo es por los Tribunales para recabar su parecer mediante dictámenes periciales que, por otro lado, el juez no está obligado a seguir; también por la Administración, en donde es el político quien deberá adoptar la decisión última, aunque con una pretendida desresponsabilización amparada en la recomendación del experto⁴²⁰; y el propio legislador encontraría también limitada su capacidad directiva en aras de exigencia constitucional que dispone la participación social en la elaboración de las normas, abriendo las puertas a comisiones de expertos que, como bien señala MONTORO CHINER, opinan sobre valores en conflicto que no son del dominio reservado de la ciencia ni de los científicos⁴²¹.

Derecho (...) puede fácilmente admitir un comportamiento similar frente a las cambiantes formas políticas, y relacionarse de forma positiva frente a distintos complejos de poder, con el único presupuesto de que basta un mínimo de Forma, que <<exista un ordenamiento constituido>>. Tan pronto como la nueva situación permite reconocer una autoridad, se ofrece suelo abonado para una ciencia del Derecho, un fundamento concreto para una Forma sustancial”. C. SCHMITT, *Catolicismo y forma política*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 37.

⁴¹⁸ H.-G. GADAMER, “Los límites del experto”, en *La herencia de Europa –Ensayos-*, Península, Barcelona, 1990, págs. 127-128.

⁴¹⁹ En este sentido M. CUCHILLO FOIX expone acertadamente, al referir la adopción de decisiones conflictivas en las complejas sociedades occidentales, como existe “la constatación que los conocimientos científicos, técnicos y profesionales, supuestamente garantizadores del acierto y eficacia de múltiples decisiones administrativas y de gestión son, reconocidamente incluso y sobre todo por las ciencias llamadas exactas, altamente *inexactos*”, en la Introducción a su libro *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 59-60.

⁴²⁰ Vid. X. ARBOS y S. GINER, *La gobernabilidad*, op. cit. págs. 79-80.

⁴²¹ Véase M^a J. MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas*, op. cit., pág. 44.

Sin embargo, la *auctoritas* profesional del experto no permite en ningún caso que sea él quien decida. Ni en aquellos supuestos en que el *experto* aparece como el elemento definidor de un determinado tipo de organización institucional de control sobre la ciencia o la técnica. Por más que la sociedad deposite toda su fe en el experto y pretenda delegar toda responsabilidad en la ciencia, ello no es posible. La decisión debe seguir estando en la sociedad, lo cual obliga, en palabras de ARBOS y GINER, a una “*repolitización del ámbito ocupado hoy por los expertos*”⁴²².

Efectivamente, en un Estado democrático el experto es situado por la ciudadanía en una atalaya que le posibilita hacer previsiones, ponderar riesgos y, en su caso, decidir legítimamente las medidas correctoras oportunas, pero no le es permitido escamotear información u ofrecerla de manera parcial. Por este motivo, la del experto no deja de ser una figura controvertida. Que la ciudadanía acepte dejar en manos de un grupo cualificado de ciudadanos la toma de decisiones trascendentales para el gobierno de la comunidad es un tema no exento de peligros para la propia sociedad. La legitimación del experto fundado en su saber no tiene porque ser cuestionada, siempre que la misma no tenga un carácter institucionalizado que ahogue el debate⁴²³. Precisamente, el libre contraste de pareceres es el que debe hacer posible la toma de decisiones de un modo no técnico y, en consecuencia, de manera más democrática⁴²⁴.

El de las Administraciones independientes, por ejemplo, es un modelo de organización en el que primando el criterio del experto concurren también otras

⁴²² Vid., *La gobernabilidad, op. cit.*, pág. 80.

⁴²³ Como expone BELTRAN DE FELIPE, se otorga un poder demasiado relevante a la preparación técnica, como criterio determinante, cuando en un sistema democrático la opinión de los expertos no tiene un valor absoluto, sino relativo. Vid. M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁴²⁴ U. BECK lo sintetiza perfectamente al afirmar que “la soberanía para tomar y justificar decisiones técnicas de manera no-técnica es una medida para el grado evolutivo de la democracia”, en *Políticas ecológicas en la edad del riesgo (Antídotos. La irresponsabilidad organizada)*, El Roure, Barcelona, 1998, pág. 65.

consideraciones. En cierto modo significa romper con un célebre adagio según el cual los expertos deben estar a mano, no con la mano en el mando⁴²⁵, con ello quiere resaltarse que el conocimiento es requisito necesario pero no suficiente para la adopción de decisiones que afectan a los ciudadanos; es también exigible una legitimidad democrática. En este sentido, las Administraciones independientes pueden tomar decisiones más o menos relevantes gracias a la delegación que en ellas realiza el poder legislativo, pero en última instancia éste siempre podrá “rescatar” el ejercicio directo de la decisión. Hechos como una supuesta falta de detección, luego noinformación desde el primer momento de una fuga radiactiva –según se dijo no relevante-⁴²⁶, constituye un antecedente que hace albergar algunas dudas sobre la función de este tipo de organización en el control de los riesgos tecnológicos.

El cuestionamiento no puede, claro está, ser formulado sobre la base de consideraciones científico-técnicas, sino que se formula desde el principio de que en un Estado democrático, en una sociedad abierta⁴²⁷, no es posible que ese tipo de decisiones sean adoptadas de forma secreta y al margen del ciudadano. Efectivamente, el tipo de relación que se plantea es sólo entre el experto y el político, excluyendo –al menos directamente- al ciudadano. En este supuesto la existencia de conflicto o confrontación de pareceres es más bien limitada, cuando

⁴²⁵ Véase R. DAHL, *La democracia (Una guía para los ciudadanos)*, Taurus, Madrid, 1999, pág. 83.

⁴²⁶ Se trata del incidente producido el 30 de mayo de 1998 por un escape de cesio 137 en una factoría sita en la localidad gaditana de Palmones. El escape provocó una nube tóxica que atravesó parte de Francia y llegó hasta Italia. El incidente ha generado repercusiones internacionales, pues las mediciones efectuadas en Italia registraron niveles peligrosos de radiactividad en las provincias de Liguria y Piamonte. Por este motivo la fiscalía de Turín inició la instrucción de un proceso que ha conllevado el procesamiento de los directivos españoles de la citada factoría por el delito de “vertido peligroso de sustancias”, previsto en el artículo 674 del Código Penal italiano. La noticia del referido procesamiento aparece en el periódico *La Vanguardia*, de 9 de diciembre de 2000.

⁴²⁷ Sobre el concepto de “sociedad abierta”, la que pone en libertad las facultades críticas del hombre, es inexcusable hacer referencia a la obra de K. R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Paidós, Barcelona, 1994). Transcurrido ya más de medio siglo de su redacción, en el momento álgido de los totalitarismos, la lectura de este libro sigue constituyendo un auténtico tónico para el mantenimiento de la responsabilidad humana.

no inexistente. Ello se debe en muy buena medida al planteamiento tradicional del papel del experto en el que la sociedad *asumía* sin discusión sus opiniones⁴²⁸, y a la forma, antes descrita, en que se han articulado tradicionalmente las relaciones entre Estado y técnica en naciones como Francia o España. Ahí, la técnica se ha encontrado tradicionalmente monopolizada en la Administración, al margen, por tanto, de los intereses privados de la sociedad. El ingeniero, el experto, era un funcionario y su cometido consistía en asesorar al político, quien a su vez tomaba como propio lo dictaminado por el técnico funcionario. Este modelo tiende a concentrar en una misma instancia el poder normativo, la competencia técnica y la autoridad del Estado. El técnico-funcionario ha venido definiendo, por ejemplo, las reglamentaciones técnicas, asegurado su ejecución y, finalmente, valorado su cumplimiento. Aunque positivo en su origen por el beneficio que suponía una centralización y uso racional de la técnica, este tipo de organización ha acabado resultando poco dinámico y falto de participación social⁴²⁹.

En la actualidad, sin embargo, el experto, por regla, no se extrae de la función pública, sino que proviene de sectores empresariales. Este es un elemento que debemos destacar y del que derivan dos consecuencias inmediatas. La primera es la de que resulta lógico pensar que el político debe ser mucho más comedido en la aceptación de lo que el técnico "externo" le propone⁴³⁰ y debe tratar de

⁴²⁸ Vid. A. GIDDENS, *Un mundo desbocado (Los efectos de la globalización en nuestras vidas)*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 43.

⁴²⁹ Sobre este punto, comparando los modelos francés y americano de organización de la ciencia, vid. J. THEYS, "L'expert contre le citoyen? Le cas de l'environnement", en Ch. Join-Lambert, *L'Etat moderne et l'administration*, Paris, LGDJ, 1994, págs. 151-165.

⁴³⁰ Pese a ello es difícil sustraerse a la opinión del experto. Como escribe U. BECK, "(T)odos dicen: es natural que los técnicos tengan que tener la palabra decisiva en las "cuestiones clave" de la técnica. Esto es válido ya por la simple razón de que la rápida evolución de la técnica no permite fijaciones a largo plazo, y las personas ajenas no podrán otear el terreno. Por otro lado, se entrega así un cheque en blanco a las asociaciones de ingenieros, a los destacados expertos en medicina, etc., para decisiones políticas fundamentales. Las instituciones democráticas firman, como quien dice, su propia acta de capitulación y, con toda gloria de su competencia formal, ceden el poder en lo referente a las cuestiones de seguridad a los "paragobiernos tecnocráticos" de los grupos de organización gremial", en *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, op. cit., pág. 210.

buscar un segundo parecer que garantice un elevado nivel de participación ciudadana. En este sentido, la incorporación del técnico externo a las “Administraciones independientes”, o en “Comisiones de expertos” –caso del PVC- se realiza en la forma de elemento consultivo. Y, en segundo lugar, la colaboración de expertos externos nos ofrece un ejemplo de entrecruzamiento del derecho público con sujetos privados.

No obstante, junto al tipo de organización institucional⁴³¹ de las Administraciones independientes que en la actualidad se nos ofrece en sectores tan diversos como la protección de datos⁴³², el mercado de valores⁴³³, la política monetaria⁴³⁴, la energía⁴³⁵, o las telecomunicaciones⁴³⁶, aparecen también modelos de colaboración entre Estado y privados en los que la voluntariedad de los segundos en el ejercicio de la actividad –en algunos casos actividades tradicionalmente consideradas como públicas- se contrapone a una mera actividad de supervisión por parte de la Administración que trata de ser indirecta con el fin de limitar cualquier tipo de responsabilidad. En estos casos, el eje subjetivo de la actividad radica estrictamente en niveles privados, y la intervención del Estado–siendo

⁴³¹ La Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, sanciona claramente este tipo de categoría institucional en su Disposición Adicional décima en base al reconocimiento legal de su “independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado”.

⁴³² Art. 34 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y RD 428/1993, de 26 de marzo. Vid. X. MURO I BAS, “La Agencia de protección de datos”, *RAP*, núm. 147, 1998, págs. 381 y ss.

⁴³³ Ley 24/1988, de 28 de julio. Vid. A. JIMENEZ BLANCO, *Derecho público del mercado de valores*, CEURA, Madrid, 1989, pág. 92 y ss.; E. MALARET, “La Comisión Nacional del Mercado de Valores...”, cit., pág. 571 y ss.

⁴³⁴ Ley 13/1994, de 1 de junio, modificada por la Ley 12/1998, de 28 de abril. Vid. L. A. POMED SANCHEZ, *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁴³⁵ Arts. 6 y 8 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, por la que se crea y establecen las funciones de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.

⁴³⁶ Es el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones creada por el RD-Ley 6/1996, de 7 de junio, que tras su tramitación como proyecto de ley se tornó en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Vid. J. M. SALA ARQUER, “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en la obra colectiva *Telecomunicaciones por cable*, El Consultor- La Ley, Madrid, 2000, págs. 377-403; R. TEROL GOMEZ, *op. cit.* y la extensa bibliografía que se cita en esta reciente obra.

necesaria- adopta un carácter cuando más de carácter preceptoril. Se trata no ya, al menos en un primer término, de garantizar un control, sino de asegurar más bien un marco normativo que permita, por ejemplo, la competitividad industrial o, en otras palabras, el desarrollo de los nuevos modelos socioeconómicos que se perfilan en este inicio de milenio a partir de las nuevas tecnologías de la información. En este último caso se hace evidente el emerger de una tensión entre regulaciones públicas y autorregulaciones privadas. Tensión que, en última instancia, pone de manifiesto un antagonismo pretendidamente superado pero permanente, el de Estado y sociedad. Así lo advierte ESTEVE PARDO cuando observa que innovaciones institucionales como las Administraciones independientes o, como veremos, la creciente llamada a la autorregulación social, ponen de relieve como ese dualismo cobra nueva vida. Se trata, en palabras de este autor, de *“dos realidades con su propia entidad, con sus relaciones, remisiones y equilibrios más o menos logrados”*⁴³⁷.

b) *La delegación de funciones públicas en entidades privadas por razones de complejidad técnica*

La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas es, como advierte RIVERO ORTEGA, una de las cuestiones de mayor trascendencia que se le plantean al Derecho administrativo del siglo XXI⁴³⁸. El tema no es, desde luego, un fenómeno novedoso, sino incluso clásico. Tales son los ejemplos del capitán de buque, o la actuación de determinados profesionales, como son los notarios. En este tema resulta inexcusable la referencia al trabajo de F. SAINZ MORENO *“Ejercicio privado de funciones públicas”*⁴³⁹ en el que se nos ofrecen diferentes ejemplos cuya nota común es que la responsabilidad de la función

⁴³⁷ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Racionalidad privada y efectos públicos* (texto mecanografiado inédito pendiente de publicación).

⁴³⁸ R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 140.

⁴³⁹ *RAP*, núm. 100-102, pág. 1699 y ss.

pública recae siempre sobre una persona física legalmente habilitada. Son las leyes y no la Administración quienes habilitan a esos profesionales y, en todo caso, la función de aquélla queda limitada a aspectos organizativos. Aquí, a distinción entre *habilitación* para el ejercicio de una función pública y *concesión* para la prestación de un servicio público aparece como necesaria cuando lo que se pretende es distinguir entre actividades prestacionales con un componente económico de aquéllas otras en que se ejercita poder público⁴⁴⁰.

El tema, como hemos dicho *clásico*, ha suscitado un creciente interés doctrinal en estos últimos tiempos por la aparición de nuevos ámbitos en los que la colaboración privada ha emergido—está emergiendo— a través de muy diversos cauces jurídicos; incluso, advierte GONZALEZ-VARAS, “*puede que no ligue al colaborador con la Administración vínculo alguno, no obstante lo cual puede constatarse que, de hecho, aquél está ayudando a realizar una función pública*”⁴⁴¹. Además, esta nueva cooperación pone de manifiesto la progresiva erosión de la frontera entre lo público y lo privado o, si se prefiere, una reconsideración de la correlación entre Estado y sociedad.

A diferencia de los supuestos tradicionales, la actual colaboración privada se brinda de manera especial en el ámbito de la seguridad y abre el debate en torno a las posibilidades y límites en la privatización de funciones típicamente administrativas⁴⁴². Significativamente, debe destacarse que la actual traslación hacia privados de funciones públicas no opera sobre personas físicas sino jurídicas, lo cual constituye un elemento muy diferenciador respecto al *clásico* ejercicio de funciones públicas. Cabe también añadir una notoria ausencia de

⁴⁴⁰ En este sentido, y referido al ejemplo de los notarios, véase J. ESTEVE PARDO, “El concepto de funcionario público en la Ley Orgánica del Notariado de 1862 (Notariado y burocracia en la España del siglo XIX)”, en *Simposio Notarial* 83, pág. 1119.

⁴⁴¹ S. GONZALEZ-VARAS, “Derecho público y Derecho privado: (Reseña...)”, cit., pág. 204.

⁴⁴² Véase la obra de C. PADROS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras (Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 2001.

cobertura legal en lo que respecta a esas nuevas habilitaciones que con carácter general cuentan con el único amparo de disposiciones reglamentarias que, ciertamente, poco dicen sobre cuál es régimen jurídico definidor de esa constelación de entidades privadas colaboradoras en sectores ligados por tradición a la llamada policía administrativa. A lo dicho se suma también que en el dibujo organizativo de estos nuevos modelos de colaboración, la misma posición habilitante de la Administración es, en ocasiones, también descentralizada en sujetos privados. Es este último el caso de la *acreditación*, expresión de uso frecuente en nuestra legislación y que va referida a las tareas de supervisión que entidades privadas realizan en torno a la solvencia técnica de aquellas organizaciones, públicas o no, que deseen ejercer la función de inspección por encargo de la Administración. En todo caso, como se verá con más detenimiento, en ese nuevo modelo de colaboración se echa en falta precisamente la fórmula jurídica idónea para canalizarlo. A tal conclusión llega ESTEVE PARDO tras desechar por inadecuadas la concesión y la autorización, señalando que *“lo que parece ponerse de manifiesto es la falta en nuestro ordenamiento de una fórmula que traslade de manera satisfactoria y precisa a particulares el ejercicio de estas inequívocas funciones públicas de inspección, control y certificación”*⁴⁴³.

La creciente colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas responde a una innegable realidad, la de que la Administración no puede garantizar el control eficaz de determinadas actividades que ofrecen un alto componente de complejidad técnica. No se trata necesariamente de una falta

⁴⁴³ *Técnica, riesgo y Derecho, op. cit.*, pág. 143. A idéntica conclusión llega CARRILLO DONAIRE, quien, tras un tratamiento riguroso del tema, concluye “el ejercicio privado de funciones públicas es una categoría jurídica de contornos imprecisos y que adolece de una sistematización coherente y unitaria en nuestro país”, en *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial, op. cit.*, pág. 560. En el mismo sentido el citado trabajo de PADROS REIG quien pone en evidencia el hecho de que “los mecanismos jurídicos no están lo bastante depurados para encontrar cobertura a la publicación de actividades privadas mediante simple designación o autorización” (pág. 39), consideración que haría extensiva a la concesión al advertir que “si lo que se realiza a través de una entidad colaboradora es una actividad material de inspección administrativa, la fórmula concesional se queda corta ya que no pueden prestarse indirectamente potestades que impliquen el ejercicio de autoridad” (*ibid.*, pág. 25).

de especialización del personal a su servicio –posiblemente en el caso de nuestro país el sector público permite unos grados de especialización que son difíciles de alcanzar, por su magnitud, en el sector privado, sino de una deficiencia de medios materiales y personales para desarrollar una función que requiere el ejercicio de múltiples tareas que tienen un gran alcance (*visitain situ* de las instalaciones correspondientes, tomas de muestras, medición de emisiones, etc...), así como un elevado coste⁴⁴⁴. En cualquier caso, es un hecho asumido que existe un déficit administrativo de conocimientos técnicos para controlar la implantación y el ulterior desarrollo de múltiples actividades económicas. Esta realidad, por otro lado incontrovertible, justifica el recurso a la colaboración privada.

Este tipo de colaboración ha sido especialmente recurrente en los últimos años y encuentra su más claro exponente en la legislación de industria⁴⁴⁵, la Ley 21/1992, y en su norma de desarrollo, el RD 2200/1995 por el que se aprobó el Reglamento sobre la infraestructura institucional para la calidad y la seguridad industrial (RICSI). El contenido y trascendencia de esta última disposición ha sido ya objeto de trato por la doctrina, aunque bien es cierto que existen algunas discrepancias sobre el título jurídico-público habilitante en la actividad de los sujetos privados e, incluso, sobre la relevancia de la actividad que les es encomendada.

⁴⁴⁴ Como advierte ESTEVE PARDO, “Cuando mayor es la especialización y dificultad técnica, mayor es también la distancia a la que se encuentra la Administración con sus medios ordinarios y las dificultades, prácticamente insalvables, para ejercer un control efectivo”, en *Técnica, riesgo y Derecho*, *op. cit.*, pág. 116.

⁴⁴⁵ El ya derogado RD 1497/1987, de 13 de noviembre, sobre regulación de las Entidades de Inspección y Control Reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales, reconocía en su preámbulo que: “la multiplicidad de normas establecidas por la Administración, en salvaguardia de personas y bienes, cuya seguridad pudiera verse adversamente afectada por una utilización indebida de los citados productos, equipos e instalaciones, así como la reciente complejidad técnica de estas normas, ha traído como consecuencia que la Administración no pueda efectuar por sí misma todas las inspecciones y controles recogidos por la legislación y deba encomendar parte de estas funciones a Entidades de inspección especializadas en este tipo de actividades”.

Lo que parece claro es que, en estos casos, más que una colaboración se produce una sustitución de instrumentos jurídico-públicos por otros de carácter privado; sustitución que, según los casos, puede ser parcial –en fases específicas- o total, siempre que exista una habilitación legal suficiente. Este último es el caso de la normalización.

En la mayoría de casos, esta colaboración privada trae causa en progresivo proceso de europeización que afecta a nuestro Derecho administrativo⁴⁴⁶. Tendencia en la que el papel de las Administraciones radica en establecer regulaciones cuya ejecución corresponde a sujetos privados. Por tanto, el tema de la relación entre privados y Administración no debe plantearse en el escenario de una ejecución material, sino en el del alcance de las regulaciones.

- ¿Privatización de funciones públicas?: la necesaria distinción entre privatización material, privatización formal y privatización funcional

Es precisamente el objeto de esas regulaciones el que ha conducido a un proceso de privatización en el ejercicio de las tareas administrativas. Esa privatización, sin embargo, no se ofrece de un modo homogéneo, sino que presenta diferentes intensidades. De este modo, podemos distinguir entre privatización material, privatización formal, y privatización funcional⁴⁴⁷. En todos estos casos la privatización se ve necesaria para reforzar la propia competencia del Estado en el ámbito económico, pero también el político.

La privatización material de funciones públicas debe ser entendida como una forma de “desestatalización” de una función que era estatal y cuya ejecución pasa a desarrollarse en el sector social.

⁴⁴⁶ Vid. M. TARRES VIVES, “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana”, *RAP*, núm. 145, pág.504.

⁴⁴⁷ Esta última es calificada por S. MARTIN-RETORTILLO como la “más delicada” ya que consiste en “privatización como transferencia al sector privado del ejercicio de funciones

La privatización formal, en cambio, consiste en el recurso, por parte de la Administración, a fórmulas privadas de organización. Se trata, pues, de una “falsa privatización”⁴⁴⁸, en la que la función en cuestión permanece en el Estado pero bajo la formulación del llamado Derecho administrativo privado⁴⁴⁹, es decir, la huida de la Administración hacia el Derecho privado (*Flucht ins Privatrecht*).

El tercer tipo de privatización es la de carácter funcional; en este caso, la competencia sobre la función permanece también en la Administración, aunque ésta se sirve de sujetos de derecho privado al trasladarles el ejercicio parcial de una función. De este modo, la privatización funcional puede ser también tomada como una privatización material; no se trata, sin embargo de una privatización de la función, sino de su realización o ejecución. La privatización funcional destaca principalmente en aquellos casos en que los particulares colaboran con la Administración en la ejecución de tareas de inspección. La relación que en este caso se establece tiene como objeto principal no la prestación de una actividad material, sino aprovechar el conocimiento—el *Know-how*- privado. Así, en el caso de la cooperación por razones de inspección, cabe distinguir dos actuaciones por parte del sujeto privado. Una primera referida a la mera tarea de control que se realiza por encargo de la Administración. En este supuesto, la actuación del sujeto privado, carente de la condición de autoridad⁴⁵⁰, tiene un contenido

públicas”, en “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, núm. 144, 1997, págs. 12-13.

⁴⁴⁸ Vid. L. PAREJO ALFONSO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *RAP*, núm. 153, 2000, pág. 242 y ss.

⁴⁴⁹ Véase S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, *Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pág 615 y ss.

⁴⁵⁰ Así, por ejemplo, el artículo 137.3 LRJPAC establece que sólo tendrán valor probatorio aquellos hechos constatados por funcionarios a los que, además, se reconozca la condición de autoridad. Sobre la función pública de autoridad, véase J. F. LOPEZ-FONT MARQUEZ, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993. El carácter permanente de esta función, que el citado autor refiere siguiendo una abundante jurisprudencia (pág. 93 y ss.), permite extraer una nota de interés en relación al pretendido ejercicio de funciones públicas por parte de entidades privadas. La misma va en relación a que un hipotético reconocimiento de la condición de autoridad sobre estos sujetos aparecería imposible si los mismos junto al ejercicio de, por ejemplo, la función de inspección —prescindiendo ahora de cual sea el título habilitante—, realizasen o prestasen tareas estrictamente privadas en relación a los sujetos privados destinatarios de la inspección.

exclusivamente empírico y su delaración sólo podrá ser tomada en cuenta por la Administración como un elemento probatorio “admisible en Derecho” en el sentido previsto en el artículo 80.1 LRJPAC; no gozando, por tanto, de presunción de certeza⁴⁵¹. Será, en todo caso, la Administración quien en un momento ulterior realice las oportunas comprobaciones y, en su caso, incoe el correspondiente expediente administrativo a partir de los hechos que puedan haber sido constatados por la entidad privada colaboradora de la Administración. Este es el caso, por ejemplo, de los Organismos de control acreditados previstos en la Ley 21/1992, de Industria, cuyo artículo 13.2 dispone que las certificaciones y actas de los citados organismos podrán servir de base—como prueba— para las actuaciones de la Administración competente previstas en los correspondientes reglamentos de seguridad industrial⁴⁵².

La segunda actuación que realizan los sujetos privados en relación a la inspección va más allá de la mera actividad material para situarse ya en un nivel jurídico, al proporcionar el indispensable fundamento para el ejercicio de las potestades administrativas ante un posible déficit de conocimientos especializados por parte de la Administración. De este modo, se habilita la adopción de medidas restrictivas de carácter corrector, represivo o sancionador. En este sentido, la contribución del sujeto privado, cualificada con la condición de experto, tiene una influencia directa en la resolución administrativa⁴⁵³.

⁴⁵¹ En este tema véase el estudio realizado por V. AGUADO I CUDOLA, *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994, especialmente pág. 106 y ss. Este autor es crítico con la posibilidad de conceder presunción de certeza a las declaraciones procedentes de aquellos sujetos que no son ni funcionarios ni forman parte del personal al servicio de las Administraciones públicas, pese a que la legislación les atribuya la condición de autoridad. Como bien advierte AGUADO I CUDOLA al referir el caso de los sujetos privados que ejercitan poderes transferidos por la Administración, “difícilmente pueden predicarse de estos sujetos las notas de objetividad e imparcialidad que informan la actividad de la Administración pública y que tienen una especial incidencia en el ámbito de la actividad probatoria. En cualquier caso, lo que sí podrían realizar estos sujetos es custodiar las fuentes de la prueba que sirvieran a la Administración, a través de ulteriores inspecciones y con la necesaria contradicción, para constatar los hechos y valorarlos libremente.”, pág. 120.

⁴⁵² Sobre las actuaciones de los organismos de control véase C. PADROS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, *op. cit.*, págs. 76-93.

⁴⁵³ Ejemplo de todo lo expuesto es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

En cualquier caso, este tipo de privatización crea confusión al coincidir con un momento en que la actividad directa de la Administración en el ámbito económico se contrae y se opta por una creciente desregulación de servicios públicos tradicionalmente ejercidos en régimen de monopolio por los Estados—, por ejemplo en el ámbito, hoy en boga, de las telecomunicaciones-. A su vez, este movimiento ha supuesto la emergencia de una neo-regulación que, a su vez, define un nuevo escenario en la relación entre sujetos privados y poderes públicos.

3.3 El concepto de regulación como definidor actual en las relaciones entre el poder público y el ámbito privado por motivos técnicos (la recuperación por la sociedad de su capacidad autorreguladora)

3.3.1 *El principio de Estado social como explicación a la colocación en manos del Estado del orden social y económico*

El momento actual de relación entre la Administración y los particulares viene regido por lo que viene en llamarse crisis del Estado social⁴⁵⁴. Un modelo de Estado cuyo embrión se sitúa en el final de la Alemania bismarckiana⁴⁵⁵,

Cataluña, de 25 de setiembre de 1995. En la misma se atiende a una sanción administrativa impuesta sólo en base a un informe de una entidad de control, concesionaria de la Administración. Pues bien, ante la alegación de ausencia de actividad probatoria por parte de la Administración, el Tribunal considera que "(L)os datos de hecho obtenidos en las inspecciones y los resultados de las medidas de emisión de contaminantes obtenidos por dichos organismos *no gozan de presunción de certeza* pero sí que ofrecen, por la cualificación técnica de quienes los emiten y la objetividad que deben seguir en su actuación, garantías suficientes como para que puedan valorarse, por los tribunales, como medios de prueba cuya destrucción requiere, bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de datos, bien la aportación de pruebas que, por contraste con aquéllas, pongan en duda su eficacia" —cursiva nuestra—. En este sentido PADROS REIG refiere diversas sentencias en este tema —especialmente del TSJ de Cataluña—, a cuya luz concluye que las actas o informes elaborados por las entidades de control "no son documentos públicos aunque su valor técnico vincula a la Administración", *ibid.*, pág. 92.

⁴⁵⁴ Véase el trabajo de L. PAREJO ALFONSO, "El Estado social administrativo...", cit., pág. 217 y ss.

⁴⁵⁵ El *Wohlfahrtsstaat* alemán se inicia a partir de los años ochenta del siglo XIX con la introducción de una novedosa legislación social que incluye seguro de enfermedad, de vejez,

encontrando su madurez en una Europa que, a partir de los años cincuenta, conocería, hasta la crisis de 1973⁴⁵⁶, unas tasas de crecimiento económico ininterrumpido que favorecieron una generalización del bienestar en amplias capas de la población. Ese bienestar se alcanzó bajo la égida del Estado, es decir, mediante un creciente intervencionismo administrativo en la actividad económica y, por ende, en la sociedad⁴⁵⁷, superando así el estricto marco del Estado liberal de Derecho. No hay renuncia a los principios de éste, sino incorporación de nuevos. El Estado social de Derecho, como dirá GARCIA-PELAYO, "acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de acuerdo con el sentido que han ido tomando a través del curso histórico, y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente"⁴⁵⁸. Ello viene a significar que el Estado deja de centrarse sólo en el Derecho, trascendiendo a su carácter de institución iuscéntrica, para adoptar una posición intervencionista en la esfera del orden social y económico. La superación de la barrera entre Estado y sociedad tras la II Guerra Mundial fue fruto de un proceso de consenso entre Estado y sociedad en el que incidieron factores de muy diversa índole que no nos corresponde detallar aquí.

Serán las circunstancias sociales, económicas y políticas por las que van a atravesar los Estados occidentales desde el inicio de la I Guerra Mundial hasta el final de la Segunda van a ir perfilando un nuevo escenario en lo que se refiere a las relaciones entre Estado y sociedad. Esas circunstancias son las que provocan

subsidios de desempleo, etc. Sobre los antecedentes del Estado social, véase W. ABENDROTH, "El Estado del Derecho democrático y social como proyecto político", en *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986, pág. 15 y ss.; también, R. GARCIA COTARELO, "Origen y desarrollo del Estado del bienestar", *Sistema*, núm. 80/81, 1987, pág. 6 y ss.

⁴⁵⁶ Al respecto véase R. GARCIA COTARELO, "Crisis y reformulación del Estado del bienestar", en AA.VV, *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 26-29.

⁴⁵⁷ Intervencionismo ya estudiado por L. JORDANA DE POZAS y perfectamente descrito en la algo más que anecdótica vida del señor John Smith, en "El problema de los fines de la actividad administrativa", *RAP*, núm. 4, 1951, pág. 17.

⁴⁵⁸ Vid. M. GARCIA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, pág. 56.

que la propia sociedad sea la que busque, a través de una nueva acción reguladora del Estado, la respuesta a sus carencias. El debilitamiento—es decir, pérdida progresiva de legitimación— de la sociedad burguesa y el progresivo fortalecimiento del proletariado harán aflorar unos conflictos existenciales en los que, por un lado, la ausencia de intereses homogéneos no permiten el recurso al consenso social y, por otro, provocan la necesidad de un abandono de la posición absentista de un Estado que hasta entonces se limitaba a una mera función de seguridad pública. Por su parte, existían también motivos para cambios en la conformación del modelo de Estado democrático liberal de Derecho que acababa de sufrir, tras la II Guerra Mundial, su más dura lucha por la supervivencia tras la confrontación con sistemas políticos expresivos del llamado “Estado total”. Como señala quien fuere presidente del Tribunal Constitucional, si aquél quería continuar teniendo vigencia *“había que adaptar sus valores a las nuevas exigencias y añadir a sus objetivos los de la regulación permanente del sistema social”*⁴⁵⁹. En todo caso, el establecimiento del Estado social parte de una posición común o premisa de *“que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”*⁴⁶⁰. La definitiva cesión social al Estado de capacidad reguladora en ámbitos antes ajenos a la intervención pública responde a una incapacidad de la propia sociedad para, mediante autorregulación, resolver sus problemas y a una necesidad del propio Estado para autolegitimarse mediante la asunción constante y progresiva de funciones encamadas a la procura existencial de los ciudadanos.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pág. 24.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, págs. 22-23.

Los principios del Estado social se añaden, pues, a los principios jurídicos del Estado de Derecho, lo cual supone una adición no sólo de actuaciones jurídicas, sino también de actuaciones materiales y del empleo de medios económicos. Principios, pues, de diferente textura y no exentos de tensión pero que, como señala PAREJO, no guardan entre ellos una jererquización en el plano estrictamente jurídico⁴⁶¹. Es más, la misma cláusula de Estado social constituye un principio directamente aplicable desde la Constitución, que no sólo informa el ordenamiento, sino que es capaz de comportar deberes positivos para los poderes públicos⁴⁶², según la STC de 16 de marzo de 1981. Deberes, recogidos en nuestro caso, en la Constitución de 1978 y que persiguen la consecución de una sociedad más justa a través de una intervención positiva del Estado (art. 9.2 CE). Intervención estatal en el orden económico que provoca una obligada interpenetración entre el Estado y la sociedad.

Tras esta brevísima aproximación al concepto de Estado social, la cuestión que ahora interesa es ver si aquél sigue siendo vigente en la actualidad. En este sentido, el propio PAREJO ha advertido que la crisis, desde luego existente, del Estado social supone una evidente recomposición de la relación entre Estado y sociedad, pero no hace plausible una desaparición de ese modelo ni de sus conquistas básicas. Como señala el citado aubr, *“el Estado social no es, en efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad”*⁴⁶³.

En cualquier caso, cabe hoy plantearse si la autodeterminación democrática de los ciudadanos sigue manifestándose en los órganos del Estado, o bien ha llegado el momento de reconocer en el plano jurídico que la sociedad ha recuperado su capacidad de decisión en aquellas parcelas que había cedido. Porque si la intervención estatal en la vida social, económica y cultural va

⁴⁶¹ Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública (Los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 75.

⁴⁶² *Ibidem*, págs. 63-64.

⁴⁶³ Véase L. PAREJO ALFONSO, “El Estado social administrativo...”, cit., pág. 221.

disminuyendo, incluso retrayendo, a medida que acrece la iniciativa privada, ¿cuál es entonces la virtualidad de preceptos constitucionales tales como los relativos a los principios rectores de la política social y económica (arts. 30 a 38 CE), y a la economía y hacienda (arts. 128 a 136 CE)?.

3.3.2 *La extinción del intervencionismo estatal en el ámbito económico. El Estado regulador: entre la desregulación y las nuevas técnicas de regulación*

Al estudioso del Derecho Público, las transformaciones que se realizan en el *modus operandi* del Estado le son ofrecidas en la forma de un incesante discurrir de disposiciones legales de diferente procedencia y rango. Seguramente, es en el Derecho administrativo económico donde, como ha venido observando el Profesor S. MARTIN-RETORTILLO, se hacen más evidentes los cambios. En poco más de quince años hemos asistido a un prodigioso adelgazamiento del Estado, tras más de cuatro décadas de constante acumulación. Las empresas públicas industriales se han reducido de manera drástica, desmantelándose, porrazones económicas, en un complejo proceso de reconversión industrial⁴⁶⁴ o siendo vendidas directamente a empresas privadas, o bien procediendo a su salida en los mercados bursátiles tratando de emular una suerte de “capitalismo popular” de pretendido corte anglosajón. Igual camino ha recorrido la banca pública, que a día de hoy es poco más que testimonial respecto a su situación anterior. La privatización ha servido para aligerar y, en ocasiones, incluso llenar las arcas públicas, ayudando a reducir el déficit público, aunque no ha sido ese el objetivo. El mismo responde en muy buena medida a nuestra incorporación europea que ha hecho que nuestro país—por una vez- siguiera el compás de sus vecinos. Así, cuando en Europa ha tocado el desmantelamiento de los monopolios públicos y las limitaciones a las subvenciones públicas, España lo ha hecho y está haciendo

⁴⁶⁴ Sobre el significado de la reconversión industrial que se lleva a cabo en España durante los años ochenta, véase E. MALARET, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 37 y ss.; A. JIMENEZ BLANCO, “La legislación sobre reconversión y reindustrialización”, *REDA*, núm. 47, pág. 355 y ss.

en el mismo momento. Se trata de un proceso que recae, fundamentalmente, en lo que eran los monopolios públicos encargados de prestar servicios públicos en materia de energía o telecomunicaciones. El proceso privatizador de esas empresas públicas es coincidente con la desregulación o desreglamentación de actividades de contenido económico, tanto públicas como privadas. Se trata de dos fenómenos, privatización y desregulación, claramente diferentes pero complementarios. En este sentido, la aplicación de políticas desreguladoras ha sido el paso previo a la privatización de determinadas empresas públicas. La razón estriba en que el cambio de titularidad de aquéllas podía resultar contraproducente si no iba acompañado de un proceso previo de desregulación del sector económico en cuestión⁴⁶⁵.

En este contexto, la expresión “regulación” es tomada como sinónimo de un Estado intervencionista capaz de crear beneficios concentrados e injustificados que comprometen la dinámica de la competencia y la eficiencia productiva y, en consecuencia, terminan por perjudicar al consumidor. La expresión “desregulación” constituye, pues, el auténtico eslogan de una “campaña” que, en clave económica, tiene como su objetivo declarado la continua y generalizada privatización –en un sentido amplio- de los servicios públicos. Es decir, es el logro del Estado mínimo a través de una exaltación del mercado, de la superación de las fronteras nacionales, de la descentralización de las decisiones, de la llamada autorregulación social e, incluso, de una pretendida desjuridificación.

En el ámbito económico el Estado ha ido, pues, reduciendo su intervención de dos modos, primero, mediante el traspaso de funciones y actividades públicas al sector privado; segundo, eliminando –desregulando- regulaciones jurídicas que de alguna manera limitaban o condicionaban la iniciativa y el desarrollo de las

⁴⁶⁵ Véase en este sentido M^a N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España (Fundamentos Constitucionales y Comunitarios)*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 36 y ss.

actividades económicas, tanto públicas como privadas⁴⁶⁶. Aunque, en realidad, más que de supresión, cabría hablar de sustitución por una nueva regulación⁴⁶⁷, o “re-regulación” que tiene como uno de sus objetivos principal y declarado el acentuar los efectos de la libre competencia en toda actividad económica. En palabras de CASES PALLARES, nos encontramos, en ese caso, con una llamada desregulación “procompetencial”, porque con ella adquiere especial protagonismo la competencia de las empresas actuantes en el mercado⁴⁶⁸. Vemos, pues, que la llamada desregulación supone, en definitiva, una más compleja legislación acompañada de procesos privatizadores sometidos a entes de supervisión que, a modo de autoridades de regulación, son creados *sex novo* sobre actividades que anteriormente habían sido gestionadas de modo directo desde el Estado⁴⁶⁹. Todo ello permite considerar que el también llamado proceso de liberalización no es, en palabras de VILLAR EZCURRA, “*ni mucho menos equivalente a una actitud pasiva de los poderes públicos similar a la del Estado Gendarme decimonónico, sino todo lo contrario*”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Así en palabras de MARTIN MATEO el término desregulación hace referencia a ciertas medidas liberalizadoras que “han venido siendo aplicadas con ánimo de dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación por las instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales. Es una reforma en un sentido liberalizante del ordenamiento de la economía”, en *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 47.

⁴⁶⁷ En este sentido *vid.* A. JIMENEZ-BLANCO, *Derecho público...*, *op. cit.*, pág. 30. En palabras de J. E. SORIANO, la desregulación “no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. Libertad y autoridad sabiamente mezcladas”, en *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Bolonia, 1993, pág. 12.

⁴⁶⁸ *Vid.* L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 34.

⁴⁶⁹ Seguimos aquí la definición adoptada por La SPINA y MAJONE, quienes bajo el término desregulación hallan significados diferentes e incluso contradictorios: a) eliminación de las reglas existentes (en esta acepción la desregulación va asociada a la privatización); b) reglas menos rígidas, vinculantes o interventoras (re-regulación); c) reglas de fuentes diversas, como es el caso de la “deslegislación” –*delegificazione*– (que implica incluso hasta más reglas en tanto que una potestad regulativa liberada de vínculos parlamentarios puede ejercerse más rápida y frecuentemente). *Vid.* A. La SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, *op. cit.*, pág. 127.

⁴⁷⁰ *Vid.* J. L. VILLAR EZCURRA, “Los cauces de la intervención administrativa”, en *Don Luis Jordana de Pozas*, *op. cit.*, pág. 304.

De manera sintética con el término desregulación se hace referencia a tres procesos distintos pero unidos por una lógica incuestionable. En primer lugar, se ofrece una eliminación de las regulaciones existentes; sigue un proceso de establecimiento de reglas menos rígidas cuyo origen, finalmente, radica en fuentes diversas de regulación.

La desregulación supone, efectivamente, un mayor protagonismo social, en especial de las corporaciones capitalistas, en la actividad económica pero mantiene la posición directiva del Estado sobre la sociedad. La dialéctica entre Estado y sociedad, entre público y privado, se manifiesta entonces en el progresivo deslizamiento de la regulación estatal hacia el reconocimiento de fórmulas autorreguladoras en las que existe, según los casos, una menor o mayor iniciativa social. De este modo, el fenómeno regulador se articula a través de cuatro técnicas diferentes, que van desde la estricta regulación ejercida por el Estado a la mera autorregulación social. Conviene que atendamos a esas técnicas y a su modo de aplicación. Las mismas explican en muy buena medida las transformaciones en el *modus operandi* de la relación entre el Estado y la sociedad. En todo caso, como advierte PAREJO, el comentado “adelgazamiento” del Estado no significa la eliminación de su papel, sino “sólo” su transformación. En palabras del citado autor, hay *“abandono de la actividad estatal directa (servicio, prestación, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control”*⁴⁷¹.

a) *Regulaciones públicas de carácter imperativo*

Las regulaciones públicas de carácter imperativo constituyen la clásica y típica “regulación de policía administrativa”, sustentada en el establecimiento de prohibiciones y, en su caso, la concesión de autorizaciones o permisos. Este tipo de regulación ejemplifica el modelo tradicional de Estado en el que la conducta

⁴⁷¹ L. PAREJO ALFONSO, “El Estado social...”, cit., pág. 221.

de los sujetos privados se realiza bajo la aplicación de instrumentos imperativos. En ese contexto, la constante asunción por el Estado de nuevas funciones en el ámbito de la sociedad acaba por convertir al gobierno en el auténtico regulador de la voluntad estatal y, por ende, de los intereses sociales. La separación entre Estado y sociedad predicada en el Estado liberal habría sido superada en aras de una integración⁴⁷² de ambas realidades. La integración resulta entonces, como diría SMEND, la clave de la realidad del Estado. Sin embargo, esa “unión unificadora”⁴⁷³ puede ser, como advertirá KELSEN⁴⁷⁴, un auténtico pleonasma, pudiendo ofrecer –como así sucedió– un sostén nada ajeno a determinadas ideologías políticas de la época⁴⁷⁵. En la formulación de SMEND la pretendida desintegración de las barreras entre Estado y sociedad tienen en el primero a su valor dominante, siendo claramente subordinada a aquél la posición de la segunda y, por supuesto, la del individuo. Es cierto, sin embargo, que posteriormente, el jurista alemán advertiría que la integración de las realidades estatal y social debe ser en un marco, por supuesto, democrático. Escenario en el que el Estado encuentra su legitimidad en la propia sociedad⁴⁷⁶. Así mismo,

⁴⁷² Sobre la idea de “integración” en el Derecho público, véase la obra de R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Constitución y Derecho constitucional), en *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985, págs. 37-245. En síntesis el jurista alemán sostiene en esta obra publicada en 1928 una postura claramente contraria al constitucionalismo positivista que encarna la Constitución de Weimar. Para SMEND no existe equivalencia entre Estado y ordenamiento jurídico ya que el primero constituye una realidad previa.

⁴⁷³ Expresión con la que SMEND trata de definir la expresión “integración” y que, con toda la razón, Kelsen considerará

⁴⁷⁴ El jurista austríaco polemizará contra SMEND en su obra, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (1930) –El Estado como integración: Una controversia de principio-. Existe traducción española de J. A. García Amado quien realiza un detallado estudio preliminar (Tecnos, Madrid, 1997).

⁴⁷⁵ En el capítulo con que cierra su teoría de la integración SMEND afirma: “uno de los logros más importantes del fascismo es el haber visto con gran claridad la necesidad de integración plena, el haber tratado con maestría la técnica de la integración funcional pese al rechazo del liberalismo y el parlamentarismo, y el haber conscientemente sustituido la rechazada integración material socialista por otra”. Cabe recordar que estas palabras fueron redactadas antes del ascenso al poder por el nazismo y en el marco de fuerte tensión política que azoró Europa, y especialmente Alemania, durante la década que va de 1920 a 1930.

⁴⁷⁶ En el año 1966, y en un contexto ya alejado de los vaivenes del período de entreguerras, SMEND publicará un escrito bajo el título “Integration” (en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1968, págs. 484-485), en el que sostendrá que para el Estado, a

SMEND tomará además en cuenta el valor de los derechos fundamentales, si bien éstos lo son como expresión de un sistema cultural y de valores propios⁴⁷⁷ de cada Estado⁴⁷⁸.

En cualquier caso, las posibilidades de cualquier tipo de “integracionismo” estatal acaban encontrando sus límites en una lógica ausencia de recursos estatales y en la pervivencia de áreas sociales que, pese a su necesaria activación por el Estado, se hallan protegidas constitucionalmente hasta el extremo que encuentran su esfera dispositiva en los particulares. Tal como escribe GRIMM: “*la incrementada responsabilidad no se ha visto acompañada de una correspondiente ampliación de las posibilidades estatales de disposición*”⁴⁷⁹. En definitiva, a finales del siglo XX, la idea de Estado mínimo ha comportado que las regulaciones imperativas pasen a una posición secundaria en cuanto técnicas de regulación. En su lugar surgen otras técnicas más idóneas, menos aparatosas pero, en palabras de JIMENEZ-BLANCO, “*más sutiles y penetrantes*” y que se caracterizan por una mayor fluidez en la información entre la Administración y los ciudadanos y una creciente atribución de responsabilidad hacia éstos⁴⁸⁰.

diferencia de los demás grupos sociales, “no hay una garantía externa, -el Estado- no se remite a su Derecho y a su poder efectivo, sino a la aquiescencia libre y siempre renovada de sus miembros”. Por tanto, el Estado entra en crisis cuando ese sentimiento de los ciudadanos como parte de un Estado desaparece.

⁴⁷⁷ Un ejemplo de ello lo encontramos en la controvertida polémica doctrinal que tuvo lugar en Alemania durante los años 1995 y 1996 a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la presencia de los crucifijos en las escuelas. Al respecto, véase S. GONZALEZ-VARAS, “La polémica *sentencia del crucifijo* (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)”, *REDC*, núm. 47, 1996, págs. 347-356; M. TARRES VIVES, “Un breve comentario en torno al momento actual de opinión sobre el Tribunal Constitucional alemán”, *REDC*, núm. 49, 1997, págs. 359-372.

⁴⁷⁸ Pese a ello P. BADURA considera que el lugar otorgado por Smend a los derechos fundamentales sitúa éstos como “puente entre integración y legitimación”, en “*Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre*”, *Der Staat*, núm. 16, 1977, págs. 324-325. La cita está tomada del citado estudio de J. A. García Amado (nota 455).

⁴⁷⁹ Vid. D. GRIMM, “Evolución de las tareas del Estado y crisis del Estado de Derecho”, en *Democracia representativa y parlamentarismo* (coord. A. López Pina), Madrid, 1994, pág. 48.

⁴⁸⁰ Así, por ejemplo, destaca A. JIMENEZ-BLANCO la técnica de los “*actos comunicados a los Ayuntamientos*”, una muestra de la cual puede encontrarse en la Ley catalana 3/1998, de intervención integral de la Administración ambiental, concretamente en su artículo 41.

b) Regulaciones públicas que toman en consideración elementos autorregulativos. Autorregulación y autoadministración

Las crecientes y novedosas exigencias provocadas por los cambios técnicos, económicos y sociales de las últimas décadas han incidido decisivamente en los modos de actuar del Estado. Entre otros, los ámbitos ligados a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, a la protección del medio ambiente, o a garantizar la transparencia del mercado financiero son algunos de los múltiples ejemplos en los que se ha demostrado una creciente atención estatal y, a la vez, ha sido puesta en evidencia la insuficiencia del tradicional instrumentalario administrativo. La misma intenta ser completada mediante la implementación en la regulación administrativa de fórmulas autorregulativas que, considerando su legitimidad en la consecución de intereses privados individuales o colectivos, permiten el logro de finalidades públicas. Tales fórmulas consisten, por ejemplo, en un reconocimiento de la autorresponsabilidad o en la traslación de riesgos a las organizaciones empresariales.

De manera abundante se nos ofrecen en la actualidad modelos de regulación pública que incorporan elementos autorregulativos. Con ellos se intenta definir una tendencia cada vez más acusada en la que se observa cómo desde regulaciones jurídico-públicas se descentralizan responsabilidades hacia organizaciones o, incluso, en actores individuales. En este caso hay una voluntad de uso, a modo de instrumento directivo, de los compromisos, medios y conocimientos que poseen esos agentes con el fin de lograr la consecución de fines públicos. Por decirlo de algún modo, la autorregulación se integra dentro de la regulación. Pese a la existencia de cierto espacio de autonomía, el recurso a estos elementos autorregulativos se realiza, en cualquier caso, bajo una supervisión administrativa directa. Efectivamente, el único límite que debe tener el recurso a la autorregulación es el de que la decisión última permanezca en el seno de la Administración. Es decir, que no se rompa la cadena de legitimidad

democrática que desde el Parlamento emana hacia todo el conjunto de órganos del Estado.

- Autorregulación no es autoadministración

Ahora bien, hablar de incorporación de elementos autorregulativos hace necesario considerar qué hay que entender por autorregulación. En nuestra opinión, al hablar de autorregulación hay que establecer dos notas distintivas, una es la inexistencia de cualquier tipo de vinculación con la Administración; la otra es el carácter voluntario, no coactivo, de los acuerdos adoptados. Con ello hay que relativizar la mera concurrencia del elemento privado, el mismo es necesario pero no suficiente. Cabe, pues, excluir del ámbito de la autorregulación social todas aquellas técnicas por las que el ordenamiento administrativo asocia a sujetos privados para *actuar en lugar de* la propia Administración. Existe en estos casos un reconocimiento público a la actividad realizada por personas u organizaciones privadas que viene amparada por una previsión del legislador. Hay, pues, una *interferencia* del Estado en la sociedad, ya que son normas estatales las que crean o amparan la existencia de este tipo de entes asociativos cuyos integrantes, ciertamente, son parte representativa de la sociedad. Este fenómeno, conocido doctrinalmente por autoadministración⁴⁸¹, significa la gestión autónoma por los propios interesados de funciones administrativas. En unos casos, este tipo de entes aparecen bajo formas públicas de personificación, es el caso de la llamada Administración corporativa (Entidades de Derecho público, como son los Colegios profesionales); en otros, en cambio, existen bajo formas de Derecho privado (p. ej. Asociaciones administradoras de concentraciones de fincas forestales). Con independencia de la consideración pública o privada de estas entidades, lo verdaderamente destacable es que las mismas se benefician

⁴⁸¹ Con carácter general, véase la obra de T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972.

de un conjunto de privilegios administrativos de muy diversa índole⁴⁸². Uno de ellos, y de gran alcance, es el de la obligatoria adscripción⁴⁸³ y la sujeción de sus miembros a los códigos deontológicos de la corporación, el examen final de los cuales recaerá no sobre la jurisdicción civil, sino en la contenciosa-administrativa⁴⁸⁴. En el caso de los colegios profesionales existen elementos autorreguladores pero, según nuestro criterio, no son un modelo de estricta autorregulación. Así, por ejemplo, el acuerdo adoptado, el dieciocho de junio de 1999, por la Asamblea General del Consejo General de la Abogacía relativo a las normas de ordenación de la actividad profesional de los abogados⁴⁸⁵, no es un ejercicio de auténtica autorregulación⁴⁸⁶, sino de autoadministración⁴⁸⁷. La facultad autonormativa ejercida en este caso lo es en aplicación de la competencia para ordenar el ejercicio profesional de los colegiados, atribuida por el artículo 9.1. A), en relación con el artículo 5. i) de la vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tal como se reconoce en el preámbulo del

⁴⁸² Lo cual explica que sus acuerdos alcancen efectos públicos, situándose plenamente en la órbita administrativa. En este sentido cabe entender la redacción del artículo 2.2 de la LRJPAC y la consideración de estas entidades como Administración Pública; también la Disposición Transitoria Primera del mismo texto legal.

⁴⁸³ La constitucionalidad sobre la adscripción obligatoria de los miembros de las Corporaciones de Derecho público aparece establecida por las SSTC 89/189, de 11 de mayo; 132/1989, de 18 de julio; 139/1989, de 20 de julio; 113/1994, de 14 de abril; 179/1994, de 16 de junio, y 107/1996, de 12 de junio. La adscripción obligatoria en los entes corporativos debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que ha de resultar la imposibilidad, o cuando menos, la dificultad de obtener dichos fines sin recurrir a la adscripción forzosa (STC 113/1994, FJ 12). En este tema véase A. FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras oficiales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 90-144; S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 8-59.

⁴⁸⁴ El artículo 2. c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece el conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de: "Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas".

⁴⁸⁵ Véase la revista del Consejo General de la Abogacía Española, núm. 10, 1999, págs. 8 y 9.

⁴⁸⁶ Pese a ello, puede leerse en el preámbulo del Real Decreto 658/2001, sobre el Estatuto General de la Abogacía Española, que "(...) es deseo del Gobierno aprobar mediante Real Decreto la propuesta que el Consejo General de la Abogacía Española ha elevado al Gobierno en uso de las *facultades de autorregulación* que tiene atribuidas" –cursiva nuestra–.

⁴⁸⁷ Vid. T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 28 y ss.

referido acuerdo. En estos casos, la capacidad que tienen este tipo de entidades para regular determinados aspectos relativos a sus miembros como, por ejemplo, el ejercicio profesional, constituye una facultad derivada de una habilitación legal expresa. Concretamente, es en el artículo 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales donde se contempla el establecimiento de unos Estatutos Generales reguladores de la profesión que, luego, serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. Así ha sucedido con el proyecto de Estatuto General de la Abogacía Española que, a través del Ministerio de Justicia, ha sido aprobado por el Gobierno mediante el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio⁴⁸⁸.

Además, tales corporaciones, a través de sus Reglamentos de régimen interior, disponen también por delegación legal de un conjunto de potestades disciplinarias⁴⁸⁹ que convierten en obligatorias determinadas decisiones que, en su caso, pueden ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual demuestra que actúan como Administración pública. La aplicación del Derecho administrativo a buena parte de la actividad de las corporaciones públicas vendría a excluir su consideración como modelo auténtico de autorregulación social⁴⁹⁰, y ello pese a su originario enraizamiento en la sociedad⁴⁹¹. Históricamente como bien advierte DI FABIO: *“La autoadministración es Estado, la autorregulación permanece en la sociedad”*⁴⁹².

⁴⁸⁸ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001, págs. 24913-24932.

⁴⁸⁹ Así, por ejemplo, el recientemente aprobado Estatuto General de la Abogacía española establece en su artículo 81 que: “El Decano y la Junta de Gobierno son competentes para el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, ateniéndose a las siguientes normas: 1) Se extenderá a la sanción de infracción de deberes profesionales o normas éticas de conducta en cuanto afecten a la profesión. 2) Las correcciones que podrán aplicarse son las siguientes: a) Amonestación privada; b) Apercibimiento por escrito; c) Suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo no superior a dos años; d) Expulsión del Colegio”.

⁴⁹⁰ Por el contrario, en el ámbito anglosajón este tipo de corporaciones se hallan sometidas exclusivamente al Derecho privado por lo que, correctamente, son consideradas como supuestos de auténtica autorregulación. Vid. J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Racionalidad privada y efectos públicos*, y la bibliografía allí citada, especialmente el artículo de J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, en *The Modern Law Review*, núm. 59, 1996, pág. 24 y ss.

⁴⁹¹ Así lo expresa ESTEVE PARDO cuando advierte que la autonomía que la Constitución

Podemos considerar, sin embargo, que el fenómeno de la llamada autoadministración puede incluirse dentro del modelo que ahora tratamos, el de un marco regulador jurídico-público que incorpora elementos de autorregulación. En todo caso, en este modelo la consecución de los fines perseguidos debe ser necesariamente coincidente con un interés público.

- Ejemplos de regulaciones públicas que toman en cuenta elementos autorregulativos

El modelo que se trata de definir en este apartado no se limita sólo al caso de la autoadministración, se extiende también, y de manera creciente, hacia regulaciones que contemplan el recurso a componentes autorregulativos que, a su vez, son fomentados desde niveles públicos. Principalmente, se trata de la prestación de actividades materiales que persiguen fines públicos y que, por ese motivo, se hallan sujetas a una dirección estatal. Es, por ejemplo, el caso de la función de control. Ilustrativa en este sentido, por la claridad que supone, es la figura del delegado para el control de inmisiones (*Immissionsschutzbeauftragter*) prevista por el ordenamiento alemán⁴⁹³. Este delegado⁴⁹⁴ no es parte de la

reconoce, por ejemplo, a los Colegios Profesionales (art. 36 CE) tiene “propósito, más o menos larvado, de preservar la identidad frente al Estado o en el Estado –sin disolverse, pues, en él- y, en definitiva, su originario enraizamiento en la sociedad”, en , “La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialectica Estado-sociedad. Perspectiva histórica”, cit., pág. 879.

⁴⁹² “Selbstverwaltung ist Staat, Selbstregulierung bleibt Gesellschaft”, añadiendo que la autoadministración sólo se efectúa por parte de los titulares de funciones administrativas con reconocimiento público (*Verwaltungsträger*). La autorregulación, en cambio, únicamente se ofrece en organizaciones y bajo formas jurídicas de Derecho privado. Vid. U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung” (Administración y Derecho administrativo entre la autorregulación social y la dirección estatal), en *VVDStRL*, núm. 56, 1997, pág. 270. Se trata de la segunda ponencia –la primera es de M. SCHMIDT-PREUß- que sobre el citado tema se desarrolló en la reunión de la Asociación de profesores alemanes de Derecho Público celebrada en la ciudad de Dresden durante el mes de octubre de 1996.

⁴⁹³ § 53 – 58 de la Ley Federal de protección contra las inmisiones, de 14 de mayo de 1990 (*BGBI. I*, pág. 880 y ss.), modificada por la Ley de 3 de mayo de 2000 (*BGBI. I*, pág. 632 y ss.). Sobre esta ley, en vigor desde 1974, véase Ph. MESENBURG y M. TARRES VIVES, “La Ley alemana de protección contra las inmisiones y las perspectivas de transposición de la Directiva 96/61/CE al ordenamiento jurídico alemán”, en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 23, 1999, págs. 111-132.

⁴⁹⁴ Véase, G. DIRKS, “Die Umweltschutzbeauftragten im Betrieb”, *Der Betrieb*, 1996, pág. 1021 y ss.; G. KASTER, “Die Rechtsstellung der Betriebsbeauftragten für Umweltschutz”,

Administración, y la realización de sus funciones tampoco es encargada por el Estado, sino exclusivamente por el explotador u operador⁴⁹⁵ de la actividad industrial. Es tarea del delegado vigilar el cumplimiento dentro de la empresa de las disposiciones de la Ley de Protección contra las Inmisiones y de los reglamentos dictados en virtud de la misma § 54.3). Además, debe integrar la protección del medio ambiente como objetivo de la instalación afectada.

Otro ejemplo lo tenemos en el sistema voluntario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS) previsto en el Reglamento comunitario 761/2001⁴⁹⁶, existe una inspección de naturaleza privada pero en última instancia la virtualidad de todo el sistema está sometida a una supervisión administrativa⁴⁹⁷. Efectivamente, el llamado sistema EMAS es fruto de una regulación pública pero en su ejecución tienen un papel destacado la nota de la voluntariedad y determinados componentes de autorregulación que deben permitir alcanzar una finalidad pública: la protección del medio ambiente⁴⁹⁸. Así, la elaboración de auditorías y planes de gestión ambiental, la redacción de la declaración medioambiental y su posterior validación por la figura del verificador

Gewerbearchiv, 1998, pág. 129 y ss.

⁴⁹⁵ El § 55.1 dispone que: "El operador efectuará por escrito el nombramiento del delegado para el control de inmisiones, especificando las funciones a su cargo."; por su parte en el apartado 4 de este mismo párrafo se establece la obligación para el operados de apoyar "al delegado para el control de inmisiones en el desempeño de sus funciones y, en tanto ello sea necesario a dichos efectos, pondrá a su disposición personal auxiliar y los correspondientes locales, instalaciones, aparatos y recursos, y le facilitará la asistencia a cursos y actividades de formación".

⁴⁹⁶ Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). Esta disposición deroga el Reglamento 1836/93 (art. 17). Sobre las previsiones del Reglamento EMAS y su aplicación véase R. MARTIN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994, pág. 101 y ss.; A. NOGUEIRA LOPEZ, *Las ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁴⁹⁷ Vid. M. TARRES VIVES, "Los sujetos privados...", cit., pág. 509.

⁴⁹⁸ Véase M. SCHMIDT-PREUß, "Umweltschutz ohne Zwang – das Beispiel des Öko-Audit", en *Staatsphilosophie und Rechtspolitik (Festschrift für Martin Kriele)*, Beck, Munich, 1997, pág. 1157 y ss.

medioambiental, son todos ellos elementos estrictamente privados que sólo alcanzan los efectos previstos en la normativa cuando pasan el tamiz público.

Los procedimientos de ecoauditoría constituyen un buen ejemplo de cómo lograr una mayor responsabilidad cooperativa entre la Administración y los ciudadanos, entre los expertos públicos y privados; de, por un lado, la procura y el control administrativo y, por otro, de la autorresponsabilidad privada. En suma, de regulación y autorregulación. Se trata, pues, de un instrumento en el que prima el consenso y la *reflexividad* ⁴⁹⁹. En este sentido, el Estado renuncia al uso de medidas imperativas y opta, junto a una descarga en la función de inspección ⁵⁰⁰, por una *dirección reflexiva (reflexive Steuerung)* ⁵⁰¹ que motive la integración estratégica de privados en la consecución de fines públicos. Así, los elementos que encontramos en el sistema EMAS, autoevaluación, autocontrol y compromiso de mejora ambiental, son elementos reflexivos. Sin embargo, no hay que pensar en que el instrumentario reflexivo vaya a desmontar el marco jurídico-administrativo. Por el contrario, según LÜBBE-WOLFF, los instrumentos reflexivos no están en situación de provocar la sustitución de otros instrumentos, sino que se sirven de éstos ⁵⁰². En otras palabras, el instrumentario reflexivo encuentra precisamente en el jurídico los fundamentos de su eficacia.

⁴⁹⁹ El concepto de "Derecho reflexivo", señala REICH, "no se da en el lenguaje de la teoría jurídica. Es un concepto prestado que refleja menos una teoría de derecho que una estrategia de pensamiento jurídico "postmoderno" que está interesado en la "regulación legal de la autonomía" (*rechtliche Steuerung von Selbstregulierung*), N. REICH, "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica", en *Derecho y economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 96. Sobre el concepto de reflexividad y el término Derecho reflexivo, véase G. TEUBNER, "Reflexives Recht", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 68, 1982, pág. 25 y ss. Entre nosotros el concepto fue tempranamente recogido por el Profesor R. MARTIN MATEO en su libro *Liberalización de la economía, op. cit.*, págs. 197-198.

⁵⁰⁰ Vid. M. TARRES VIVES, "Los sujetos privados...", cit., pág. 504.

⁵⁰¹ Vid. M. SCHMIDT-PREUß, "Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung", en *VVDStRL*, núm. 56, 1997, pág. 192 y ss.

⁵⁰² Vid. G. LÜBBE-WOLFF, "Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen", en *NVwZ*, núm. 5, 2001, pág. 491.

c) *Autorregulación regulada*

La autorregulación regulada hace referencia a una estricta consecución de fines privados, sin que en este caso exista ningún tipo de responsabilidad en la consecución de fines públicos. No hay una traslación de competencias por parte de la Administración, ni una llamada a integrar elementos autorregulativos en las regulaciones públicas. Sin embargo, sí existe un marco regulador para la autorregulación. La razón estriba en que pese a tratarse de sujetos y actividades estrictamente privadas, las mismas ofrecen también un indudable interés público al que el Estado no puede ser ajeno. La regulación tiene por objeto el establecimiento de un marco adecuado de actuación para los sujetos privados. Un motivo especial para la estructuración de ese marco es el riesgo de un peso desigual de poder y con esto que el uso de la autonomía privada conduzca a una posición de poder dominante. La existencia de una regulación estatal tiene entonces la misión de eliminar las asimetrías existentes. Por lo demás, existe un amplio margen para una autorregulación que es fomentada y amparada desde el Derecho público. Ese fomento va ligado a una crisis de las políticas regulativas que obedecen a la relación actual del Estado con la sociedad. Si el intervencionismo del Estado en aquélla disminuye es lógico que el Derecho público de algún modo se resienta, ya que éste no es sólo el Derecho del ejercicio del poder estatal, sino que es también el Derecho especial del Estado. Ahora bien, en nuestra opinión, la crisis de la regulación no comporta su extinción ni tan siquiera una disminución. Por el contrario, lo que el lector de boletines oficiales puede constatar es un no cesar en el número de disposiciones normativas del Derecho público. La pregunta lógica es, pues, dónde radica la crisis. La misma se halla en el contenido de la propia regulación.

Efectivamente, es cada vez más frecuente observar el gusto de nuestro legislador por el uso de la expresión autorregulación o la directa remisión a

códigos obligatorios de conducta⁵⁰³, lo cual hace patente un reconocimiento a las limitaciones de los poderes públicos en la conformación de la sociedad del siglo XXI⁵⁰⁴. Es precisamente en nuevos ámbitos tales como el medio ambiente o las nuevas tecnologías ligados a la sociedad de la información, en los que el componente autorregulativo gana en complejidad y aporta unos elementos procedimentales que alcanzan sustantividad al margen de los cauces estrictamente jurídicos⁵⁰⁵

El recurso a la autorregulación no deja de significar una voluntad del legislador de coadyuvar a un desarrollo normativo privado que obedece a múltiples motivaciones. En unos casos la razón responde a que se trata de actividades cuya prestación es estrictamente privada pero que tradicionalmente han sido objeto de regulación administrativa, es el caso del comercio. La actividad comercial, en el marco de una economía de mercado, es realizada por los particulares conforme a un marco legal de mínimos que reconoce la conveniencia de una autorregulación. En este sentido, por ejemplo, la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, señala en su exposición de motivos la conveniencia de *“los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación”* para lograr el efecto deseado por el legislador: un mejor comportamiento de todos los agentes del sector que debe redundar en un mejor funcionamiento de la competencia.

⁵⁰³ Así, en el Preámbulo del RD 629/93, de 3 de mayo, sobre el mercado de valores, leemos: “Se establece la obligación de cumplir el código general de conducta contenido en el anexo del presente Real Decreto y se impone a las entidades la *obligatoriedad de elaborar reglamentos internos de conducta* aplicables a sus administradores, empleados y representantes” –cursiva nuestra-.

⁵⁰⁴ En este sentido S. MUÑOZ MACHADO cuando, al tratar los aspectos ligados a la regulación de INTERNET, advierte “(...) con cuanta asiduidad se invocan las autorregulaciones para resolver problemas que resultan de difícil o imposible resolución por las autoridades públicas, que carecen de poderes de ámbito suficiente para actuar en el ciberespacio”, en *La regulación de la red, op. cit.*, pág. 59.

⁵⁰⁵ Advierte MUÑOZ MACHADO como la necesidad de las autorregulaciones surge ante la dejación por parte de los organismos públicos de cualquier función normativa, hecho que conduce a la sustitución de aquella por acuerdos alcanzados por los agentes interesados, *ibid.*

En este sentido, conviene destacar que en la autorregulación, sustitutiva de regulaciones jurídico-públicas e introductora de obligaciones a través de estándares, tiene una notable ascendencia la propia intervención pública. Así, por ejemplo, la mera posibilidad de una vuelta a una intervención pública sustitutiva constituye una amenaza capaz de inducir a los afectados a alcanzar los acuerdos necesarios para una mayor transparencia de los instrumentos autorregulativos. Ello no excluye, por supuesto, la existencia de una regulación de la autorregulación⁵⁰⁶, es decir el establecimiento de normas públicas obligatorias cuyo peligro, en todo caso, es el de un posible encorsetamiento en el funcionamiento de las instancias de autorregulación⁵⁰⁷. En cualquier caso se observa que el Estado se sitúa, en última instancia, como responsable del resultado de la autorregulación. Sin embargo, la autorregulación aparece como una solución parcial, idónea para algunos sectores pero puede, en cambio, ser incompleta para otros. Ello no significa, por supuesto, que deba renunciarse a ella. Al contrario, como advierte LA SPINA⁵⁰⁸, se trata de una técnica muy apropiada que más que una regulación presupone, por decirlo de algún modo y en lo que ahora tratamos, la existencia de una “meta-regulación”.

La autorregulación es un nuevo instrumento de dirección estatal⁵⁰⁹. El recurso a la misma sirve también para una mejor consecución de objetivos públicos que surgen en nuevos ámbitos de actuación. El resultado es una difuminación de las

⁵⁰⁶ Sobre la problemática de “regulación de la autorregulación”, o el concepto de Derecho “reflexivo”, véase G. TEUBNER, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, en *Law & Society Review*, 1983.

⁵⁰⁷ Sería, por ejemplo, el caso de la normalización técnica cuyo alto grado de institucionalización junto a una mera finalidad de producir más, de forma rápida o al menor coste, estaría reduciendo la propia competitividad industrial en un momento de saturación en el que la singularidad tendría un valor añadido.

⁵⁰⁸ En *Lo Stato regolatore*, *op. cit.*, pág. 85.

⁵⁰⁹ Para DI FABIO el uso de la autorregulación social vale como un nuevo e inteligible instrumento de dirección estatal (... vielmehr gilt die Nutzung gesellschaftlicher Selbstregulierung als neues und wahrhaft intelligibles staatliches Steuerungsinstrument), en “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, *cit.*, pág. 238. Este autor conecta, desde una concepción claramente estatocéntrica, la autorregulación con la ejecución de la Ley y su integración en los modos de ejecución administrativa.

fronteras normativas y fácticas existentes entre el Estado y la sociedad que se manifiesta en una creciente colaboración entre ambos. De esta manera, paradójicamente, a la autorregulación tiene como actores potenciales a aquéllos que, de un modo u otro, son destinatarios de regulaciones públicas. El objetivo entonces de la regulación no es otro que el de sancionar o hacer una mera declaración de reconocimiento de una realidad, persiguiendo aumentar la confianza entre los agentes llamados a integrar el sistema autorregulativo de que se trate. Aquí, por ejemplo, cobran especial interés los sistemas de aseguramiento de la calidad. Se trata de un auténtico orden autorregulado en el que, a modo de sanción, la expulsión de los "círculos de calidad", mediante la revocación o suspensión de una certificación, equivale a la pérdida de una auténtica habilitación profesional. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento de control estrictamente privado y ajeno a cualquiera de las garantías que imprimen el procedimiento administrativo. Conviene prestar un poco más de atención a este tema.

- La autorregulación en el procedimiento y la regulación organizativa: ejemplo de la calidad

La relevancia adquirida por lo que bien puede llamarse ordenamiento de la calidad ha comportado que el mismo haya sido objeto de unos controles administrativos más penetrantes y de una normativa jurídica más explícita que en el pasado. Concretamente, desde la Administración –ella misma se habría sometido al nuevo paradigma de la calidad⁵¹⁰- se ha institucionalizado una auténtica organización de la calidad sobre un ordenamiento ya existente y de origen social. En el caso español cabe admitir que el desarrollo de ese sistema de la calidad debe mucho a una activa participación de la Administración, hecho que no ha dejado de provocar cierta confusión al hacer objeto de una misma regulación actividades relativas a la calidad y a la seguridad industrial, estas

⁵¹⁰ Al respecto véase R. MARTIN MATEO, "El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total", *RAP*, núm. 134, 1994, págs. 7-27.

últimas sí típicamente administrativas y objeto de una aparente privatización de funciones públicas⁵¹¹.

Ahora bien, con independencia de ese fomento administrativo se ha preservado el carácter eminentemente privado de aquel sistema aun cuando sus aspectos organizativos han sido objeto de una atenta regulación pública. La institucionalización de la calidad tiene sus pilares en dos asociaciones privadas: la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). Ambas son objeto de regulación y reconocimiento en el RD 2200/1995, por el que se aprueba el Reglamento para la infraestructura institucional de la calidad y la seguridad industrial (RICSI). Se trata de una regulación que tiene como eje de referencia el ámbito industrial pero desde una perspectiva amplia. Brevemente diremos que la primera entidad, en su papel de organismo de normalización, tiene por objeto elaborar las normas en base a las cuales se realizarán diferentes tipos de certificaciones (de producto, gestión de producción y gestión ambiental); la segunda, por su parte, se encarga de acreditar la solvencia técnica de las organizaciones encargadas de certificar la adopción voluntaria de las normas antedichas (p. ej. las que regulan los procedimientos de gestión de la calidad y que integran la serie de las conocidas normas ISO 9000, normas que conciernen a los sistemas de gestión de la calidad y que se han convertido en una referencia universal en poco más de diez años).

⁵¹¹ Véase J. PONCE SOLE, "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *RAP*, núm. 139, 1996, especialmente págs. 365-368. Este autor enmarca las previsiones contenidas en el RD 2200/1995 (RICSI) relativas a la seguridad industrial como un supuesto de privatización de funciones públicas, pese a que "la responsabilidad administrativa puede reaparecer de forma indirecta en ciertos supuestos, a causa del incumplimiento de control y supervisión de las entidades privadas inspectoras cuya actuación haya causado daños" (pág. 368). Es precisamente este aspecto el que permite considerar a CARRILLO DONAIRE la inexistencia de un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas. Con toda razón este autor considera que el desarrollo de la función debe realizarse "*in proprium*"; es decir, con medios propios y en nombre propio, sin imputar el resultado de su actividad ni la responsabilidad derivada de la misma a ningún ente público. (...) La imputación constituye el título jurídico que ha de concurrir entre un acto dado y una organización subjetiva para que el actor del acto pueda ser considerado como sujeto o agente de dicha organización, de forma que, a nuestro juicio, la existencia de esta relación remisoria entre un particular y una Administración Pública excluye la posibilidad del ejercicio privado de funciones públicas", en *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, op. cit., pág. 562.

Cabe señalar que entre estas entidades de certificación y la Administración no existe vinculación alguna⁵¹². Una certificación dada de modo incorrecto acarrearía en el peor de los casos una retirada de la acreditación y una posible reclamación económica por parte de quien confió en la presunta solvencia técnica de la entidad. No existiría, por supuesto, ningún tipo de sanción administrativa. Del mismo modo, una empresa que cuente con una certificación y deje de cumplir con los requisitos o compromisos en ella establecidos perderá aquella pero podrá continuar su actividad. Para la Administración la pérdida de esa certificación es un hecho irrelevante, se trata de algo sometido a la más estricta autonomía privada. Curiosamente, también cabe advertirlo, si esa empresa pretende contratar con la Administración más le valdrá entonces contar con la certificación. Efectivamente, un sistema estrictamente privado y con procedimientos privados terminaría por ser asumido sin problemas por la propia Administración en lo que se refiere especialmente a la contratación pública⁵¹³.

⁵¹² De hecho Francia es el único país europeo en el que venía imponiéndose una aprobación de las entidades de certificación por parte de los poderes públicos, especialmente tras la Ley Scrivener del año 1978. Véase al respecto, M. ROYON, "L'émergence de systèmes nationaux de normalisation-certification et leur connexion internationale", en *RIDE*, núm. 1, 1999, pág. 109 y ss.

⁵¹³ El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hace mención expresa a la calidad en sus artículos 18 y 19 referentes a la solvencia técnica de los empresarios en los contratos de suministro y en los restantes contratos. Así, por ejemplo, en el art. 18.b) se hace mención a la "(D)escripción del equipo técnico, medidas empleadas por el suministrador para *asegurar la calidad...*", añadiendo en la letra c) la "(I)ndicación de los técnicos o de las unidades técnicas integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente de aquéllos encargados del *control de calidad...*" –cursiva nuestra-. En este último supuesto la referencia hecha a posibles técnicos no pertenecientes a la empresa encuentra una manifestación más explícita en la letra e) en donde se reconoce que la señalada solvencia técnica podrá acreditarse mediante "(C)ertificaciones establecidas por los institutos... encargados del control de calidad". Respecto los contratos de obra, el artículo 124.1.c) del RDLeg. 2/2000 refiere que los proyectos de obra deberán comprender, al menos: "(E)l pliego de prescripciones técnicas particulares donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, de la medición de las unidades ejecutadas y el *control de calidad...*" –cursiva nuestra-. En este sentido el hecho de que una empresa esté certificada según las normas de la ISO 9000 quiere decir que tiene implantado un sistema de aseguramiento de la calidad y que el mismo se cumple. Por tanto su ostentación por parte de la empresa contratista es una garantía de cumplimiento con la calidad. De hecho la mayor parte de las empresas que contratan con las Administraciones públicas están certificadas según la norma ISO 9000, especialmente las constructoras.

El interrogante se suscita en atención al desarrollo de las actividades de estas entidades, en cómo, por ejemplo, se realiza el proceso de acreditación de las entidades de certificación de la calidad. Se trata de procedimientos previstos en las correspondientes normas privadas (p. ej. UNE EN 45 000). Pero además, y no sin dejar de causar cierto pasmo, puede observarse como esas mismas normas de procedimiento son referidas desde la legislación cuando se trata de acreditar a entidades que luego podrán ser designadas por la propia Administración, sin que apenas se hagan previsiones adicionales⁵¹⁴. La regulación actúa, pues, sobre la organización de estas entidades pero en absoluto en sus procedimientos. En el caso de la normalización, esto también ha sido advertido por ALVAREZ GARCIA, y si cabe de modo más grave, cuando se considera que la remisión a normas técnicas distorsiona la propia configuración de la potestad reglamentaria desde el punto de vista del procedimiento y de la competencia, ya que *“los organismos de normalización adquieren de hecho funciones materialmente reglamentarias sin ser poderes públicos, y lo hacen, además, siguiendo su propio procedimiento, esto es, sin, por tanto, seguir el legalmente previsto para la adopción de las disposiciones generales de naturaleza obligatoria”*—redondilla nuestra⁵¹⁵. Esto permite considerar que, sin

⁵¹⁴ Por ejemplo, ENAC tiene, por encargo del Ministerio de Ciencia y Tecnología, un procedimiento de evaluación de los organismos que desean ser notificados por los Estados para realizar actividades de evaluación de la conformidad en el marco de las Directivas europeas de “nuevo enfoque”. Son así los Estados los últimos responsables de aquellos organismos que se notifican a Bruselas para actuar en el ámbito de certificación de una Directiva (p. ej. máquinas). Tal notificación implica que el organismo en cuestión pueda actuar en todo el espacio de la Unión Europea sin ningún tipo de restricción. En el caso español la notificación tiene como paso previo el cumplimiento con los requisitos de las normas EN 45 000 y la acreditación hecha por ENAC en base al documento PE-ENAC-ON/01 elaborado por esta misma entidad privada. Véase el boletín editado por ENAC *Actualidad de la Acreditación*, núm. 12 (junio 2000), pág. 2 y págs. 6-7.

⁵¹⁵ Vid. V. ALVAREZ GARCIA, “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *REDA*, núm. 99, 1998, pág. 351. Este autor, sin embargo, parece limitar la quiebra de la potestad reglamentaria al caso de las remisiones abiertas o dinámicas a normas técnicas desde normas jurídicas. Es decir, aquellos casos en los que la remisión no sólo alcanza a la norma en un momento concreto, sino incluso futuro. No obstante, opinamos que tal distorsión de la competencia y del procedimiento en especial opera también en el caso de las remisiones cerradas o estáticas. La razón estriba fundamentalmente en que el presumible conocimiento de la norma por la Administración no ampara su adopción por un procedimiento que de hecho es estrictamente privado y ajeno a una supervisión administrativa que, por supuesto, no debe limitarse a una mera asunción del contenido de la norma.

duda, una de las principales tareas que en el futuro va a corresponder al Derecho público será la de prestar atención a esas regulaciones que inciden en sujetos privados encargados de realizar tareas de interés general, cuando no auténticas funciones públicas. En este sentido cabe pensar en el desarrollo futuro desde instancias públicas de un Derecho de procedimiento que tenga como elemento subjetivo a aquellos actores privados a los que se traslada el ejercicio de actividades de interés general o, incluso, funciones públicas⁵¹⁶. En la dirección apuntada resulta ilustrativo el ejemplo del sistema EMAS en el que desde la normativa europea se prevén unas pautas formales de procedimiento⁵¹⁷.

Junto al del procedimiento la otra vertiente de la autorregulación regulada es la organizativa. Aquí sí puede decirse que la regulación se manifiesta de un modo más claro y contundente. Esa regulación afecta en buena medida al régimen jurídico de los sujetos principales implicados en el ámbito autorregulado. La existencia de la reglamentación pública obedece en estos casos a diferentes razones. De un lado, puede tratarse de actividades que pudiendo ser tomadas antaño como típicamente administrativas hoy se considera que su prestación debe radicarse de modo preferente en ámbitos privados, pese a lo cual el Estado no renuncia a un mínimo papel de supervisión que se garantiza mediante la regulación; de otro, pueden ser actividades nuevas cuya evidente relevancia económica hace conveniente una mínima regulación que ofrezca cierta garantía al mercado estableciendo la obligatoriedad de algunos aspectos referentes a la participación en las instancias de la autorregulación y a una mayor publicidad en su actuación. En este caso, creemos, que una de las mayores complicaciones que se presentan para la regulación es la de definir un régimen jurídico adecuado para esas instancias de autorregulación.

⁵¹⁶ Vid. W. HOFFMANN-RIEM, "Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven", en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, op. cit., pág. 319.

⁵¹⁷ Véase el anterior apartado b.2).

La referida institucionalización de AENOR y ENAC llevada a cabo en los términos previstos en el RICSI comporta, junto al reconocimiento de actividades estrictamente privadas, la asignación a estas entidades de unos cometidos antaño administrativos y en un régimen de práctico monopolio. Desde los más recientes estudios⁵¹⁸ que han prestado atención a su régimen jurídico se considera que estas entidades pueden ser catalogadas, tomando la expresión dada por el Tribunal Constitucional, como “asociaciones privadas de configuración legal”⁵¹⁹. Esta figura aparece como un auténtico *tertium genus* entre las ya referidas Corporaciones de Derecho público y las meras asociaciones previstas en el artículo 22 de la Constitución⁵²⁰. La consideración como “asociaciones privadas de configuración legal” supone una excepción régimen común de las asociaciones dada su sujeción a una legislación especial⁵²¹ o estatuto legal exclusivo otorgado por el legislador por la representación que aquéllas hacen de intereses sociales ante instancias estatales⁵²². Esa regulación específica, además, requiere del rango de ley.

En el caso de ENAC y AENOR es claro que el Estado hace uso de la vía asociativa para reconocer a unos sujetos privados el ejercicio de unas determinadas actividades de, cuando menos, interés público en un determinado

⁵¹⁸ Así en los trabajos de J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, op. cit., pág. 612, y de M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales*, op. cit. págs. 380-381.

⁵¹⁹ Se trata de la STC 67/1985, de 24 de mayo por la que se resolvía una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 13/1980 de Cultura Física y Deporte en relación a las Federaciones Deportivas. La actual Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990 califica expresamente a las Federaciones Deportivas como “asociaciones privadas”.

⁵²⁰ El régimen legal del derecho de asociación se encuentra regulado con anterioridad a la CE en la Ley 191/1964. Actualmente se encuentra bajo tramitación parlamentaria un nuevo texto legal sobre el derecho de asociación. Puede consultarse en BOCG. *Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 41-1, de 29 de junio de 2001, pág. 1.

⁵²¹ Así, por ejemplo, el referido Proyecto de Ley de asociaciones excluye de su ámbito de aplicación a las Federaciones Deportivas.

⁵²² Al respecto, véase G. TEUBNER, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Mohr, Tubinga, 1978. Trabajo ya clásico en el que su autor trata la autonomía de las asociaciones y sus límites.

sistema o sector de la sociedad. Para ello desde la legislación—en este caso un Real Decreto- se establecen un conjunto de condiciones y requisitos que deben ser incorporados a los estatutos de la asociación⁵²³. El resultado es que en el caso de la acreditación y la normalización el Estado hace objeto a unas entidades de una regulación que limita su libertad asociativa hasta el extremo de prever una participación⁵²⁴ de la Administración en sus órganos de gobierno, pero, en cambio, no les concede un estatuto jurídico propio, sino el propio de las asociaciones comunes. Situación contradictoria dados los requisitos adicionales que se establecen para el reconocimiento de un organismo de normalización o una entidad de acreditación que, en la práctica, vienen a limitar el número de este tipo de asociaciones⁵²⁵. En este sentido, no es de extrañar que pueda

⁵²³ En este sentido, G. FERNANDEZ FARRERES señala como "(E)l legislador (...) puede "modular" el régimen jurídico propio y específico de determinadas asociaciones atendiendo precisamente a las funciones públicas que el ordenamiento reconoce y atribuye a tales entes asociativos, si bien esas "modulaciones" no podrán entrar en colisión con el núcleo o contenido esencial del derecho de asociación que alcanza y protege también a esas asociaciones especialmente cualificadas o de configuración legal, en cuanto que no dejan de ser auténticos y efectivos entes asociativos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 22 de la Constitución", en *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 204.

⁵²⁴ Sobre el papel que puede desempeñar el fenómeno de la participación en la calificación de un determinado sujeto como ente público o privado, véase T. FONT I LLOVET, "Algunas funciones de la idea de participación", *REDA*, núm. 45, 1985, especialmente págs. 49-52. Para este autor la idea de participación juega en dos momentos: "En primer lugar, para flexibilizar y difuminar los contornos del concepto jurídico de sujeto privado, lo que acontece cuando una organización susceptible de ser calificada inicialmente como privada asume como actividad propia la participación en la consecución de fines públicos o de interés general que, en otro tipo de Estado, estarían reservados a las organizaciones públicas (y que precisamente por este motivo asumen la ordenación de estas entidades). En un segundo momento, la participación sirve para alterar el ámbito del concepto de ente público, al excluir su aplicación a aquellos sujetos que, teniendo un origen público y cumpliendo una finalidad pública, se organizan internamente bajo el principio de participación social que prima la presencia de exponentes externos frente a los exponentes netamente públicos".

⁵²⁵ Así, en la referida STC 67/1985 se manifiesta que: "(...) cuando el Estado utiliza la vía asociativa para atribuir a un determinado tipo de asociaciones el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo en un determinado sector de la vida social, puede limitar el número de asociaciones a las que atribuye el ejercicio de tales funciones, pues corresponde al Estado organizar tal ejercicio de la forma más conveniente para la consecución del interés general" (FJ 4º). Ahora bien, nada impide que puedan constituirse asociaciones que, entre sus fines, puedan tener el mismo objeto que las de configuración legal. En este sentido ESTEVE PARDO, al comentar dicha sentencia, expone con meridiana claridad que "nada impide, en principio, que al amparo sólo del art. 22 de la Constitución se forme una asociación que se desenvuelva en el ámbito material de actividad contemplado por la legislación especial, aunque, lógicamente, no le serían de aplicación sus peculiares previsiones", en "Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones deportivas", *REDA*, núm. 45, 1985, pág. 115.

considerarse en este caso que el recurso a la institución de la asociación en realidad persigue un encubrimiento de auténticas corporaciones profesionales⁵²⁶.

d) *Autorregulación privada*

La autorregulación y, lo que es más importante, su reconocimiento desde la legislación, encuentra su explicación en el momento de colaboración, cooperación y consenso entre los poderes públicos y los sujetos privados. Una relación de naturaleza más simétrica que antaño y en la que la posición de la Administración no siempre aparece como directiva.

En los supuestos anteriores la potestad normativa de los poderes públicos aparece como el elemento directivo; la norma jurídica estatal sigue siendo decisiva. En el caso de la autorregulación social *stricto sensu* tomamos, en cambio, como principio el reconocimiento a la existencia de una potestad normativa que, desde el Derecho, encuentra su fundamento en la autonomía privada.

Como señala DIEZ-PICAZO, "(L)os actos de autonomía privada, denominados por regla general negocios jurídicos, crean entre las partes un precepto (precepto de autonomía privada) que estatuye sus recíprocos derechos y deberes y que debe ser por ello observado (lex privata)⁵²⁷. Admitida la posibilidad de una autonomía normativa privada se plantean en torno a ella las cuestiones sobre su fundamento y alcance.

El alcance no es, por supuesto, ilimitado, encuentra su restricción en la Ley y en normas o principios no positivizados como es la idea de orden público, tal como

⁵²⁶ Así lo manifiesta S. DEL SAZ en relación a las Federaciones Deportivas, en "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo...", cit., pág. 150.

⁵²⁷ Vid. L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, "La Ley y la potestad normativa privada", en *Democracia representativa y parlamentarismo*, op. cit., pág. 81.

establece el artículo 1255 Cc⁵²⁸. La autonomía normativa privada encuentra también una limitación en cuanto a su eficacia; sólo surte efectos entre quienes la establecen y, todo lo más, en quienes posteriormente la aceptan. Por el contrario, las normas jurídicas tienen una eficacia general que, por su imperatividad, las hace prescindir de la nota de la voluntariedad. Ahora bien, la autorregulación, como intentaremos demostrar, supone un poder normativo privado y autónomo—o si se prefiere una organización normativa privada y autónoma—, que, sin embargo, extiende —pretende extender— su eficacia de un modo similar al de las normas jurídicas.

En cuanto al fundamento del poder de autonomía privada, DIEZ-PICAZO considera que más allá de la Ley cabría encontrar un reconocimiento en el artículo 10 de la Constitución, “*porque sólo se reconoce la dignidad de la persona si se la permite autorregular sus marcos de intereses*”⁵²⁹. Este precepto, junto al artículo 22, permiten, pues, establecer la existencia de un reconocimiento constitucional al poder normativo de los particulares que sirve también a la autorregulación.

La autorregulación tiene una matriz indiscutiblemente privada y ajena en su génesis a la Administración. Con carácter general, sus finalidades son diversas pero, en principio, no primordialmente lucrativas. Se trata, en todo caso, de establecer procedimientos, códigos de conducta, normas que, ante la ausencia u obsolescencia de regulaciones públicas, doten de racionalidad un determinado ámbito social o económico. Resulta entonces lógico que sea en el seno asociativo donde la autorregulación encuentre su auténtico bastión. Si no, obsérvese cómo todos los ejemplos de autorregulación que iremos refiriendo tienen su origen en una previa asociación cuyos estatutos, por otra parte, constituyen su primera expresión normativa.

⁵²⁸ “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Así DIEZ-PICAZO señala que “(E)l orden público puede también situar las normas privadas fuera de los límites de reconocimiento y, por consiguiente, hacerlas nulas”, *ibid.*, pág. 83.

⁵²⁹ *Ibidem*

La autorregulación supone la capacidad de establecer normas de conducta vinculantes al margen de toda coactividad derivada de normas jurídico-públicas. En cierto modo el reconocimiento de la autorregulación supone también el de una teórica autolimitación del Estado a su soberanía⁵³⁰. Bajo esta consideración cabe entender las modulaciones a la autorregulación que han sido contempladas en el apartado anterior (b.3), concretamente en lo que respecta a las “asociaciones de configuración legal”. Conviene que nos detengamos nuevamente en este tipo de asociaciones. La regulación que sobre ellas establece el Estado radica en el interés público de sus actividades y paralelamente en un reconocimiento de las mismas. Por ejemplo, en el caso de una asociación privada que cumpla las condiciones establecidas en el RICSÍ para ser reconocida como organismo de normalización, sus normas podrán ser tomadas en cuenta por los poderes públicos, en otro caso no. Del mismo modo las acreditaciones emitidas por una entidad reconocida por la Administración a tal efecto facilitan que una organización acreditada pueda ser autorizada para realizar funciones de inspección. Hasta ahí todo permite pensar en un sistema en el que el Estado puede ostentar una posición directiva. Pero esto excluiría poder hablar de una auténtica autorregulación privada. ¿Qué nos permite considerar entonces que estas asociaciones pese a su reconocida configuración legal son auténticas manifestaciones de autorregulación?. La respuesta es que la autorregulación en estos casos no puede ser observada en el marco estatal, sino en un espacio superior. No es el Estado el que integra la autorregulación, es la autorregulación la que logra integrar al Estado. Si no es desde esta perspectiva no puede entenderse cómo es posible que en lo que constituye la *ratio decidendi* de esas asociaciones el Estado carezca de todo poder de decisión. La Federaciones deportivas, por ejemplo, son objeto de regulación legal por parte de los Estados, pero quien discute la incuestionable ascendencia que las Federaciones internacionales tienen sobre las nacionales –¿quién decide si un deportista

⁵³⁰ Ahora bien, no es menos cierto que tal soberanía reside en el pueblo –la sociedad- del que, conforme al artículo 1.2 CE, emanan los poderes Estado.

presuntamente dopado puede o no competir?. De igual modo los organismos de normalización nacionales se someten a lo que establecen los de ámbito internacional, y lo hacen en base al consenso –no a la unanimidad- lo cual significa que aunque exista disconformidad por parte de un organismo nacional la norma será igualmente incorporada a su *corpus* normativo. En definitiva, existen supuestos en que pese a la voluntad de una ordenación de la autorregulación el Estado está limitado y, por tanto, ve mermada su soberanía interior⁵³¹.

Las manifestaciones de la autorregulación son evidentes en los diferentes ámbitos ligados a la modernidad y que, por su novedad, son cuasi ignotos para el Derecho. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, la investigación en biotecnología o, en el ámbito económico, los ingentes movimientos de capital por las diferentes plazas financieras del orbe obedecen, en una medida superior a lo deseable, a decisiones ajenas a la Administración. Por el contrario, es en la sociedad donde encontramos las regulaciones formales que dotan –supuestamente- de racionalidad las decisiones que atañen a las materias referidas con un alcance territorial a su vez también delimitado. Lo social es, pues, lo adjetivo de la autorregulación, cuyo objeto consiste en la consecución de intereses individuales o colectivos legítimos en un marco de respeto a los derechos y libertades fundamentales⁵³². Si la autorregulación fuera contraria a la legalidad vigente o a los valores, derechos y principios constitucionales es evidente que entonces no podría existir. Ese respeto al

⁵³¹ La soberanía supone, en palabras de HELLER, "(...) un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes, organizados o no, que existen en el territorio, lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo", en *Teoría del Estado*, *op. cit.*, págs. 262-263.

⁵³² La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Derecho de asociación manifiesta en su apartado VI esta idea de modo rotundo al calificar el fenómeno asociativo como un "instrumento de participación y de integración en el Estado y en la Sociedad, ante el que los poderes públicos han de mantener un cuidado equilibrio, de un lado en garantía de la libertad asociativa y de otro en protección de los derechos y libertades fundamentales que pudieran encontrarse afectados en el ejercicio de aquélla". Sobre la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado, véase el libro coordinado por P. SALVADOR CODERCH, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997. En el mismo constan dos trabajos, el primero de I. v. Münch "*Drittwirkung* de Derechos fundamentales en Alemania", el segundo de J. Ferrer i Riba y P. Salvador Coderch, "*Asociaciones, Democracia y Drittwirkung*".

ordenamiento jurídico es indispensable pues, de un modo u otro, la autorregulación tendrá efectos directos o indirectos sobre terceras personas. De esta manera, el papel del Estado en relación a la sociedad es el de un preceptor que debe dejar actuar y permitir las equivocaciones pero no puede tolerar las infracciones.

La autorregulación supone una complejidad social compuesta por diferentes sistemas cada uno de los cuales puede establecer normas o códigos de conducta de referencia. Estos sistemas autorreferenciales⁵³³ de diferente índole (económicos, éticos, técnicos, ambientales, etc.) y dotados de sus propias estructuras terminan por contactar entre sí. El Derecho, el ordenamiento jurídico, constituye uno más de esos sistemas⁵³⁴ y, en nuestra opinión, el más importante pues es el medio que hace posible el perfecto fluir de la autorregulación⁵³⁵. Pese al deseo de una pretendida "ajuridicidad" de la autorregulación, los sujetos autorregulados saben que es imposible sustraerse al Derecho y que, aunque ignorado, siempre estará allí. Es indudable que unas de empresas de alimentación que quieran comercializar productos biológicos, o unos fabricantes de software que pretendan hacerlo con juegos para menores, acabarán por establecer unas pautas de conducta y para ello precisarán de un mínimo de institucionalización que sólo el Derecho podrá darles. Pero es más, esas mismas empresas acabarán por intentar buscar el maternal abrazo de un Estado que, en todo caso, debe renunciar toda pretensión directiva so pena de terminar asumiendo responsabilidades no deseadas. Tal situación es, en nuestra opinión,

⁵³³ Vid. H. WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Theorie des Staates polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1992, pág. 186 y ss.

⁵³⁴ *Ibidem*, pág. 203 y ss.

⁵³⁵ El Derecho como medio sirve, según Habermas, "como un instrumento para la organización de subsistemas de medios controlado que, han llegado a ser autónomos de cara a los contextos normativos de acciones orientadas a alcanzar un entendimiento", "Law as Institution and Law as Medium", en G. TEUBNER *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín / Nueva York, 1986 –citado por U. K. PREUSS, "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social", en *Derecho y economía en el Estado social*, op. cit., pág. 89.

la que se corresponde con los llamados códigos de conducta que por doquier aparecen en diferentes sectores sociales.

- Los códigos de conducta: autorregulación previa a la regulación

Los códigos de conducta o códigos de autorregulación pueden tener un contenido o finalidad diversa pero, en todo, caso la misión que persiguen es la de generar suficiente confianza en sus destinatarios principales: los ciudadanos. El objeto de los códigos puede ser ética⁵³⁶, económica⁵³⁷ o bien exclusivamente técnica. Es este último, por ejemplo, el caso del código de autorregulación firmado por las operadoras españolas de telefonía móvil⁵³⁸ para garantizar la seguridad de la prestación de los servicios. Dicho acuerdo, de 24 de julio de 2001, no persigue otra finalidad que la de regular el despliegue de la red necesaria para el servicio de telefonía móvil. La autorregulación llevada a cabo tiene como objetivo suplir precisamente una ausencia de regulación y tratar de generar la confianza suficiente en la sociedad que permita la instalación de las

⁵³⁶ Es, por ejemplo, el caso del Código de autorregulación sobre el etiquetado y publicidad de los productos de software de entretenimiento, realizado por la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE). En este caso existe un deseo declarado de suscribir convenios de colaboración con las Administraciones Públicas.

⁵³⁷ Es el caso del Código de buenas prácticas comerciales para el comercio electrónico de AENOR, donde se contienen un conjunto de principios destinados a generar la suficiente confianza en el consumidor. Por lo demás, las únicas especificaciones técnicas contenidas en ese Código son las dimensiones de la marca AENOR de buenas prácticas comerciales para el comercio electrónico. En este mismo sentido, por ejemplo, el Código de Ética y Conducta Profesional elaborado por el Instituto Español de Analista Financieros (IEAF), entidad privada que agrupa, de forma voluntaria, a los profesionales del sector. Se trata de un código de obligado cumplimiento para los asociados al IEAF, aunque no es imprescindible pertenecer al instituto para ejercer como analista, una profesión prácticamente carente de más regulación que los principios contenidos en la Ley del Mercado de Valores y por el Código General de Conducta para intermediarios financieros. Precisamente es esa ausencia de regulación y la relevancia que tienen actualmente los analistas financieros lo que motiva una necesaria autorregulación sobre aspectos tales como la independencia, la garantía de confidencialidad, la información al inversor y la transparencia y rigor informativo (véase al respecto el artículo publicado en el periódico *La Vanguardia*, de 19 de agosto de 2001, bajo el título "Analistas bajo sospecha. Las irregularidades detectadas en EE.UU cuestionan la independencia de los gurús de bolsa").

⁵³⁸ Se trata de Amena, Airtel, Telefónica Móviles y Xfera. También suscribió el documento la Asociación Nacional de Industrias Electrónicas y de Telecomunicaciones (ANIEL).

discutidas antenas de telefonía móvil. Vemos de este modo como las empresas afectadas, ante una situación de preocupación social, deciden anticiparse a la Administración⁵³⁹, dotándose de un código de conducta en el que se afirma el cumplimiento riguroso con las normas técnicas en vigor, asumiéndose voluntariamente los parámetros técnicos previstos en la Recomendación europea 1999/519/CE. En definitiva, el texto del acuerdo⁵⁴⁰ consiste en la adopción de un conjunto de medidas que por antonomasia se hallan en disposiciones reglamentarias. En este caso, el retraso del correspondiente reglamento en una materia de indudable complejidad técnica y en la que se incluyen aspectos relativos a la salud de las personas, obliga al sector a optar por un modelo de autorregulación en el que, paradójicamente, se hacen constantes referencias a la Administración.

Del referido acuerdo cabe destacar los elementos siguientes: a) Se trata de una manifestación de autorregulación que parte del cumplimiento de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones; b) La adopción voluntaria del Código pone de manifiesto una ausencia de regulación administrativa exigible conforme a lo previsto en la Ley 11/1998⁵⁴¹; c) Constituye un ejemplo de autorregulación sujeta a regulaciones autorreguladas. Es decir, las especificaciones técnicas contenidas en el Código son las elaboradas por los organismos privados de normalización; d) Se trata de un caso en que la intervención administrativa es solicitada desde el propio ámbito autorregulado. Así, el acuerdo prevé mecanismos de seguimiento de los niveles de exposición radioeléctrica, mediante la presentación voluntaria de certificaciones e informes de los operadores de telecomunicaciones ante las

⁵³⁹ A fecha de la adopción de este acuerdo el Ministerio de Ciencia y Tecnología se encontraba elaborando un proyecto de Real Decreto, pendiente de ser informado por la Comisión europea y del dictamen del Consejo de Estado.

⁵⁴⁰ El "Código de autorregulación de los operadores de telefonía móvil para el despliegue de la red necesaria para el servicio" puede consultarse en www.telefonica.es/index/tm_codigo.html.

⁵⁴¹ Según el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones compete al Gobierno el desarrollo reglamentario del procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública.

Administraciones Públicas para su evaluación⁵⁴²; e) El alcance del Código se extiende a todos los ciudadanos. En este sentido las autolimitaciones que se imponen las empresas sólo rigen a partir de consideraciones técnicas preestablecidas y a nada más. La participación de otros sectores sociales o, incluso, otras Administraciones públicas (autonómica y local) nos aparece inexistente.

- La autorregulación como condicionante de la regulación

El caso de las nuevas tecnologías de la información nos ofrece uno de los ejemplos más claros de auténtica autorregulación social. La misma viene caracterizada –conviene subrayarlo– por dos notas señeras: la supraestatalidad –no necesariamente coincidente con mundialización y la prescindibilidad –al menos inicial– del Derecho. Anteriormente, hemos referido el caso de la asignación de los nombres de dominio en Internet, donde se ha visto la importante función que desarrolla la ICANN. Junto a esta institución existen otras entidades, especialmente la IETF (*Internet Engineering Task Force*) y el conocido como W3C (*World Wide Web Consortium*). Estos organismos son los que han desarrollado la necesaria regulación técnica de Internet, estableciendo los estándares técnicos precisos⁵⁴³. Interesa destacar que estos organismos, y de manera más clara que la ICANN, han venido ejerciendo y ejercen su actividad al margen de cualquier tipo de autorización pública. En el caso del W3C, su origen, nada lejano por cierto, y composición demuestra bien claramente su estricto

⁵⁴² En el artículo 2 encontramos un ejemplo de cómo desde el ámbito autorregulado se exige una actuación administrativa al establecerse que: "(...) las operadoras solicitarán del Ministerio de Sanidad y Consumo la elaboración a los tres años de funcionamiento de estas normas, un informe sobre las experiencias obtenidas en la aplicación de las mismas, en lo referido a la evaluación de riesgos potenciales de la exposición a las emisiones radioeléctricas".

⁵⁴³ Estos estándares constituyen a modo de mecanismos regulatorios el código que permite el funcionamiento de Internet. En opinión de LESSIG este código, y no la ley, constituye el auténtico instrumento regulador del ciberespacio. Sin embargo, la regulación estatal, lejos de ser prescindible, sigue siendo necesaria. Véase L. LESSIG, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

carácter autorregulativo⁵⁴⁴. Lo cierto es que hasta el presente han sido estas organizaciones, y no los Estados, las que han venido resolviendo los complejos problemas técnicos planteados por INTERNET. Resulta lógico que esté siendo principalmente la comunidad técnica la que haya tomado parte directiva en el proceso de autorregulación, al margen, por tanto, de los usuarios no técnicos. Es por esta razón que cabe plantear ciertas reservas a este tipo de autorregulación, pues la misma, en todo caso, debe hacer posible la participación de todos los sujetos implicados. Así, en el caso de INTERNET resulta deseable una democratización de sus estructuras a riesgo, en caso contrario, de caer en el peligro de unas estructuras tecnocráticas y ajenas a cualquier otro tipo de consideraciones que no sean las tecnológicas. En este sentido, una auténtica autorregulación de “la red” consistiría en la ampliar la base de expertos a otros ámbitos y en lograr una amplia representación de asociaciones (p. ej. organizaciones de consumidores). La autorregulación ofrecería también sus limitaciones. Precisamente, la pretendida ausencia de cualquier tipo de jerarquía en favor de la libre iniciativa privada estaría demostrando ya algunos síntomas de crisis en el crecimiento de Internet⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Refiere Berners-Lee que en su momento inicial –año 1994- “(L)a pertenencia al consorcio estaba abierta a cualquier organización; comercial, educativa o gubernamental, ya fuese lucrativa o no. (...) Los miembros tenían que comprometerse a pertenecer durante tres años, después de los cuales podían renovar el contrato anualmente. A su vez, los miembros podían asistir a cualquier reunión libremente y sentarse en cualquier grupo de trabajo o cualquier otra cosa que organizáramos. (...) Aunque no teníamos un lema por entonces, el propósito del consorcio era conducir al Web a su más alto potencial”, en primer lugar desarrollando protocolos comunes para destacar la interoperabilidad y evolución del Web. Para hacerlo, estaríamos a la cabeza de una significativa oleada de aplicaciones, servicios y cambios sociales, cumpliendo una combinación única de papeles tradicionalmente adscritos a organizaciones muy diferentes. Al igual que el IETF, el W3C desarrollaría especificaciones abiertas. (...) *Igual que los consorcios industriales, el W3C representaría el poder y la autoridad de millones de empresarios, investigadores y usuarios* –cursiva nuestra-, en *Tejiendo la red*, op. cit., pág. 88.

⁵⁴⁵ Así, por ejemplo, los organismos responsables de conceder y gestionar los dominios locales (.es, .it, .uk, etc.) están ya exigiendo mayor autonomía frente a la ICANN. Otro ejemplo, en el registro de los IDN (Nombres de Dominio Internacionalizado) llevado a término por empresas privadas acreditadas por la ICANN. En este caso la ICANN ha manifestado su preocupación por la profusión de IDN antes de haya sido acordado un conjunto de normas que regulen el uso de caracteres fuera del alfabeto inglés contenido en el formato ASCII. La preocupación radica en la emisión de IDN utilizando idiomas como el japonés, coreano, árabe o hebreo. En este tema la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 21 de julio de 2001 ha previsto que: “Hasta que los mecanismos de reconocimiento de los caracteres multilingües en el sistema de nombres de dominio de Internet no estén operativos, no podrán asignarse nombres de

3.3.3 *La normalización: entre la autorregulación y la regulación*

Desde un punto de vista general el sistema de normalización privada, junto a su significación fáctica, constituye el ejemplo por excelencia de autorregulación social. Sin duda, la normalización es uno de los más importantes sistemas de autorregulación cuya eficacia se hace notar en otras manifestaciones autorreguladoras.

La normalización es una actividad que tiene su elemento de referencia en el desarrollo científico y técnico. En ese desarrollo se encuentra el origen de la creciente complejidad de nuestra sociedad. Los cambios operados en, por ejemplo, las comunicaciones, la medicina o la alimentación, van moldeando nuestras actitudes respecto a las relaciones interpersonales, la salud o el ocio. La “facilidad de vida” que nos brinda la constelación tecnológica es, sin embargo, más aparente que real. Existen –¡vaya si existen!- riesgos que unidos a la creciente sensibilidad de la opinión pública provocan una auténtica sensación de inseguridad. Una ausencia de seguridad que, sin embargo, sólo es tomada en cuenta a partir de una posición cualificada que la persona tiene en cuanto consumidor. El consumidor adquiere mediante una contraprestación económica el acceso a unos productos técnicos o alimenticios en la confianza de su seguridad. Si esa confianza se rompe, el alcance de ese resquebrajamiento no se limita al fabricante o al productor, el consumidor lo extiende al Estado. Las vacas, los cerdos, el aceite, los piensos, los medicamentos, las perturbaciones electromagnéticas sólo preocupan si hay consumidores. Las vacas por sí mismas y en grupo no son tomadas en consideración, no son más que “elementos normalizados”⁵⁴⁶; si antes de entrar en la fase de consumo ya están “locas” eso

dominio bajo el código de país correspondiente a España que contengan letras propias de las lenguas españolas distintas de las incluidas en el alfabeto inglés. Mientras persista esta situación, dichas letras habrán de ser sustituidas por otras afines (por ejemplo: “ñ” por “n” o “ny”) “.

⁵⁴⁶ Así, a nadie se le ocurre cuestionar el sacrificio vacuno realizado durante el año 2001 en Inglaterra, pero, en cambio, estalla una auténtica campaña nacional para salvar a un ternero. Del mismo modo, cientos de perros mueren a diario en las perreras municipales pero basta que uno sea noticia –por ejemplo, provocando la paralización del servicio de metro- para que se desate

no preocupa a los medios de comunicación y a sus lectores—consumidores-. Hace falta una desgracia, y mejor si esta recae sobre un joven consumidor de hamburguesas de una marca conocida, entonces la noticia alcanzará, sin duda, más difusión. Pero lo más grave es que si la carne de esa hamburguesa sirve para paliar las hambrunas planetarias que aún existen poco o nada importa entonces su riesgo. Evitar el peligro del hambre bien merece asumir unos riesgos que en otros lugares se considerarían inadmisibles. La carne es consumida pero en ese caso sus destinatarios no merecen el trato de los consumidores.

Las responsabilidades del Estado frente al ser humano son limitadas, en cambio frente al consumidor son de tal naturaleza que pueden llegar a ser infinitas. Y no son sólo responsabilidades de carácter material, sino incluso éticas. En suma, la efectiva consecución de todo lo que se espera del Estado sobrepasa en mucho, y de un modo nunca visto, sus capacidades personales y financieras. La solución pasa por realizar una auténtica movilización total de la iniciativa privada bajo su propia autorresponsabilidad. Ahí encontramos el terreno abonado que hace deseable la autorregulación⁵⁴⁷.

una auténtica *histeria de solidaridad* que, por supuesto, no durará más que un telediario, o dos si se produce durante el estío, época de cierta sequía informativa.

⁵⁴⁷ Es, por ejemplo, el caso de la protección de datos en Internet. Según el modelo norteamericano el consumidor puede ver como las propias empresas a los que suministra sus datos se hacen responsables de no hacer de ellos más uso que el que le ha sido informado. La finalidad de este modelo —por supuesto objeto de regulación— no es otro que hacer al individuo responsable en el control de los datos con él relacionados. En este sentido —señala LESSIG—, el gobierno de los Estados Unidos ha fomentado un tipo de autorregulación por parte de las empresas, expresada en códigos empresariales de conducta. Tal autorregulación debería permitir a las empresas establecer las reglas acerca de los datos que han de ser protegidos. Así —añade este autor— “(U)na vez establecidas tales reglas, la presión de los demás miembros del tejido empresarial, o del propio mercado, podrían forzar a que se cumpliesen”. No obstante, este autor se muestra escéptico con este modelo regulador proponiendo, a partir de las disponibilidades tecnológicas, otro que convierte al consumidor en el auténtico autorregulador de sus datos personales. El modelo propuesto por LESSIG en relación a la privacidad de datos en el ciberespacio implica la sustitución de un régimen de responsabilidad —protección del derecho pero imposibilidad de oponerse individualmente a su transferencia— por otro de propiedad caracterizado por proporcionar el control a la persona que ostenta el derecho a la propiedad. El primero protege la transferencia; el segundo protege la posibilidad de elegir. En opinión de este jurista americano, “(...) un régimen que nos proporcione tranquilidad otorgándonos el control sobre la información privada es un régimen en consonancia con los principios públicos, un régimen que las autoridades públicas deberían respaldar”. Sin embargo ese respaldo no operaría mediante ley, ni por negociaciones entre personas, sino a través de códigos técnicos y

La autorregulación o normación privada puede ser definida como el establecimiento voluntario de reglas sobre productos, procedimientos y especificaciones por parte de empresas, asociaciones. Este modelo se contrapone al que tradicionalmente convertía al Estado en el sujeto director que establecía mediante la legislación el conjunto de derechos y deberes a que estaban sometidos los ciudadanos. En ese modelo tradicional el Estado definía la relación con los sujetos privados mediante la aplicación de instrumentos imperativos que tenían como meta la consecución del interés general. La secuencia de este modelo nos es suficientemente conocida, pero debemos recordarla. El Parlamento, cuyos miembros son elegidos libremente como representantes del pueblo –titular de la soberanía-⁵⁴⁸ ostentan la legitimación democrática para, mediante el instrumento de la Ley, establecer obligaciones que persiguen el interés general.

El contrapunto de este modelo lo ofrece la normalización privada⁵⁴⁹, es decir, la autorregulación. Bajo su propia responsabilidad asociaciones y empresas crean sus propias reglas. El contenido de esas reglas se extiende absolutamente a todos los ámbitos en los que existe una necesidad de especificaciones técnicas de aplicación general y uniforme. Se trata del ámbito de la seguridad industrial, pero también de la protección del medio ambiente, así como de las certificaciones de aseguramiento de la calidad, o de la protección de los consumidores⁵⁵⁰.

negociación máquina a máquina, *El código y otras leyes del ciberespacio*, op. cit., págs.293-301.

⁵⁴⁸ Vid. STC 100/1984. El concepto de “pueblo español” contenido en el artículo 66.1 CE es claramente diferente al que se expresa en el artículo 1.2 CE; en el primer caso, según GALLEGO ANABITARTE, se trata de un órgano del Estado que ejerce competencias constitucionales aunque sea un órgano directo, primario y “creador” de otro órgano –las Cortes Generales-, en el segundo caso es el poder constituyente (*Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 165-166).

se trata de un órgano del Estado que e

⁵⁴⁹ En este sentido, véase M. SCHMIDT-PREUß, “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, cit., pág. 202 y ss.

⁵⁵⁰ Al respecto véase la obra de M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, Madrid, pág. 55 y ss.

La creciente importancia y atención prestada actualmente a la normalización se deriva de las diversas funciones que tiene asignadas. (1) Permite el establecimiento de normas técnicas comunes que hacen posible la eliminación de los obstáculos técnicos al comercio y la libre circulación de los productos. (2) La normalización permite el uso de un *know-how* originado en empresas o asociaciones privadas y sobre el cual el Estado ni dispone ni puede disponer. (3) En tercer lugar, la normalización constituye el marco principal e idóneo para una deseada aceptación de las reglas creadas desde la propia economía. Reglas respecto a las cuales existe la obligación, libremente asumida, de proceder a su constante mejora. Se trataría de un consenso en el progreso (4) En consecuencia, la contribución hecha por la normalización supone una descarga para el Estado. Tal hecho existirá siempre que el Estado decida renunciar a la reglamentación técnica y acepte servirse de la normalización.

Los elementos descritos son los fundamentos de la normalización privada y son los que permiten hablar de una auténtica autorregulación social. Sin embargo, también permiten formular una crítica. La misma trae causa en la dejación de poder hecha por el Estado y en el vaciamiento de sus instituciones. Su propia impotencia para dominar sus propios problemas es la que provoca que el Estado se ponga a merced de los grupos de poder económicos. La crítica⁵⁵¹ adopta tintes de acusación cuando lo que se reprocha es que las decisiones que cambian la sociedad ya no estarían vinculadas a las instituciones del sistema político: Parlamento y Gobierno. Esas decisiones, se argumenta, podrían ser formalmente adoptadas por las instancias normativas legitimadas pero bajo la influencia de “asociaciones” –sindicatos, empresas, consumidores y demás

⁵⁵¹ Especialmente desde la sociología. Al respecto véanse las obras de V. M. BRENECKE, *Normsetzung durch private Verbände (Zur Verschänkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz)*, Werner-Verlag, Düsseldorf, 1996, especialmente págs. 121-139, y pág. 263 y ss.; H. VOELZKOW, *Private Regierungen in der Techniksteuerung (Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung)*, Campus, Fráncfort del Meno, 1996, pág. 35 y ss.

intereses organizados- amparadas constitucionalmente⁵⁵² y que, por supuesto, tendrían su derecho a opinar. La consecuencia, pues, de esta “gobernanza privada”, carente de legitimación democrática, sería que el Estado perdería su soberanía interior y lo político abandonaría el Parlamento para instalarse en la “zona gris del corporativismo”⁵⁵³.

La situación podría plantear la idea de un Estado débil y asaltado, este planteamiento, sin embargo, debe ser rechazado desde una perspectiva constitucional. Dejando a un lado las consideraciones legales que pueda tener la normalización, lo cierto es que bajo el amparo del artículo 22 CE podrían constituirse cuantas asociaciones tuvieran como finalidad la elaboración de normas técnicas. Efectivamente, el único límite que el fin asociativo encuentra es el de la ilicitud penal de los fines y medios asociativos. En el caso de la normalización no existe ningún obstáculo constitucional que impida la eficacia y operatividad del derecho de asociación. La única modulación existente sería de carácter legal y a ella ya nos hemos referido anteriormente. Ese derecho constitucional de naturaleza fundamental ampara, por supuesto, el establecimiento de cualesquiera normas –con el límite señalado- que la asociación quiera, y ello con independencia de que tales normas privadas puedan ser de hecho ampliamente observadas. Ni aun en tal caso sería posible una intervención administrativa sobre la asociación, sólo cabría un control de carácter judicial y siempre que existiese una presunta ilicitud de los fines o actividades de la asociación .

⁵⁵² Art. 22 CE. Sin perjuicio de las peculiaridades o singularidades que cada modalidad asociativa pueda ofrecer, su mínimo común denominador se halla en este precepto constitucional que cualquier regulación legal deberá observar y respetar. En este sentido, véase G. FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 175 y ss.

⁵⁵³ Expresión tomada de U. BECK quien, sin embargo, adopta una posición crítica respecto a esta postura. En su opinión la deslocalización del Estado hacia grupos de intereses privados corregiría la autonomización y consolidación del dominio estatal. Véase, *La sociedad del riesgo*, *op. cit.*, págs. 242-243.

En sentido contrario, y también desde una perspectiva constitucional, el alcance de esas normas privadas estaría limitado. Desde el propio acervo del Estado de Derecho hasta el mismo principio democrático hacen inviable que una norma técnica privada pueda ser jurídicamente obligatoria. Tal carácter está exclusivamente reservado a aquellas instancias legislativas democráticamente legitimadas.

3.4 “Lealtad” y “confianza” como elementos de la relación entre Estado y sociedad

En las páginas anteriores hemos visto cómo ante la complejidad técnica, la confluencia de intereses públicos y privados provocan que la relación entre Estado y sociedad se exteriorice de un modo más plural que hace unas décadas. El recurso a nuevas fórmulas organizativas como son las agencias o administraciones independientes, la cualificada colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, y el recurso a la llamada autorregulación plantean en último extremo un abandono de los instrumentos coactivos de intervención administrativa y de la colaboración jerarquizada, sustituyéndose por otro instrumental en el que la voluntariedad destaca en un marco de relación que abandona conscientemente los vínculos de jerarquía .

En ese nuevo modelo de relación se ofrece un elemento todavía no expresado pero que puede intuirse: la confianza. Ella constituye, desde nuestro punto de vista, el elemento esencial de la autorregulación social y de la nueva relación entre la sociedad y el Estado. Junto a la confianza cabe también referir otro elemento relacional, se trata de la lealtad.

3.4.1 *El concepto de lealtad*

La confianza consiste en esperar de una persona, física o jurídica, un determinado comportamiento a partir de una relación en la que no existe un

vínculo especial. Por el contrario, la lealtad sí supone la existencia de un vínculo especial entre los sujetos de la relación. Según el filósofo del Derecho A. CALSAMIGLIA, quien dedicara uno de sus últimos trabajos a este tema, *“la relación de lealtad es especial, excluyente y positiva, en tanto que constituye una relación que no es general; y que, por tanto, excluye a algunas del trato diferenciado privilegiado; y prima facie, tiene una valoración positiva”*⁵⁵⁴. Como este mismo autor reconoce la existencia de ese vínculo especial es lo que ha motivado la desconfianza por parte del liberalismo hacia el concepto de lealtad, cosa que como veremos no sucede con el concepto de confianza. Ciertamente, la igualdad formal sancionada por el Estado de Derecho en poco o nada puede casar con unos vínculos que significan particularidad, privilegio y jerarquía, representando todo ello una importante limitación a la autonomía de voluntad. Tras la Revolución francesa tales vínculos no dejaban de verse, y con razón, como una clara manifestación del Antiguo Régimen en donde ciertamente la lealtad jugaba un destacado papel en ordenaciones jurídicas tales como los pactos estamentales o las comunidades juramentadas. Ahí encuentra su razón la prohibición de todo tipo de cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo. Si tenía que haber alguna lealtad la misma debía ser del ciudadano hacia el Estado, del pueblo hacia la nación.

De algún modo, la lealtad implica un pacto previo, un tipo de pacto *destatus* que, como advirtiera SCHMITT, nada tiene que ver con la idea del pacto que se tiene en el Estado democrático-parlamentario⁵⁵⁵. El pacto de *status*, según el jurista alemán, *“funda una relación permanente de vida que abarca a la persona en su*

⁵⁵⁴ A. CALSAMIGLIA, *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona, 2000, pág. 50. Una recensión a esta obra la realiza X. Lazo Vitoria, en RAP, núm. 155, 2001, págs. 448-452.

⁵⁵⁵ Según C. SCHMITT, *“(P)ara un pacto libre en el sentido de la ordenación social y jurídica liberal burguesa, concurren tres cosas: 1. Las partes del contrato se encuentran colocadas unas frente a otras como los individuos en las relaciones de Derecho privado (...). 2. Mediante pacto libre entre individuos se fundan sólo relaciones especiales de contenido mensurable en principio, delimitado en principio y, por eso, rescindible en principio. 3. El pacto libre no abarca nunca, pues, a la totalidad de una persona. Es rescindible y soluble; el abarcar a la persona en su totalidad se considera como inmoral y antijurídico”*, en *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pág. 85.

*existencia, e introduce una ordenación de conjunto que no consiste en diversas relaciones sólo mensurables, ni puede ser suprimido por libre rescisión o revocación”*⁵⁵⁶. En este sentido, el concepto de lealtad es, en nuestra opinión, el que hace posible el carácter permanente del pacto. Así, se trata no sólo de un concepto de relación, sino también normativo ya que viene a designar un vínculo que, además de generar obligaciones y restringir la propia autonomía, se manifiesta en una especial consideración para los intereses de otra persona o institución, lo cual tiene como consecuencia un trato diferenciado en razón del propio valor que se reconoce a esa relación⁵⁵⁷.

Como hemos señalado la lealtad es rechazada por el liberalismo. Efectivamente, el concepto de lealtad resulta contradictorio respecto a lo que debe ser el funcionamiento de una economía de mercado. En principio debe ser así, si alguien vende su vivienda a otra persona, nadie pensará que en esa relación deba existir lealtad, a lo más habrá una confianza por ambas partes en la correcta consecución de lo pactado. Del mismo modo, si adquirimos una botella de leche en un supermercado y al abrirla se encuentra en mal estado esperamos que nos la cambien y no por razones de lealtad, sino de confianza. Igualmente, si optamos por tal o cual marca de automóvil no es por lealtad—aunque pueda haber personas que así lo sientan—, sino por confianza en el fabricante y su vendedor. Es decir, confiamos que ese automóvil es el que mejor responde a nuestro propio interés. Del mismo modo, si un gran almacén ante un producto adquirido y luego no deseado retorna el dinero, no lo hace, desde luego, por lealtad, sino porque con ello cree que venderá más. Además, la confianza que el consumidor puede tener en el mercado no es ajena al conjunto de normas jurídicas que establecen deberes y reconocen derechos. Podrá decirse que hay

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pág. 86.

⁵⁵⁷ *Vid.* A. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, pag. 45. Este autor considera además que “(E)l término lealtad en su dimensión política no tiene unidad de significación y viene asociado con la concepción de cómo debe ser la sociedad. Es un *concepto normativo*, porque genera obligaciones y deberes especiales y controvertido porque se le asignan diversos significados incompatibles. Es un concepto dependiente de valores”, pág. 47.

empresas, grandes empresas, que mediante la adopción de determinados compromisos con algunos de sus clientes intentan su fidelización. Sin embargo, se trata, con una mayor o menor duración, de una relación no permanente cuyo objeto está lejos de suponer un trato diferenciado privilegiado de alcance social, y menos aún de comportar una restricción a la autonomía individual. Efectivamente, el cliente “fidelizado” no dudará en cambiar su anterior elección si en el mercado hay otra empresa que le ofrece un producto mejor. Del mismo modo que la empresa que intenta la “fidelización” no dudará en cambiar su política especial cuando las razones del mercado lo aconsejen. Planteamiento que, en muy buena medida, afecta al resto de las relaciones sociales⁵⁵⁸. En definitiva, más allá de un principio ético, es difícil considerar que la “*lealtad por la lealtad misma*”⁵⁵⁹ esté instalada en la sociedad. Por el contrario, creemos que en la relación entre Estado y sociedad sí existe un modelo de lealtad. Tal modelo tiene como presupuesto la existencia de confianza.

3.4.2 *El concepto de confianza*

Según hemos dicho al inicio del apartado anterior la confianza consiste en esperar de otro sujeto una determinada conducta sin que exista un vínculo de relación especial. Se ha señalado por parte de F. FUKUYAMA⁵⁶⁰, y no sin razón, que la extensión de la confianza más allá del círculo familiar y su establecimiento como pauta social es una de las actitudes más necesarias para el desarrollo del capitalismo. El paso de la comunidad (*Gemeinschaft*) a la sociedad (*Gesellschaft*) significa, según el citado autor, el abandono de normas tácitas y el establecimiento de un marco de regulaciones formales, en el que la ley sustituye

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pág. 58.

⁵⁵⁹ Expresión que Miguel de Unamuno utiliza en su novela *Paz en la guerra* (Ed. Cátedra, Madrid, 1999, pág. 499) para referir el “viejo fondo de la comunión carlista”, con ello logra ejemplificar de un modo directo la definitiva extinción del Antiguo régimen en nuestro país, así como la incompatibilidad de la lealtad con los nuevos tiempos.

⁵⁶⁰ Nos referimos a su libro *La gran ruptura*, Barcelona, 2000.

a la moral⁵⁶¹. Como expusiera M. WEBER, serán los valores puritanos los que posibilitarán la generación del capital social suficiente que permitirá el arranque del capitalismo. Virtudes tales como la verdad, el cumplimiento de las obligaciones y la reciprocidad coinciden con esos valores puritanos que impregnan el sistema socio-económico y político de, por poner el ejemplo paradigmático, Estados Unidos. Por supuesto, esos mismos valores son los que pretendidamente, al menos en el ámbito económico, rigen hoy día a escala mundial. Esa ascendencia religiosa sobre la economía es la que permite considerar, con gran acierto, que el Estado regulador es el modelo calvinista de Estado⁵⁶².

La confianza es necesaria en la esfera social, pues sin ella poco éxito pueden llegar a alcanzar las llamadas a la autorregulación hechas por el legislador. Es más, la confianza constituye el elemento esencial de la autorregulación social y de la nueva relación entre ella y el Estado⁵⁶³.

La confianza no es privativa de lo económico, se extiende también como norma en el ámbito político y, en consecuencia, en la actividad administrativa. Aunque no es este el lugar para tratar el tema, lo dicho hasta ahora permite comprender mínimamente el motivo de escándalo que para un estadounidense tiene el hecho de que públicamente se pruebe que un político, por ejemplo su presidente, haya mentido. Ello, de importancia relativa en la Europa meridional, tiene en EE.UU su trascendencia por una razón fundamental, la de haber roto la confianza, la misma que hace posible que en determinados momentos todos los ciudadanos de ese país puedan apoyar una decisión política de su presidente.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pág. 21.

⁵⁶² Así lo expresó J. A. Santamaría Pastor en el marco de una conferencia dictada bajo el título "El derecho administrativo, ¿derecho de poder, derecho de la obra pública, derecho de los servicios públicos, derecho de la regulación?". Dicha conferencia tuvo lugar en el marco del curso "De los ferrocarriles a las telecomunicaciones, las transformaciones del derecho administrativo: tiempo, forma y espacio", dirigido por E. Malaret y realizado en Barcelona los días 18 y 19 de julio de 2001. Está prevista la publicación de todas las conferencias.

Por supuesto, estas consideraciones encuentran reflejo en lo jurídico. La primera consecuencia que deriva de un sistema social basado en la confianza, y la consecuente ausencia de regulaciones coactivas, es la de un exacerbado sistema de responsabilidad civil extracontractual que castiga extraordinariamente los más mínimos descuidos. Así, resulta también lógico que la reducción del riesgo económico opere a través de seguros que, a su vez, necesitan conocer de modo preciso el riesgo que cubren. Con carácter general ahí cobra interés la figura del experto y el valor que su decisión podrá adquirir en el futuro caso que el riesgo llegue a materializarse en daño.

3.4.3 Confianza y lealtad en el ámbito público

En el ámbito de la Administración la confianza también desarrolla un papel significativo. Como es sabido, la estructura jerarquizada de la organización burocrática administrativa responde a una voluntad centralizadora y autoritaria en la adopción de decisiones. Este modelo, por otra parte funcionalmente inviable en su sentido estricto, termina por delegar y descentralizar decisiones, es decir, abre las puertas a una necesaria confianza en la autoorganización social. Resulta así que funciones definidas hasta ahora por su carácter estatal son ahora devueltas a la sociedad civil o al mercado a través de la privatización y de la liberalización.

Lo que ahora interesa resaltar es el hecho de cómo la confianza social rebasa el estricto marco privado para alcanzar una relevancia pública que en buena medida nos era hasta ahora desconocida. Causa de ello es que el Estado ha dejado de ser la esencia de la modernidad, la racionalidad que venía predicándose de la Administración weberiana, se encuentra hoy tanto o más asentada en la sociedad, en donde encontramos regulaciones formales que la dotan de racionalidad. Y es, precisamente, esa racionalidad la que genera la

⁵⁶³ Vid. F. FUKUYAMA, *op. cit.*, pág. 29.

confianza suficiente para que el Estado acabe por aceptar la autorregulación social.

Es también en el ámbito anglosajón donde la confianza encuentra su manifestación jurídica más clara en la idea de *trust*⁵⁶⁴. Como bien observa GARCIA DE ENTERRIA en su conocido estudio “Legislación delegada y control judicial”⁵⁶⁵, la idea de *trust* es la que se utiliza en esos países “*para explicar ordinariamente la operación de transmisión de los poderes y su funcionamiento*”⁵⁶⁶. Siguiendo al mismo autor encontramos que la noción de *trust* incide en la mecánica de la delegación legislativa y, concretamente, en la idea de que el delegado, como el *trustee*, opera en propio nombre y bajo propia responsabilidad y no como un representante. Pues bien, esta misma idea constituye el sustrato de las políticas del Estado regulador. En este sentido, la penetración estatal en la sociedad persigue el condicionamiento de la conducta de los ciudadanos en el desarrollo de todo tipo de tareas, hoy privadas, pero de una relevante trascendencia pública. La regulación no persigue entonces más

⁵⁶⁴ El *trust* tiene su origen histórico en los caballeros (*settlers*) que partían a las cruzadas, el incierto futuro que les aguardaba –piénsese en Ricardo de Inglaterra- les forzó a conferir sus tierras a hombres de confianza (*fofee to uses*) en favor de su familia (*cestui que trust*). Desde esta perspectiva histórica se observa que en el origen del *trust* no existe ninguna técnica jurídica, sino la mera confianza. En sus inicios la institución era, pues, conocida como *use*, su efecto era el de desposeer al *settlor* en favor del *fofee to uses* que se convertía en propietario. El hecho de que el *Statute of Uses*, del año 1536, invalidara ciertos *uses* tuvo como consecuencia que los juristas agudizaran el ingenio e introdujeran el concepto de *trust* para evitar la aplicación de la regulación referida y pudieran seguir aplicando los antiguos usos bajo nuevo nombre. En sustancia el *trust* crea una propiedad desmembrada sobre un mismo bien, pudiendo cada parte disponer de su derecho. Por tanto, el *trust* se desarrolla para organizar unos bienes para generaciones sucesivas de una misma familia y para colocar la propiedad de los bienes de las esposas fuera del alcance de sus maridos. Con el tiempo el concepto de *trust* se extiende a otras ramas del Derecho. Por ejemplo, en Estados Unidos el derecho de la competencia se designa como legislación antitrust porque el *trust* permitía guardar el control de los grupos societarios. Véase D. PHILIPPE, “Le Trust”, en *Le trust et la fiducie. Implications pratiques*, Bruylant, Bruselas, 1997, pág. 22 y ss.

⁵⁶⁵ Publicado conjuntamente con su trabajo “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, págs. 120-121.

que la voluntad del Estado de evitar la decisión confiando en el carácter fiduciario del regulado ⁵⁶⁷.

Este mismo argumento nos sirve también para estudiar el caso de las administraciones independientes, fiel trasunto de las agencias norteamericanas. En la delegación que se realiza a este tipo de entes la confianza jugaría también un papel destacado. Según G. MAJONE no se trata sólo de garantizar una independencia en el ente destinatario de la delegación, sino que el delegante también espera que el delegatario actúe según unas normas no necesariamente escritas pero que, en síntesis, vienen a significar la esperanza de que sus decisiones no contravengan la voluntad política primigenia que motivó su creación ⁵⁶⁸. Mas aun, puede ser perfectamente posible que la política adoptada por la administración independiente no respete en determinadas circunstancias los deseos de la autoridad delegante. En este sentido, la Administración independiente es algo más que un mero agente, es un fiduciario ⁵⁶⁹. Así, la confianza que los poderes públicos depositan en la Administración independiente debería verse correspondida con una lealtad de ésta hacia aquéllos.

La confianza se manifiesta, pues, en la delegación de potestades que desde instancias públicas se realiza, con una voluntad permanente, en favor de las Administraciones independientes; es decir, se confía en la neutralidad de sus integrantes pero además, pese no se reconozca de forma expresa, también se

⁵⁶⁷ La privatización y regulación de determinados servicios públicos permite observar la voluntad estatal de situarse *a priori* en una posición meramente observadora en caso de conflicto, confiando en que la presión de la regulación será elemento suficiente para lograr acuerdos en caso de conflicto. El fracaso de la regulación radica entonces cuando desde la Administración debe adoptarse una decisión. Este sería el caso del reciente (verano de 2001) conflicto entre la antes empresa pública IBERIA y sus pilotos, la intervención del Gobierno en el conflicto se produjo de manera forzada y ciertamente no deseada.

⁵⁶⁸ Véase G. MAJONE, *Lo Stato regolatore, op. cit.*, pág. 142 y ss.

⁵⁶⁹ Desde el Derecho anglosajón las instituciones de *trust* y *agency* ofrecen un rasgo común: el agente y el *trustee* están investidos de una misión de confianza. Existe, sin embargo, una diferencia sustancial: el *trust* tiene vida propia, escapa de algún modo a la voluntad del quien lo constituyó, siendo, en principio, irrevocable; el mandato o *agency*, por el contrario, es, en principio, revocable *ad nutum*. Véase D. PHILIPPE, "Le Trust", cit., págs. 29-30.

espera su lealtad. Confianza y lealtad que, por supuesto, adquiere más relieve en el recurso a la colaboración privada para el ejercicio de funciones públicas, donde, en propiedad, creemos que puede hablarse también de una auténtica fiducia.

4. Una reflexión final: la transformación de los fines del Estado en el marco de la globalización

4.1 La confluencia entre los intereses públicos y privados

Más arriba (3.2) hemos señalado que la prevención de riesgos se sitúa en uno de los puntos de mira del Estado. Los avances tecnológicos crean riesgos que inciden absolutamente en la esfera vital del ser humano, a su integridad física o al medio ambiente que le rodea. Ante este tipo de riesgos se han articulado sistemas destinados a garantizar un control capaz de generar una mínima confianza en los ciudadanos. En todos esos casos la presencia del Estado como productor de seguridad es una constante. Al Estado se le pide no sólo que reaccione en casos de accidente o crisis, sino *“que anticipe posibles derivas erráticas neutralizándolas en su origen”*⁵⁷⁰.

Ahora bien, los riesgos que preocupan a los ciudadanos son más extensos. Por ejemplo, son también económicos. Una *tormenta* monetaria, unas fuertes oscilaciones bursátiles pueden reducir el valor de millones de cuentas corrientes o esfumar las expectativas de una futura pensión. Se trata ciertamente de cuestiones económicas ligadas al ser de una economía capitalista de la que el riesgo forma parte indisociable. No resulta, por tanto, nada nuevo. La novedad, sin embargo, existe. La misma es que el riesgo económico ha pasado a formar parte de la estructura social; de una sociedad que hasta hace bien poco era en sustancia agrícola y rural, y ajena a los devaneos mercantiles y comerciales. Hoy

⁵⁷⁰ Vid. A. LOPEZ PINA, “Las tareas públicas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pág. 367.

esto no es así y precisamente la asunción que todos hacemos de ese tipo de riesgos o incertidumbres consiste precisamente en una asumida voluntad de romper con el pasado. Por este motivo cabe una nueva exigencia al Estado, la de que si bien no asegure sus riesgos, sí supervise *reflexivamente* el mercado. Mercado que, por otro, lado no rechaza la presencia estatal⁵⁷¹, al contrario, precisamente el mercado exige la existencia de un marco institucional, del cual, no deja de ser cierto, hoy el Estado no contribuye como único elemento.

Los frentes que a partir de la llamada globalización tienen abiertos los Estados son de diversa índole y todos ellos afectan e interesan al devenir humano . Ya no se trata hoy, a diferencia de hace cincuenta años, de una procura existencial⁵⁷² dirigida a asegurar a los ciudadanos una prestación de servicios que cubra unas necesidades básicas en salud o educación. Hoy la educación o la asistencia sanitaria importan, naturalmente, al ciudadano pero éste, en cierta medida, se ha emancipado del Estado y elige en un marco competitivo a los prestadores de tales servicios. Sin embargo, insistimos, existen aún preocupaciones (¿angustias?) vitales para esa ciudadanía, y las mismas tienen hoy un alcance mucho más amplio que sobrepasa las capacidades de los Estados nacionales, incluso de los “grandes Estados”, sin que ello obste a que se les exiga algún tipo de respuesta.

En nuestra opinión, y sin carácter limitativo, tres serían los ámbitos a considerar. El de los riesgos ambientales constituye seguramente el ámbito en que con mayor proyección ha debido actuar el Estado en las dos últimas décadas. Otro caso, es el de los riesgos económicos al que ya hemos hecho referencia y que va estrechamente ligado a la extensión de las tecnologías de la información como instrumento principal de la globalización. Y, finalmente, un tercer foco de atención

⁵⁷¹ Según HAYEK, “(L)a economía de mercado presupone la adopción de ciertas medidas por el poder público; tal actuación entraña en ciertos aspectos facilitar el funcionamiento de dicho sistema; se puede igualmente tolerar ciertas actividades estatales en tanto no sean incompatibles con el funcionamiento del mercado”, en *Los fundamentos de la libertad, op. cit.*, pág. 279.

⁵⁷² Véase nota 298.

es el relativo a la consecución del genoma humano; el logro del mapa genético del hombre y la identificación de cada gen supone ciertamente un hito de consecuencias imprevisibles pero, en lo que ahora interesa, ha demostrado que los grandes avances del futuro pueden ser llevados a cabo por la sociedad al margen del Estado, y en plena competencia con él⁵⁷³. Como destaca WILLKE⁵⁷⁴, el dinamismo social, la extensión de la economía de mercado, tiene en el Estado a su principal víctima.

En todos esos casos el papel del Estado no es el de actor principal no puede ser el de una vigilancia constante, porque la misma es imposible y, en cambio, se necesita una alta capacidad de diálogo, de reflexión, para lograr que los intereses privados y sociales confluyan, y es en esa dialéctica donde el Estado encuentra hoy su función.

4.2 Razones para una nueva noción de la estatalidad

El Estado es demasiado pequeño y a la vez excesivamente grande. Esta es una frase bastante recurrente hoy día. No es que el Estado ya no sirva, sino que no sirve el Estado tal como tradicionalmente lo hemos comprendido. Como otras instituciones, singularmente de naturaleza civil, el Estado-nación se ha tornado inadecuado para las tareas que ahora estaría llamado a cumplir. No es, insistimos, que el Estado resulte desfasado, sino que que la identidad de la estatalidad estaría mutando. El Estado, al igual que otras instituciones (p. ej. la familia), nos ofrece una apariencia externa inalterada cuando en realidad por dentro ha sufrido y sufre constantes transformaciones. De ahí que las definiciones y delimitaciones políticas, jurídicas y morales, adquieren una

⁵⁷³ En las investigaciones sobre el mapa del genoma humano concurren dos proyectos, el público del Proyecto internacional Genoma Humano (liderado por EE.UU y Gran Bretaña) y el privado de la empresa norteamericana Celera Genomics. Al respecto véase el periódico *El País* de 15 de marzo de 2000 en el que se daba noticia sobre la declaración conjunta que el Presidente Clinton y el Primer Ministro Blair hicieron sobre este tema.

⁵⁷⁴ H. WILLKE, *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1997, pág. 349.

estructura multívoca, elástica. GIDDENS lo define agudamente al decir que se trata de “instituciones concha”⁵⁷⁵; la concha exterior permanece pero por dentro han padecido tales cambios que el nombre de la institución apenas define su contenido, al menos del modo en que tradicionalmente era conocida.

Por ejemplo, no es en absoluto una *boutade* decir que para los Estados nacionales la llamada globalización y dentro de ella un fenómeno como Internet supone un acontecimiento hasta cierto punto desestabilizador, tal como bien ha advertido S. MUÑOZ MACHADO⁵⁷⁶. Internet no es, o no sólo, un acontecimiento técnico sino social y, por tanto, político. El Estado-nación ya no será nunca más el escenario único y acotado en el que una sociedad pueda desarrollarse⁵⁷⁷. Ciertamente, como apunta GUEHENNO⁵⁷⁸, un país que hoy día opte por aislarse en sus normas jurídicas particulares creyendo, por ejemplo, proteger así su industria consigue exactamente lo contrario y asesta, además, un golpe mortal a su desarrollo futuro. Por el contrario, en el contexto de la globalización, la sociedad solicita la acción estatal para fomento de la propia competitividad. La globalización de los mercados, o los inmensurables flujos monetarios a escala mundial, constituyen ejemplos bien ilustrativos de un marco, en apariencia desesperante para las estructuras estatales, que, en cambio, supone una recalificación –apreciación– de la condición de ciudadano. La misma va desligándose de su adscripción a un determinado Estado-nación. Es más, los ciudadanos se alejan de la concepción que los hacía expresión de la soberanía

⁵⁷⁵ A. GIDDENS, *Un mundo desbocado*, op. cit., pág. 31.

⁵⁷⁶ Nos referimos a su reciente libro *La regulación de la red*, op. cit.

⁵⁷⁷ Al tratar el tema de la soberanía en relación al ciberespacio L. LESSIG advierte con toda razón que “(L)os siglos XIX y XX fueron los siglos del Estado. Por primera vez, y con brutalidad en algunas ocasiones, los Estados tomaron el control tanto de sí mismos como del mercado. Se convirtieron en activistas cuya atención se centraba en el cambio del *statu quo*, en unos antilibertarios militantes. Los Estados pudieron hacerse con el control de esta manera debido, en gran parte, a lo económico de su regulación y a lo antieconómico de escapar de ella. Las fronteras mantienen a las personas dentro de los Estados y, por consiguiente, éstos pueden regular a voluntad”, en *El código y otras leyes del ciberespacio*, op. cit., pág. 377.

⁵⁷⁸ J.-M. GUEHENNO, *El fin de la democracia*, Paidós, Barcelona, 1995, págs. 30-31.

colectiva y devienen meros sujetos jurídicos, titulares de derechos y sujetos de obligaciones, en un espacio cuyos límites se tornan difusos. Como advierten ARBOS y GINER, mientras “*para el Estado la demarcación lo es todo; para la sociedad civil lo es la ambigüedad*”⁵⁷⁹.

Ciertamente, el Estado de hoy ya no puede ser definido del modo que lo hacía Max WEBER hace apenas un siglo, es decir como “*aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio –el concepto de “territorio” es esencial a la definición- reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima*”⁵⁸⁰. Este concepto de Estado⁵⁸¹, de Estado nacional, ha tenido – tiene- en la autoridad jerárquica y racional sus aspectos más determinantes. Son elementos que impregnan de sentido a la Administración convirtiéndola en el instrumento legítimo de poder y de gobierno sobre los ciudadanos. La centralización racional de la toma de decisiones ha venido constituyendo el *modus operandi* de un modelo de Estado, monopolizador del poder⁵⁸² y cuyas raíces se hunden en la Sicilia medieval⁵⁸³ para extenderse hacia Inglaterra, España y Francia. Si ese modelo de Estado encuentra sus más débiles

⁵⁷⁹ X. ARBOS y S. GINER, *La gobernabilidad, op. cit.*, pág. 21.

⁵⁸⁰ M. WEBER, “La institución estatal racional y los partidos políticos y Parlamentos modernos (sociología del Estado)”, en *Economía y Sociedad, op. cit.*, pág. 1056.

⁵⁸¹ El Estado-nación al igual que el Estado-ciudad son manifestaciones de modos diferentes de Estado. *Vid.* J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Orbis, Madrid, 1983, pág. 156.

⁵⁸² Ese monopolio del poder significa monopolio de la fuerza y convierte al Estado en el único sujeto legitimado para ejercerla. Tal autoridad absoluta del Estado se logra mediante la erradicación de dos instituciones medievales: el derecho de guerra (*Fehderecht*) y la defensa propia (*Selbshilfe*). Sobre el origen del monopolio estatal del poder y su evolución hasta la actualidad, véase F. HAMMER, “Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und *schlanker Staat*”, en *DÖV*, núm. 15, 2000, págs. 614-618.

⁵⁸³ La Sicilia de Federico II (1194-1250) de Hohenstaufen simbolizará la aparición del Estado absolutista de administración y derecho que más tarde inspiraría el utópico Estado de Tommaso Campanella en su obra “Ciudad del Sol”. Tal como destaca H. SCHULZE, “lo que admiró y escandalizó a las gentes del siglo XIII, no fue la constitución especial del Estado del reino de Sicilia, sino la simple aparición de un Estado”, en *Estado y nación en Europa, op. cit.*, pág. 23. En palabras de P. GROSSI, el organismo político autosuficiente pretendido por Federico II conforma “un filón de anticipaciones y presagios. (...) uno de estos últimos: la visión instrumental –y el intento de instrumentalización- del Derecho en función de lo que –de forma anacrónica- no dudaremos en denominar razón de Estado”, en *El orden jurídico medieval, op. cit.*, pág. 143.

manifestaciones en el pasado, no cabe rechazar que un nuevo concepto de Estado pueda encontrar ya hoy sus primeros destellos. Y es que pese a las anteriores consideraciones resulta que los Estados no han desoído las advertencias de Casandra y prestamente están intentando encontrar los cauces más adecuados que les permitan seguir ostentando el poder en el marco de la globalización.

Porque en la era de la globalización la noción de estatalidad ya no va a poder ir unida a la realidad del Estado-nación-territorio. Estado que en el interior de sus tradicionales mugas territoriales se contrae mediante la progresiva descentralización, y ya no absorbe peligrosamente, como señalaba ORTEGA Y GASSET⁵⁸⁴, toda espontaneidad social, sino al contrario. En el interior la sociedad integra al Estado, mientras hacia el exterior se expande rebasando las fronteras nacionales, limitando a la vez su misma soberanía. Esa es la gran transformación, paradójica a la vez, de la estatalidad: el Estado, más tarde pero al igual que la sociedad, se globaliza, se convierte en mundial. En este sentido, la definición de función del Estado que nos ofrece HELLER ya no nos sirve para explicar la relación de *aquél* con la sociedad. Para el jurista alemán, esa función consiste *“en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante”*—redondilla nuestra⁵⁸⁵.

La idea de esa nueva estatalidad, de ese *Estado mundial*, va precisamente ligada a la de un Estado que rebasa su espacio territorial en el que, sin embargo, los Estados tradicionales ostentan un papel mucho más destacado que el que ahora

⁵⁸⁴ La Rebelión de las masas, *op. cit.*, pág. 121.

⁵⁸⁵ Vid. H. HELLER, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, pág. 221.

les corresponde en el interior de sus confines. Se trata, recordando ASCHMITT⁵⁸⁶, de una mutación de la imagen del espacio en la que radica la actual transformación política, económica y cultural que se está llevando a cabo.

La nueva estatalidad no se circunscribe meramente a una superación de fronteras, ni tampoco puede funcionar como un Estado nacional en una dimensión ampliada. El nuevo modelo de Estado, al igual que la sociedad, es global. Con ello quiere significarse que, por ejemplo, debe dirigir sus esfuerzos a controlar las consecuencias del desarrollo técnico sobre el medio ambiente, o a conseguir un reconocimiento de los derechos humanos.

4.2.1 *El carácter horizontal de la nueva estatalidad*

Si hablamos de profundas transformaciones en la economía y en la sociedad, resulta lógico que aquéllas existan también en el marco tradicional de gobierno, es decir en el Estado. Las progresivas interrelaciones socioeconómicas que se ofrecen hoy en el mundo y que permiten hablar de una “sociedad mundial” necesitan de un equivalente en el que se refieran las actividades estatales. Ese equivalente sería el Estado mundial⁵⁸⁷. El Estado mundial carece hoy, sin

⁵⁸⁶ Para el iuspublicista alemán todas las grandes transformaciones históricas suelen ir acompañadas de revoluciones espaciales en el sentido arriba descrito. Carl SCHMITT, *Tierra y Mar, op. cit.*, pág. 56 y ss.

⁵⁸⁷ Vid. M. ALBROW, *Abschied vom Nationalstaat*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1998 (ed. original en inglés: *The Global Age. State and Society Beyond Modernity*, 1996), pág. 266 y ss. La noción de Estado mundial significa el reconocimiento de una crisis de la estatalidad y de lo político, tal como anunciaba Carl Schmitt justo antes del Estado nazi. Por esta razón el Estado mundial debe ser tomado desde una perspectiva metapolítica, tal como lo hace Ernst Jünger al considerar que: “(...) el Estado mundial no es algo que la razón haya mandado realizar y que la voluntad tenga que alcanzar de manera consecuente. Si así fuera, si el Estado mundial fuese únicamente un postulado lógico o ético, las perspectivas de nuestro porvenir no serían nada buenas. También el Estado mundial es algo que adviene, que entra en el presente. En la sombra que él proyecta anticipadamente las imágenes antiguas palidecen y las razones de ser que nos resultan familiares, ante todo las del Estado histórico y sus exigencias quedan vacías de sentido. Por ese motivo se vuelven sospechosas las guerras propias del Estado histórico y se vuelven cuestionables sus fronteras. Lo que entra rompe las normas de ese Estado; proyecta anticipadamente unas imágenes diferentes y unos conceptos diferentes, también un derecho diferente”, E. JÜNGER, “El Estado Mundial. Organismo y organización”, en *La Paz* (y otros

embargo, de una forma organizada de administración a tal escala. Ello no significa que el Estado esté ausente en el nuevo escenario de la mundialización, pero sí es cierto que ésta viene configurada por entidades u organizaciones en el que la impronta de la comunidad de expertos es nota común. En ese foro la presencia del Estado es necesaria pero ya no ostentando la posición de supremacía, sino a lo más como un *primus inter pares*, apareciendo sólo como un sujeto con *auctoritas* pero sin el poder absoluto.

a) *El ejemplo de Internet*

Es –nuevamente nos sirve de ejemplo- el caso de Internet, donde el W3C “World Wide Web Consortium”, una asociación privada e internacional, se ocupa de todas las cuestiones relativas a protocolos, estándares y reglas fundamentales de las empresas en Internet. Desde un punto de vista organizativo Internet constituye un magnífico ejemplo de modelo no dominado ni desde órganos estatales ni tampoco por sujetos privados o corporativos, pero en el cual la participación de ambos, la interdependencia entre intereses públicos y privados, ha permitido su rápida expansión y desarrollo⁵⁸⁸.

De lo mucho –o poco, según se mire- que significa Internet hay una realidad que debe ser destacada. La idea del consenso y no intervención gubernamental es la que ha venido presidiendo el rápido desarrollo de Internet. De este modo, por ejemplo, existe un libre acceso en lo que atañe a los protocolos técnicos que desarrollan el Web, hasta el extremo que un pretendido intento de monopolización mediante patentes encontraría una oposición insalvable. Ahora bien, Internet tiene también sus “arcanos”, en el sentido más técnico que tiene este concepto⁵⁸⁹. Efectivamente, la tecnología de encriptación es el auténtico

escritos), Tusquets, Barcelona, 1996, pág. 186.

⁵⁸⁸ Vid. H. WILLKE, *Supervision des Staates*, op. cit., pág. 270.

⁵⁸⁹ Refiere C. SCHMITT como durante la Guerra de los treinta años “Michael Breuner de Gotha presentó al duque Maximiliano de Baviera una serie de *arcanos de guerra* que el podía

arcanum de la red⁵⁹⁰, aquélla es la que debe permitir garantizar los aspectos básicos de seguridad en la red: autenticidad, confidencialidad, integridad de mensajes y honorabilidad⁵⁹¹. Quien controla las claves de la encriptación⁵⁹², puede controlar, en buena medida, los contenidos de la información que se transmite por la red⁵⁹³. Se trata, por tanto, de un instrumento de poder respecto al cual el Estado no puede permanecer extraño⁵⁹⁴. La tensión existente entre un

poner en práctica, por ejemplo, un instrumento para lanzar balas sin pólvora *stratagemata belli* y además *prácticos en la guerra con ellos*, esta praxis del lenguaje tomado de la vida política y militar —dice SCHMITT— demuestra el simple sentido técnico del *arcanum*: es un secreto de fabricación” —en cursiva los entrecuillados y cursiva del texto—. Véase C. SCHMITT, *La Dictadura (Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria)*, Alianza, Madrid, 1999, pág. 45.

⁵⁹⁰ No sólo por su intínseco carácter secreto, sino también porque esta tecnología no es ajena al aspecto militar referido en la nota anterior. Así, por ejemplo, tras el Acuerdo Wassenaar sobre control a la exportación de armas convencionales y mercancías de uso dual de 19 de diciembre de 1995, 28 Estados, en su mayoría miembros de la OTAN, Japón y Australia aplican restricciones de exportación a los productos criptográficos. Además, en países como Francia y Estados Unidos la criptografía se equipara a material bélico. Véase el libro de M^a. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 145-154.

⁵⁹¹ Honorabilidad significa que una vez enviado un mensaje, el remitente no puede mantener después que no lo hizo.

⁵⁹² Se trata, concretamente, de la llamada criptografía de clave pública (Public Key Cryptography-PCK), un sistema matemático en el que se basa un sistema de seguridad donde no es necesario el intercambio de claves secretas; en lugar de ello, la persona tiene una clave “privada” que sólo ella sabe y una clave “pública” que conoce todo el mundo. La PCK proporciona, pues, una forma de encriptación en la que un mensaje saliente es codificado según la clave pública del receptor. El mensaje interferido sólo puede decodificarlo un receptor que tenga la única clave privada adecuada para abrirlo. Pese a su clara funcionalidad la PKC no tiene un uso generalizado. La razón radica en el temor del gobierno norteamericano a la pérdida de control. Así, Berners-Lee señala la PKC “es fácil de usar y prácticamente imposible de falsear; tan imposible, de hecho, que desde que se desarrolló, hace más de veinte años, el gobierno estadounidense ha bloqueado la exportación de criptografía fuerte clasificándola como “munición”. Algunos otros gobiernos han reaccionado de igual forma, bloqueando la exportación, o prohibiendo su uso, por temor a que los grupos terroristas puedan comunicarse sin que el gobierno sea capaz de intervenir sus conversaciones”, en *Tejiendo la red*, op. cit., pág. 140.

⁵⁹³ Por ejemplo, la legislación norteamericana prohíbe la venta de sistemas de codificación de datos, sino se compromete a facilitar a la policía la clave que permita romper los códigos de codificación.

⁵⁹⁴ Sobre el uso de las técnicas criptográficas en Internet, los problemas planteados y unas consideraciones de interés, véase el libro de A. SANCHEZ BLANCO, *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, Granada, 2000, pág. 42 y ss. Con toda razón considera este autor que “(P)arece razonable evitar la contradicción lógica que un sistema de libertades no se puede permitir en la lógica intrínseca de sus previsiones normativas: hacer una ley autorrefutadora, en la que la criptografía mediante su paso por los controladores exteriores de unas Administraciones,

Estado imperial –EE.UU.⁵⁹⁵ y el resto de Estados, y entre aquél y el poder social –representado en las grandes corporaciones-, entra, pues, dentro la lógica del poder.

b) *La cesión de soberanía como presupuesto de la nueva estatalidad*

Si a escala mundial la existencia de organizaciones privadas constituye una realidad, cabe entonces plantearse dónde se encuentra el Estado mundial. Pues bien, esa nueva forma de estatalidad se encontraría allí donde los Estados nacionales y sus instituciones participan de modo multilateral en la configuración de un nuevo orden mundial que debería tener entre sus pilares la consecución de valores universales tales como los derechos humanos, la libertad e incluso la democracia⁵⁹⁶. La pregunta, consecuente con todo este planteamiento discursivo, es la de cuáles son esas organizaciones “globales”. La respuesta inmediata podría ser la de Naciones Unidas y sus respectivas agencias, no obstante NN.UU es una organización de y para los Estados nacionales. El planteamiento de este tipo de organismos internacionales arranca de los conflictos o posibles rivalidades entre Estados nacionales, y sólo de manera accesorio se incide en temas globales como pueden ser el del medio ambiente, los riesgos del desarrollo tecnológico o los derivados del ámbito financiero. Pero aún siendo tratados, los Estados nacionales siguen manteniendo sobre esos temas el monopolio de la decisión en base a una soberanía que permanece intacta, con lo cual esos foros u organismos internacionales carecen de una auténtica “autoridad global”. Por esta razón sólo cabe encontrar el Estado mundial, y la correspondiente mundialización jurídica, en aquellas organizaõnes

que siempre requiere plantear quien custodia a los custodios, se hace insegura, con lo cual no es criptografía” (pág. 45).

⁵⁹⁵ Al respecto, y entre otros, véase el ya clásico y certero libro de R. ARON, *La República Imperial. Los Estados Unidos en el mundo (1945-1972)*, Alianza, 1976.

⁵⁹⁶ Vid. M. ALBROW, *op. cit.*, pág. 269.

supraestatales en las cuales existe una cesión cierta de soberanía por parte de los Estados-nación⁵⁹⁷.

4.2.2 *El carácter vertical de la nueva estatalidad: El ejemplo del Banco Central Europeo*

El Estado nacional es hoy, en palabras del sociólogo alemán HelmutWILLKE, un actor semisoberano (*semisouveränen Akteur*)⁵⁹⁸. Esta expresión encuentra su fundamento en la referida pérdida de los límites territoriales como marco generador de seguridad interior y exterior para la sociedad. Ello es consecuencia de las propias limitaciones que padece el Estado en el ejercicio de funciones que, desde la sociedad, le han sido referidas tradicionalmente. Esa semisoberanía del Estado proviene también de las numerosas dependencias que existen con actores extraestatales: otros Estados y organizaciones supranacionales de carácter sectorial.

El nuevo modelo de estatalidad que tratamos de definir encuentra su manifestación en el proceso de integración europea, especialmente por las importantes competencias atribuidas al Banco Central Europeo. Dicha institución, prevista en el Título VI⁵⁹⁹ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, es la rectora del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), es decir de los bancos centrales de los Estados miembros (art. 106.3 TCCE). Se trata, pues, de la pieza clave que debe hacer posible la unión monetaria y con ella, según muchos, lograr, frente a la hegemonía norteamericana, la recuperación de una

⁵⁹⁷ En este tema véanse las sugestivas páginas que bajo el título de "La globalización jurídica e Internet" escribe S. MUÑOZ MACHADO en su ya citada obra *La regulación de la red*, págs. 63-106.

⁵⁹⁸ Vid. H. WILLKE, "The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXII, págs. 455-467.

⁵⁹⁹ Título íntegramente añadido por el art. G del Tratado de la Unión Europea.

parte importante de la soberanía estatal en el ámbito de la política monetaria, financiera y tributaria⁶⁰⁰ de los países europeos.

En lo que nos interesa ahora destacar, el Banco Central Europeo constituye un sistema de bancos centrales del cual forman parte todos y cada uno de los bancos centrales de aquellos Estados europeos que adoptaron, previo cumplimiento de los criterios fijados, la decisión política de integrar, a partir del primero de enero de 1999, la unión económica y monetaria diseñada en el célebre Tratado de Maastricht, de siete de febrero de 1992. A tal efecto todos los Estados que integran –e integrarán– la unión económica y monetaria⁶⁰¹ han debido –deberán– adecuar la legislación y estatutos de sus bancos centrales a lo previsto en el referido Tratado, en lo que es una manifiesta cesión, cuando menos formal⁶⁰², de una de las parcelas de soberanía más intrínsecas que hoy puede tener un Estado nacional: la planificación de la política monetaria, es decir el poder monetario⁶⁰³. En el caso español, la redacción actual del artículo 1.3 de la Ley 13/1994⁶⁰⁴, de autonomía del Banco de España, ejemplifica a la perfección la supeditación de esta entidad a otra de alcance supranacional al manifestar que: *“En el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte*

⁶⁰⁰ Véase H.-P. MARTÍN y H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización (El ataque contra la democracia y el bienestar)*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 271 y ss.

⁶⁰¹ A primero de enero de 2001, con la última incorporación de Grecia, son doce los Estados comunitarios que conforman la unión monetaria, además del país helénico y España forman la Europa del euro los siguientes Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal. Además, tras el acuerdo suscrito en la última semana de diciembre de 2000, el Estado del Vaticano también utilizarla moneda única europea como divisa oficial.

⁶⁰² Desde una perspectiva material la Unión Económica y Monetaria, la Europa del euro, vendría precisamente a suponer no una cesión, sino una recuperación de la soberanía monetaria que los Estados europeos habían perdido individualmente tras anteriores crisis monetarias y devaluaciones. *Vid.* en este sentido, F. ALDECOA y N. CORNAGO, “El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial”, *REDI*, 1998, núm. 1, pág. 100.

⁶⁰³ Sobre la incidencia que el Tratado de la Unión Europea tiene sobre los clásicos derechos regalianos del Estado, *vid.* A. MANGAS, “El Tratado de la Unión Europea: una perspectiva general”, en *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, 1992, págs. 27-28 y 36.

⁶⁰⁴ En la redacción dada por la Ley de modificación 12/1998, de 28 de abril (*BOE*, 29.04.1998).

integrante del SEBC, el Banco de España se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo en virtud de dichas disposiciones". Pues bien, el SEBC, es decir el BCE, tiene como objetivo principal, y por voluntad de los Estados firmantes del Tratado de la Unión Europea (TUE), el "*mantener la estabilidad de precios*" (art. 105 del TCCE)⁶⁰⁵. Es decir, el control de la inflación, por encima de cualquier otra consideración, y por decisión política de los Estados firmantes, se convierte en el fin último de la política monetaria europea. Además, y para garantizar esa finalidad, los propios Estados han adoptado como obligación el no generar "déficits públicos excesivos" (art. 104 C.1 TCEE)⁶⁰⁶; obligación que no resulta un mero compromiso al quedar también establecido un procedimiento de observancia de la disciplina presupuestaria y de "sanción" en caso de manifiesto incumplimiento por parte de un Estado⁶⁰⁷. En todo caso, y no deja de ser interesante resaltarlo, corresponde al Consejo, es decir a los Estados –a sus gobiernos-, y no a la Comisión la aplicación del referido procedimiento.

⁶⁰⁵ Se trata ciertamente de un mandato claro pero de interpretación muy amplia que en última instancia corresponde al BCE. La independencia de este ente es pues absoluta y su fiscalición mínima al no estar sometido ni a objetivos vinculantes ni a ningún tipo de estándares de resultado. No es ese el caso de otras recientes regulaciones como, por ejemplo, el caso de Nueva Zelanda, país en el que la Ley de la "Federal Reserve Bank", de 20 de diciembre de 1989, prevé un peculiar marco institucional para la política monetaria consistente en un contrato con objetivos explícitos que garantizan incentivos *ex ante* y sanciones *ex post* para motivar la actuación de la Reserva Federal. En este sentido, por ejemplo, el nivel de inflación es acordado entre el Gobierno y el presidente de la reserva, a partir de ese momento este último tiene una independencia instrumental para lograr el objetivo pactado. Se observa así que la independencia del Banco central neozelandés es de base contractual y no legislativa como en el caso europeo. Véase G. MAJONE, *Lo Stato regolatore, op. cit.*, pág. 220; R. GONZALEZ IBAN y M. AHIJADO QUINTILLAN, *El Banco Central Europeo y la política monetaria común. El Banco que gobernará Europa*, Pirámide, Madrid, 1999, págs. 67-68; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, págs. 473-476. Los textos de los acuerdos adoptados hasta la fecha pueden consultarse en: <http://www.rbnz.govt.nz/pta.htm>

⁶⁰⁶ El procedimiento de déficit público excesivo previsto en este precepto tiene fijados sus criterios en un Protocolo añadido por el TUE y que desarrolla el Reglamento 3605/93 (modificado por el Reglamento 475/2000, de 28 de febrero de 2000)

⁶⁰⁷ Por supuesto, en todo el redactado del artículo 104 C del Tratado no aparece la palabra sanción, sino otras tales como "exigir" o "imponer multas de una magnitud apropiada".

A la vista de lo hasta ahora dicho podemos afirmar que nos encontramos, no sólo ante una redistribución del poder estatal fruto de una decisión política de los gobiernos estatales, sino también frente a una auténtica mutación en el orden constitucional interno de los Estados⁶⁰⁸ –o al menos en algunos de ellos-, entre ellos el español. Como es sabido, en el caso de España la entrada en vigor del TUE sólo requirió, tras consulta del Gobierno al Tribunal Constitucional⁶⁰⁹, de la reforma del artículo 13.2 CE para permitir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales⁶¹⁰. Tras este trámite, las Cortes, conforme al artículo 93 CE, otorgaron su autorización⁶¹¹. De este modo, una vez iniciada la andadura de la unión económica y monetaria, y bajo la guía del BCE, la “estabilidad de precios” sancionada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁶¹² ha pasado a formar parte integrante del marco político-constitucional de nuestro país, “reformando” además y de modo no formal el contenido de la Constitución. Efectivamente, aunque formalmente el Gobierno puede instar ante el Parlamento un aumento del gasto público (art. 134.5 CE) o solicitar su autorización para la emisión de Deuda Pública (art. 135.1 CE), todo ello, y también la posición de Gobierno y Parlamento –

⁶⁰⁸ La formulación del concepto de mutación constitucional se debe a Georg JELLINEK y se encuentra en su obra, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlín, 1906 (ed. española, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991). Más concretamente y en lo que atañe al aquí referido proceso de integración europea, véase S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993; también la referida obra *La regulación de la red*, pág. 80.

⁶⁰⁹ Declaración de 1 de julio de 1992, *BOE* de 24 de julio. *Vid.* A. MANGAS MARTIN, “La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente”, *REDI*, 1992, núm. 2, págs. 381-393.

⁶¹⁰ Tras la Reforma de fecha 27 de agosto de 1992 (*BOE* de 28 de agosto), la redacción del citado precepto es la siguiente: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales” –cursiva nuestra-.

⁶¹¹ La Ley de Autorización se publicó en el *BOE* de fecha 29 de diciembre de 1992).

⁶¹² El artículo 2 TCE declara que la Comunidad Europea tendrá por misión, entre otras cosas, lograr un crecimiento no inflacionista y un alto grado de convergencia de los resultados económicos. Por su parte, el actual Título VI (Política económica y monetaria) del citado Tratado fue íntegramente añadido por el artículo G del TUE.

fundamentalmente de éste-, quedan subordinados en este capítulo al objetivo de una “estabilidad de precios” inexistente antes y ahora en el Título VII (Economía y Hacienda) de nuestro texto constitucional. No así, por ejemplo, en el caso alemán donde el artículo 88 de su Ley Fundamental establece de modo claro y conciso que las responsabilidades y poderes del Banco federal (*Bundesbank*) pueden ser transferidos “dentro de la estructura de la Unión Europea, al Banco Central Europeo, que es independiente y cuya tarea principal es salvaguardar la estabilidad de precios”⁶¹³. De hecho, como bien advierte MAGIDE HERRERO, el BCE se ha diseñado a imagen y semejanza del Bundesbank alemán y su independencia fue una exigencia alemana, no sólo política sino constitucional.

De este modo, nos encontramos ante una situación muy parecida a la que G. JELLINEK describiera en su *Reforma y mutación de la Constitución* cuando señalaba que la Constitución imperial del Reich alemán había producido una situación anormal en las Constituciones de los Estados federados hasta el extremo de que las mismas arrastraban en sus textos el lastre de normas derogadas⁶¹⁴. Entonces al igual que ahora la observación del fenómeno discurre entre los lindes del Derecho constitucional y de la política, tal como advierte P. LUCAS VERDU⁶¹⁵. Y ahora también la normatividad constitucional se modifica por la realidad político-social que no afecta a sus formas textuales pero transmuta su contenido⁶¹⁶.

⁶¹³ La presente redacción del artículo 88 GG se debe a la Ley de Reforma, de 21 de diciembre de 1992 (BGBl. I 2086). En su sentencia de 13 de octubre de 1993, sobre el Tratado de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional alemán declaró que la concepción de la unión monetaria “como comunidad con vocación de estabilidad es el fundamento y objeto de la Ley de ratificación alemana. Si la unión monetaria no acierta a desarrollar de forma continuada la estabilidad existente con ocasión del paso a la tercera fase, de acuerdo con el espíritu del mandato de estabilidad acordado, se apartaría la concepción del Tratado” (BverfGE 89, 155; existe traducción española de esta Sentencia publicada en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 153, 1994, pág. 183 y ss.).

⁶¹⁴ G. JELLINEK, *op. cit.*, págs. 12 y 13.

⁶¹⁵ *Vid.* el Estudio preliminar que dedica al trabajo de Jellinek en la obra arriba citada, págs. LXVI-LXVII.

⁶¹⁶ La idea de mutación constitucional en el proceso de construcción europea encuentra en S. MUÑOZ MACHADO a uno de sus principales valedores. Crítico con esta idea es M. MAGIDE

El BCE sería, pues, un buen ejemplo de esa anunciada nueva estatalidad y que, como hemos visto, tiene en los tradicionales Estados-nación sus actores principales. Sin embargo, la configuración de esa nueva forma de Estado, que irremediamente lleva al Estado mundial⁶¹⁷, adolece de una evidente falta de legitimidad democrática. Obsérvese como, en el caso, del Banco Central Europeo, el rifirrafe en la designación de su primer presidente fue un acontecimiento exclusivo de los jefes de Estado y de Gobierno, en el que el Parlamento Europeo tuvo poco más que la condición de espectador⁶¹⁸. De este modo resulta que la conformación de las estructuras supranacionales es ajena a

HERRERO (*Límites constitucionales...*, *op. cit.*), quien considera que su aceptación supondría acabar con la fuerza normativa de la Constitución, "uno de los elementos esenciales del acervo de la cultura jurídica occidental" (pág. 493, nota 77). Para este autor es mucho más apropiado hablar de un poder de integración derivado de la misma Constitución, concretamente de su artículo 93. Tomando las palabras de P. PEREZ TREMP, MAGIDE recuerda que "la apertura del ordenamiento que implica la integración supone la cesión de poder a favor de un nuevo ordenamiento jurídico, y en consecuencia, a favor de un sistema de ordenación y organización del poder" (*Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 56.). Así, en palabras de MAGIDE, una vez operada la integración, "la relación entre el sistema comunitario y los diferentes ordenamientos nacionales ha de registrarse por las reglas que al respecto contempla el primero, so pena de romper su unidad y autonomía, así como su carácter común a los diferentes Estados miembros" (pág. 489). La cuestión radica en si esa integración resulta acorde con los principios contenidos en la CE y si la identidad estatal, pese a todo, sigue siendo reconocible. Más concretamente se trata de saber si la atribución hecha al BCE y la correlativa salvaguarda del principio de estabilidad encaja dentro de los límites constitucionales del referido poder de integración. El citado autor concluye dando una respuesta afirmativa a compatibilidad de los fines del BCE con los referidos límites constitucionales (pág. 523) . En nuestra opinión, sin embargo, tal compatibilidad sólo puede aparecer de un modo forzado y admitiendo que determinados preceptos de nuestra Carta Magna han perdido toda virtualidad, especialmente los relativos al establecimientos de una política económica nacional, inviable totalmente con la atribución de la política monetaria y la fijación de los tipos de cambios a una organización supranacional independiente como es el BCE. De tal modo lo reconoció el Consejo Constitucional francés en su Decisión núm. 92-308, de 9 de abril, al considerar que "la puesta en marcha de una política monetaria y de una política de cambio únicas con arreglo a unas modalidades que harán que un Estado miembro se encuentre privado de competencias propias en una materia donde están en juego las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional" (cdo. 43).

⁶¹⁷ El gobierno mundial parece configurarse a través de un núcleo reducido de organizaciones supranacionales con una clara vocación de gobierno. Tal deseo, quizás lejos todavía de ser una realidad, está perfectamente asumida por quienes representan a tales organizaciones. Así, el secretario general de la OCDE, D. J. Johnston, declaraba en una entrevista publicada en el diario *La Vanguardia*, de 25.6.2000, que "hay muy poco interés todavía en pensar en términos de gobierno mundial", aunque "existen ya suficientes organizaciones supranacionales para contribuir a gobernar el mundo". En todo caso, lo importante –y reconfortante– es que "de momento, el mundo tiene gobiernos nacionales y de lo que se trata es de que esos gobiernos sean elegidos democráticamente y que gobiernen con eficacia y con transparencia, de forma que los ciudadanos estén al corriente de las decisiones y de los debates".

⁶¹⁸ El artículo 109 A del TCEE sólo establece una previa consulta al Parlamento Europeo.

controles parlamentarios directos y efectivos. Efectivamente, la independencia del BCE no es tanto una independencia en relación a los Estados, sino que es la independencia de un componente esencial de la estatalidad, el poder monetario, en relación a los controles democráticos⁶¹⁹. Como bien advierte E. TODD, la política monetaria puede escapar al poder ejecutivo y a los órganos legislativos pero no puede escapar al Estado porque ella es, en una de sus dimensiones, el Estado⁶²⁰. Resulta así que el modelo de Banco Central Europeo, fiel trasunto del *Bundesbank*, no es más que el reflejo de la tradicional dialéctica entre Estado y sociedad, de tan honda raigambre en el Derecho público alemán pero, también, ajena ciertamente a la historia política y constitucional de otros países.

Otro ejemplo de esa nueva estatalidad radica en organizaciones sectoriales de carácter supranacional cuya composición no es universal y en las que el ejercicio de sus funciones o cometidos demuestra una gran capacidad de adaptación a los cambios sociales y económicos. Es el caso de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del Fondo Monetario Internacional (FMI) o de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), instituciones que constituyen centros privilegiados de decisión, regulación y mediación de intereses de la

⁶¹⁹ Así vendría a reconocerlo el Tribunal Constitucional alemán (Sentencia de 12 de octubre de 1993) al considerar que: "(...) en la medida en que se dote al Banco Central Europeo de independencia con respecto a la Comunidad Europea y a los Estados miembros (art. 107 TCE), las posibilidades que la Dieta Federal –y, por tanto, los electores– tiene de influir en la asunción de derechos de soberanía a través de ciertos órganos europeos quedan casi enteramente invalidadas." –cursiva nuestra– Si bien poco después añade: "Tal modificación del principio democrático para garantizar la confianza en el valor de pago de una moneda es defendible, toda vez que tiene en cuenta la peculiaridad –ensayada en el ordenamiento jurídico alemán y acreditada también desde el punto de vista científico–, de que un banco central independiente garantiza el valor del dinero y, por tanto, el fundamento económico general de la política presupuestaria estatal y para planificaciones y disposiciones privadas en la salvaguardia de las libertades económicas en mayor medida que órganos de soberanía cuyas posibilidades y medios de actuación dependen esencialmente de la cantidad y del valor del dinero disponible, y están sujetos al asentimiento a corto plazo de las fuerzas políticas. En tal sentido, la independización de la política monetaria en la competencia soberana de un banco central europeo independiente, la cual no es transferible a otros ámbitos de la política, satisface los requisitos jurídico-constitucionales que permiten modificar el principio democrático" (BJC, 153 [1994], págs. 201-202).

⁶²⁰ E. TODD, *L'illusion économique*, Gallimard, 1999, especialmente el capítulo VII, "L'utopie monétaire", págs. 233-263, la cita en las páginas 260-261.

economía mundial⁶²¹. En todos estos casos no dejan además de ser significativas las virulentas muestras de desafección pública en las reuniones que últimamente han venido desarrollando este tipo de organismos⁶²². La razón de este tipo de protestas, ausentes en otro tipo de acontecimientos internacionales, demuestra que los ciudadanos también han terminado por asumir, de modo obligado, una perspectiva mundial resultante de una pérdida de confianza en la capacidad de interlocución de los Estados nacionales. Esto explica el desfallecimiento de los cauces ortodoxos de participación política y el progresivo aumento de otros de tipo informal y lo que es más importante de composición transnacional.

El escenario que se nos ofrece permite entrever un conjunto de jurisdicciones parcialmente superpuestas, un evidente pluralismo jurídico con una amplia delegación de poderes en organizaciones transnacionales, en suma: una nueva Edad Media sin Imperio pero con Estado.

⁶²¹ Vid. F. ALDECOA y N. CORNAGO, "El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial", cit., pág. 71.

⁶²² Es el caso de los incidentes producidos durante el año 2000 en la conferencia de la Organización Mundial de Comercio en Seattle, las protestas de Washington durante la asamblea del Fondo Monetario Internacional del mismo año, o las producidas en el verano de 2001 en la localidad de Génova durante la reunión del grupo de los siete países más industrializados del planeta.

NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tesis Doctoral de:
Marc Tarrés Vives

Dirigida por:
Dr. José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho – *Universitat de Girona* – 2001

PARTE SEGUNDA
NORMAS TÉCNICAS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPITULO III

LAS NORMAS TÉCNICAS EN EL DERECHO

1. La necesaria distinción entre el ordenamiento jurídico y el ordenamiento de la técnica

Para los juristas, y especialmente para los *iuspublicistas*, la reciprocidad entre Derecho y Estado ha venido constituyendo un auténtico dogma. La teorización de este principio toma consistencia, siguiendo a v. GIERKE¹, a partir de la Edad Media. En un proceso lento, pero a la vez inexorable, el peso del Estado dejará de descansar en una necesidad moral o natural para cimentarse únicamente sobre una base jurídica y, por tanto, racional². A su vez, el proceso de monopolización del Derecho por el Estado coincide con la destrucción del sistema social medieval, es decir, con la disolución de los cuerpos intermedios: las corporaciones.

La desaparición de vida social autónoma del Estado no será, como hemos apuntado anteriormente³, absoluta. Pero, además, la pretendida relación exclusiva y directa entre los individuos y el Estado que emergerá con la Revolución francesa será altamente cuestionada apenas medio siglo después, ya en la segunda mitad del siglo XIX. Lo será por el propio v. GIERKE a través del estudio de la *Genossenschaft*, institución que mejor refleja la peculiar concepción jurídica del pueblo alemán. La conceptualización que este autor realiza del concepto *Genossenschaft* no repara sólo en la teoría de la realidad de las personas jurídicas, trata de alcanzar también, como ha destacado ESTEVE PARDO,

¹ Vid. O. v. GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, CEC, Madrid, 1995, pág. 210 y ss. Esta obra forma parte del tomo III de *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, publicado en 1881 con el título "Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland".

² Véase M. WEBER, *Economía y sociedad*, *op. cit.*, especialmente los epígrafes 6 y 7 del Capítulo VII (págs. 621-660).

³ Parte Primera, Capítulo I, apartado 3.4.

la culminación de una teoría del Estado⁴. Al configurar aquél como “asociación de asociaciones” era lógico que el jurista alemán se preocupase por el respeto a la autonomía de las comunidades menores, frente a la burocracia del Estado absoluto y, luego, del primer Estado constitucional⁵. Precisamente, el interés de v. GIERKE por la autonomía local trae causa en su idea del burgo bajo-medieval como “nudo central” en la historia de la teoría corporativa⁶.

También en Francia la teoría institucional del Derecho elaborada por el *doyen* HAURIOU⁷ tratará de resolver el antagonismo entre individuo y Estado, integrándolos en una representación sintética del orden jurídico, en relación a la cual ambos ocupan su rango. En realidad, la teoría de la institución, como la posterior del ordenamiento jurídico elaborada por ROMANO, persiguen una superación de la comentada reciprocidad entre el Derecho y el Estado. Estos planteamientos, hechos en ocasiones con excesiva pasión y en otras con una evidente lucidez jurídica⁸, verán palidecer con el triunfo de la teoría kelseniana

⁴ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre administración autonómica y orden local*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 93 en nota.

⁵ En este sentido, ESTEVE PARDO advierte la contraposición entre el concepto de *Genossenschaft* y el de *Herrschaft*, ideas “que vendrían a ser los postes que, a uno y otro lado del camino, señalarán la evolución del Derecho público alemán”, añadiendo: “Las formas corporativas y, en general, las creaciones en las que la representación de los miembros es un componente destacado derivarán de la idea de *Genossenschaft*, mientras que las expresiones institucionales, burocráticas, jerarquizadas, son manifestaciones del supraconcepto de *Herrschaft*. Es así como, con arreglo a este planteamiento, el Municipio, como corporación, es una manifestación característica de la noción de *Genossenschaft*; mientras que el Estado, particularmente su Administración –de corte institucional, burocrático, no representativo-, entra de lleno en la órbita de la *Herrschaft*. A partir de aquí, la diferenciación entre Municipio y Estado será patente, pues se da ya en las raíces que a estas dos realidades sustentan. En la tensión entre Estado y sociedad queda, pues, el Municipio del todo decantado hacia esta última”, *ibidem*, pág. 93.

⁶ Vid. la introducción de F. W. MAITLAND a la obra de v. GIERKE *Teorías políticas de la Edad Media*, *op. cit.*, pág. 27.

⁷ Vid. M. HAURIOU “La théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme social”, en “La Cité moderne et les transformations du Droit”, *Cahiers de la nouvelle journée*, núm. 4, París, 1925. Se ha consultado la traducción española realizada por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado y publicada en *Obra escogida de Maurice Hauriou*, IEA, Madrid, 1976, pág. 259 y ss.

⁸ En este sentido S. MARTIN-RETORTILLO escribe: “El institucionalismo de Santi Romano carece desde luego de la sugestiva jugosidad, quizá más política que jurídica, que presenta el del decano de Toulouse; desde una perspectiva jurídica, sin embargo, ofrece sin duda algunos perfiles mucho más precisos y concretos, y por ello mismo también de mayor validez. El hábito sociológico e incluso metafísico que hay en toda concepción de Hauriou la hace en cierto modo perder rigor jurídico”, en el estudio preliminar a la traducción española de la obra de S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, pág. 46.

del Derecho. Estado y Derecho se confunden hasta el extremo que el primero se forma por un conjunto de normas que expresan un *deber ser (sollen)* ⁹. El monismo jurídico propuesto por KELSEN consiste en considerar Derecho sólo a la norma jurídica. Tal norma jurídica existe o sólo es válida cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe ser lo que ella dispone, y, además, se da un sistema jurídico¹⁰ válido¹¹. En definitiva, una norma no es *jurídica* si no es por su pertenencia a un sistema jurídico que, de manera sintética, es reflejo de un monopolio de fuerza estatal cuyo ejercicio tiene carácter institucionalizado¹². Existen, por supuesto, múltiples sistemas normativos pero sólo uno, el sistema jurídico, es Derecho.

Muy diferente es, en cambio, el planteamiento de la teoría institucional del Derecho. En opinión de S. ROMANO, el concepto de Derecho debe contener los siguientes elementos esenciales: a) Debe comprender el concepto de sociedad. Y esto –añade– *“en dos sentidos, con significación recíproca y complementaria entre sí: lo que no trasciende de la esfera puramente individual y no supera la vida del particular como tal, no es derecho (ubi ius ibi societas); a su vez, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término, sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (ubi societas ibi ius)...”* ¹³; b) *“El concepto de derecho debe contener, en segundo lugar, la idea de orden social, excluyendo así*

⁹ Las normas son, según Kelsen, juicios de deber que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad cuya validez depende de que quien los formula esté autorizado a hacerlos por otra norma que a su vez sea válida. Véase C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág.80.

¹⁰ Un sistema jurídico –siguiendo a MORESO– sería un sistema normativo momentáneo, de tal modo que cada vez que una norma es promulgada o derogada por una autoridad normativa competente se obtiene un sistema diferente. Así, añade este autor, “(L)os órdenes jurídicos son una secuencia de sistemas jurídicos. La identificación de un orden jurídico OJ requiere conceptualmente identificar el primer sistema de la secuencia (...el sistema originario, SJo), y otros sistemas SJ1, SJ2, S3, ...SJn pertenecen a OJ si y sólo si satisfacen ciertos criterios de membresía –sic–, por ejemplo, la legalidad de las acciones normativas”, vid. J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, pág. 146.

¹¹ Vid. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., pág. 95.

¹² *Ibidem*, pág. 107. La institucionalización del sistema jurídico consistiría en el establecimiento de órganos institucionalizados que serían los únicos para aplicar medidas coactivas. Así, señala NINO, “(E)s el hecho de que el sistema jurídico no sólo regula el empleo de la fuerza sino que lo regula como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos

¹³ Vid. S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., pág. 111.

cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material; esto es con la fuerza no ordenada... toda manifestación social, por el solo hecho de ser social, aparece ya ordenada, al menos en relación con quienes integran tal grupo social"¹⁴; c) "El orden social establecido por el derecho no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad como ente con sustantividad propia"¹⁵. Así, en síntesis, según ROMANO existe Derecho cuando existe una *sociedad ordenada por medio de una organización*, o un *orden social organizado*. Esa sociedad organizada y ordenada es lo que el autor italiano llama institución. Un grupo social se institucionaliza, pues, cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser un ordenamiento jurídico¹⁶. La crítica más evidente que plantea la reflexión de ROMANO sería la de una proliferación infinita de ordenamientos jurídicos, incluidos los de grupos organizados de criminales¹⁷. Ello no obstante, la teoría de la institución tiene el indudable mérito de llevar el Derecho más allá de la organización estatal y, a la vez, haber permitido poner límites a la expansión del Estado en la sociedad, reconociendo en ésta la existencia de una organización capaz, al margen de la organización estatal, de crear normas o reglas de conducta. En otras palabras, y

¹⁴ *Ibidem*, pág. 112.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 113.

¹⁶ Con esto, advierte N. BOBBIO, se revela una incongruencia, aunque marginal, en la doctrina de S. Romano: "si es cierto que la organización es elemento constitutivo primario de la sociedad jurídica, y si también es cierto que hay sociedades no organizadas, se puede aceptar la máxima ubi ius ibi societates, pero no se puede aceptar la máxima inversa, que Romano también acoge, ubi societates ibi ius. En otras palabras: se puede admitir que el derecho presupone la sociedad, o que es el producto de la vida social; pero no se puede admitir que toda sociedad sea jurídica", en *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1991, pág. 20.

¹⁷ BOBBIO no considera especialmente relevante esta crítica por cuanto el propio Estado no tiene precisamente en la justicia su origen. Así, con toda razón, expone: "¿No llamaba san Agustín a los Estados magna latrocinia? ¿Y acaso eran por esto menos Estados, es decir, menos ordenamientos jurídicos que los Estados modernos que por casualidad fueron dirigidos según la justicia?", *ibidem*, pág. 21.

con las matizaciones que se quiera, podemos destacar dos cosas: 1) la producción de normas no es privativa del Estado y 2) si bien la normación puede ser realizada al margen de la organización, no existe ninguna organización sin normación: *nulla est communitatis quae sine iure conservari possit*. Ahora bien, lo cierto es que en todas y cada una de las diferentes manifestaciones normativas que procedan de grupos organizados la impronta del Estado será una constante. Cuanto más extensa pretenda ser la relevancia de la norma más visible será la presencia del Estado. Así, podemos diferenciar: 1) Grupos organizados que realizan actos jurídicos mediante el único uso de normas jurídicas ajenas (p. ej. una asociación que se rige exclusivamente por lo previsto en la legislación estatal). En este caso la normación se realiza con referencia a normas de un ordenamiento ya definido, circunstancia que excluye considerar la existencia de un ordenamiento jurídico; 2) Grupos organizados que producen normas propias cuya relevancia dependerá, en última instancia, de un reconocimiento estatal, sea mediante una regulación sobre la organización misma, o bien a través de una regulación que atribuya efectos jurídico-estatales a la actividad normativa de aquella organización. Existiría en estos casos una concurrencia de ordenamientos jurídicos sobre una misma organización, el estatal y el propio. Sería el caso de federaciones deportivas, sindicatos y también de los organismos nacionales de normalización reconocidos. Cabe destacar que en este supuesto la concurrencia de ordenamientos obedece al criterio de territorialidad; el ámbito de actuación de la organización coincide total o parcialmente con el del Estado; 3) Finalmente, existen organizaciones de alcance supraestatal que se dotan de férreas normas que pueden ir *ultra* o *contra* las leyes de los Estados. Es, por ejemplo, el caso de las Federaciones deportivas internacionales y su pertenencia al Comité Olímpico Internacional. No hay duda que en este tipo de organizaciones concurre la nota de autoridad que permite la aplicación de un ordenamiento cuyo seguimiento, ciertamente, no deja de ser voluntario.

Obsérvese que en todo lo expuesto hasta ahora el adjetivo jurídico de los ordenamientos es la nota predominante. En el pluralismo jurídico, según advierte GIANNINI, las diferentes manifestaciones organizativas tienen reconocida constitucionalmente una posición de independencia respecto del Estado, quien

no puede entrometerse en la vida de estos entes si no mediante controles de limitada extensión¹⁸. La diferencia, añade dicho autor, entre este tipo de controles y los que ofrece el llamado “estatalismo jurídico” consiste en que los primeros sólo tratan de evitar el conflicto de intereses entre el ordenamiento jurídico estatal y el conjunto de ordenamientos jurídicos. El ordenamiento estatal, en cuanto ordenamiento jurídico, aparecería, pues, en una posición claramente directiva.

Ahora bien, conviene reconocer que el ordenamiento jurídico, o la pluralidad de ordenamientos jurídicos no son omnicomprendivos de la realidad social. Si la monopolización estatal del Derecho es el instrumento de legitimación del Estado y de su posición rectora sobre la sociedad, ésta, en el sentido más amplio que quiera dársele a la expresión, ha sido capaz de erigir y arrogarse una posición directiva especialmente en el ámbito de la técnica. La organización y regulación de la técnica ha llegado a alcanzar tal nivel de autonomía frente al Estado y el Derecho que ha permitido que ganara sustantividad un nuevo ordenamiento: el ordenamiento de la técnica. La existencia del mismo es un hecho tangible en cuanto tiene su organización y ofrece sus propias manifestaciones normativas no sólo al margen del Derecho, sino incluso condicionándolo. Ello significa que la relación entre Derecho y Técnica es la de una interacción entre ordenamientos. Que el ordenamiento técnico pueda desarrollarse completamente prescindiendo del ordenamiento jurídico no es, por supuesto, ni tan novedoso ni tan radical como pudiese pensarse. Efectivamente, las organizaciones gremiales en la Edad Media ofrecen el ejemplo de un completo ordenamiento cuasi-público capaz de prescindir de reglas jurídicas (el que luego fuera sometido al Derecho es un extremo que hemos examinado anteriormente).

El reconocimiento hoy de la existencia de un ordenamiento de la técnica significaría aceptar dos cosas: 1) La semisoberanía de los Estados frente a organizaciones y corporaciones de ámbito supranacional; 2) La incapacidad de la Ley –máxima expresión de la normatividad jurídica- para reflejar el dinamismo social. Entre otros, el caso de las telecomunicaciones es bien ilustrativo de lo que exponemos. Un ámbito ligado tradicionalmente al ejercicio de la soberanía estatal

¹⁸ Vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol I, Giuffrè, Milán, 1988, pág. 106.

es hoy completamente ajeno a ese poder. Es más, la pretensión de mantener tal posición parece asemejarse a la desnudez del rey en el cuento. ¿Podemos acaso imaginar que el Estado del XIX hubiese previsto la concesión de un servicio inexistente?, la respuesta negativa entonces es un siglo después afirmativa¹⁹. Este tipo de hechos, vendrían a significar que, a pesar de las apariencias, la complejidad que tradicionalmente caracterizaba a la política –lo cual equivale decir al Derecho- no corre actualmente pareja a la complejidad de la sociedad²⁰.

2. El concepto de normalización

La conceptualización de la expresión normalización ofrece la indudable ventaja de sernos ofrecida por quienes realizan tal actividad. En este sentido, entienden por aquélla la *“actividad encaminada a establecer, respecto a problemas reales o potenciales, disposiciones para un uso común o repetido, con objeto de alcanzar un grado óptimo de orden en un contexto dado”*. Tal es, efectivamente, la definición que, bajo el título “Normalización y actividades relacionadas (vocabulario general)”, nos ofrece la Norma EN 45 020 en su última versión del año 1998 y según la traducción llevada a cabo por el organismo español de normalización, AENOR. En otras palabras, la normalización tiene por objeto el establecimiento de documentos de referencia que aporten soluciones a problemas no sólo técnicos, sino también comerciales²¹ que, de modo repetido,

¹⁹ Nos estamos refiriendo a la concesión en diferentes Estados europeos de las licencias de telecomunicación con tecnología UMTS. Dos años después de las millonarias adjudicaciones, aún no está plenamente disponible.

²⁰ Advierte E. MORIN como “(E)s la política quien tiene la necesidad de una mayor complejidad. Ella produce unas ideas cada vez más simplificantes para unas sociedades cada vez más complejas”, en *Pour sortir du Xxe siècle*, Nathan, París, 1981, pág. 158.

²¹ Ciertamente, los problemas pueden ser no sólo de carácter técnico, sino también comerciales e incluso sociales. Problemas que, por supuesto, no hacen distinciones entre sexos. Es el caso de las tallas de la ropa y otros complementos de vestir. Los trastornos, graves al parecer, que ello comporta al consumidor van a ser pronto solucionados por los organismos de normalización. La justificación merece ser reproducida: “La mayoría de la gente que viaja y adquiere prendas de vestir en diferentes países, encuentra problemas con los diferentes sistemas de tallaje. En el mejor de los casos supone una irritación; en el peor, hay que devolver la prenda. Además, para crear mayor confusión, la misma talla se utiliza en distintos países para prendas de diferentes tamaño. Por ello, un gran número de personas, especialmente hombres –sic-, no son capaces de identificar su talla” (Revista *UNE*, núm. 151, mayo 2001, pág. 2). La futura norma europea (Norma prEN 13402) se está elaborando en el seno del Comité Técnico 248 (Textiles y productos textiles) del Comité Europeo de Normalización (CEN). La norma propone el uso de

conciernen a productos, bienes y servicios en las relaciones entre los agentes económicos, científicos y sociales. Así, el objeto de la normalización no se ciñe meramente a productos industriales, sino absolutamente a todo aquello que es fruto del genio humano. Desde todas las medidas –incluidas las de las hojas en que se ha impreso este trabajo²²-, a los colores, pasando por los parques infantiles o los circuitos eléctricos. Pero además, en un sentido amplio, la normalización no sólo se refiere a los productos industriales, sino también a los alimenticios. En suma, la normalización atiende a toda la esfera vital del ser humano de hoy²³.

En un sentido similar al de la norma EN 45 020, la Ley española de Industria entiende por normalización *“la actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto”* (art. 8.5)²⁴. Se trata de una definición finalista cuyo elemento clave es la obtención de un criterio unificado y de un lenguaje común que encuentra su expresión mediante normas. La Norma constituye, pues, el cauce a través del cual se expresa habitualmente la normalización.

pictogramas, a su vez también normalizados, donde se visualicen las distintas medidas corporales y se relacionen con las medidas particulares del cuerpo. La norma tendrá tablas de las distintas medidas del cuerpo necesarias para clasificar los diferentes tipos de prendas. Ante todo esto sólo cabe esperar, en nuestra opinión, que en el futuro no terminen por normalizarse las propias medidas de las personas, cosa improbable (?) pero posible a la luz de los avances de la ingeniería genética.

²² Se trata de la norma DIN 476-1 (UNE 1-011-90) sobre papel de escritura y ciertos tipos de impresos. Así, los formatos acabados de la serie A4 tienen como medida 210mm x 297mm, equivalente al formato A0 dividido 4 veces (841mm x 1189mm). Según la citada norma, el formato A4 se destina, particularmente, como formato principal para los papeles de cartas e impresos destinados a uso administrativo y comercial.

²³ Necesidades, pues, en el sentido más amplio de la expresión y hasta extremos que, en ocasiones, no están exentos de cierta hilaridad. Así, por ejemplo, en Alemania se produjo un auténtico revuelo cuando su instituto de normalización decidió adaptar a estándares internacionales la norma relativa a las medidas de los preservativos masculinos. La contrariedad radicaba, según parece, en la reducción de medidas que la norma establecía.

²⁴ Idéntica definición adopta el artículo 8 del RD 2200/1995 (RICSI) al trazar el objeto de los organismos de normalización. Entre el conjunto de disposiciones derogadas por el RICSÍ se encuentra el RD 1613/1985, por el que se ordenan las actividades de normalización y certificación, cuyo artículo 1.2 entendía por normalización *“la actividad que aporta soluciones para aplicaciones repetitivas que se desarrollan, fundamentalmente, en el ámbito de la ciencia, la tecnología y la economía, con el fin de conseguir una ordenación óptima en un determinado contexto”*.

3. El concepto de norma técnica

Como hemos señalado la normalización encuentra su expresión en la norma. Esta consiste en una especificación técnica que adquiere, por decirlo de algún modo, valor normativo en el ámbito normalizador. Efectivamente, los requisitos técnicos que debe satisfacer un producto, proceso o servicio constituyen especificaciones técnicas que pueden ser una norma, parte de una norma o ser independiente de una norma. Por su parte, en la vigente Ley de Industria el concepto de norma técnica viene definido en su artículo octavo, apartado tercero, del modo siguiente: *“Norma: La especificación técnica de aplicación repetida o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa”*. Una definición muy similar la encontramos en la Directiva 98/34/CE²⁵, de 22 de junio, cuyo artículo 1.4 entiende por norma *“una especificación técnica aprobada por un organismo reconocido de actividad normativa para aplicación repetida o continua, cuya observancia no es obligatoria (...)”*. Además, la norma puede ser internacional, europea o nacional, según cual sea el ámbito de actuación del organismo de normalización.

El establecimiento de una norma técnica responde a una realidad objetiva definida a partir de tres elementos: (1) ciencia, (2) tecnología y (3) experiencia²⁶. La norma técnica debe, pues, tener un fundamento científico, ser técnicamente viable y contar con un mínimo arraigo en la realidad económica e industrial. En consecuencia, el consenso y no la imposición es la nota característica de la norma técnica.

²⁵ DO, núm. L 204, de 21 de julio de 1998.

²⁶ En este sentido V. ALVAREZ GARCIA señala: *“La norma (...) se basa en los resultados conjuntos de la ciencia, de la tecnología y de la experiencia. Esto no significa otra cosa que, en tanto que útil técnico puesto a disposición de los distintos agentes económicos, la norma fija las características técnicas ofrecidas en un momento temporal dado por la ciencia, la tecnología y la experiencia para fabricar un determinado producto. Pero la ciencia, la tecnología y la experiencia evolucionan. Eso implica que las normas ofrecen soluciones técnicas que con el paso del tiempo se quedan obsoletas, y cuando esto ocurre es necesario revisar las viejas normas para ajustarlas al nuevo estado de la ciencia, la técnica y la experiencia”* -cursiva entrecorrida en el texto-, en *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 86-87.

3.1 Normas técnicas internacionales, europeas y nacionales

Las normas técnicas son susceptibles de clasificación según su origen, cabe en este sentido distinguir entre normas internacionales, europeas y nacionales. En cada uno de estos ámbitos existe su correspondiente organización.

A nivel internacional, recordemos, destacan la Organización Internacional de Normalización (ISO)²⁷ y la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI). El documento normativo elaborado por la ISO es la "Norma Internacional ISO". Los miembros de esta organización, entre ellos AENOR, no están obligados a transponer esas normas en su ordenamiento normalizador. Es más, la aprobación de una norma ISO no impide ni el mantenimiento ni la adopción de nuevas normas nacionales total o parcialmente divergentes. No obstante, con carácter general las normas ISO acostumbra a ser adoptadas y traducidas por los organismos regionales o nacionales de normalización. Junto a las normas propiamente dichas, la ISO elabora también otros documentos: las "Recomendaciones ISO/R" y los "Informes Técnicos ISO/TR". Por su parte, la actividad normativa del CEI encuentra su expresión en la "Norma Internacional CEI".

En lo que se refiere a las normas elaboradas por los organismos europeos de normalización remitimos al apartado correspondiente de la Tercera Parte. Respecto a las normas nacionales, elaboradas por AENOR en el caso español hacemos también remisión a su tratamiento en la Cuarta Parte.

²⁷ La "International Organization for Standardization" fue fundada poco después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de un organismo no gubernamental con sede en Ginebra y bajo la consideración de una corporación privada sujeta al derecho suizo. ISO agrupa los organismos nacionales de normalización de más de cien países. Su finalidad es facilitar el libre intercambio e interoperabilidad de productos –superando las barreras técnicas– y la prestación de servicios entre los Estados, así como la consecución de un acuerdo en esa dirección en los ámbitos científico, técnico y económico. Todas las normas elaboradas por la ISO son voluntarias consensuadas y provenientes del sector privado. Sin duda, las normas más conocidas elaboradas por la ISO son las normas ISO 9000. Estas normas, terminadas en el año 1987, se refieren a la gestión y certificación de la calidad en las empresas. Como señala CASCIO, estas normas no se dirigen a la calidad del producto, sino al proceso que una organización emplea para crear un producto o un servicio. Las normas ISO 9000 son, pues, normas de gestión y no de base técnica y/o científica. *Vid. J. CASCIO et alii, Guía ISO 14000. Las nuevas normas internacionales para la administración ambiental*, McGraw-Hill, Mexico, 1996, págs. 6, 22 y ss.

3.2 La norma técnica y su distinción de otros tipos de manifestaciones autorregulativas: especificaciones de acceso público; códigos de buenas prácticas y códigos de conducta

La normalización, según ha podido verse, constituye el marco organizativo en el que se genera la norma técnica. La existencia de normas procedimentales en la elaboración de la norma técnica, la existencia de una jerarquía entre los diferentes documentos que elaboran los organismos de normalización y el carácter omnicomprensivo en el objeto de la norma técnica, son todos ellos elementos que permiten considerar la existencia de un auténtico ordenamiento de la técnica creado al margen del Estado. Efectivamente, el objeto de regulación de la norma técnica permite distinciones entre normas de uso, normas de medida, normas de inspección, normas de calidad, normas de seguridad, etc. Toda esta tipología de normas sirven a una clara función de ordenación cuyo fin es la racionalidad de todos los niveles económicos. No obstante, cabe destacar que el fenómeno normalizador se extiende a ámbitos que exceden la mera consideración económica al incidir en aspectos clave de la existencia humana.

Junto a la norma técnica, el ordenamiento técnico encuentra otras manifestaciones, en unos casos de origen también supranacional, que terminan encontrando su encaje en los ordenamientos –técnico y jurídico- nacionales. Fundamentalmente, se trata de tres ejemplos de especificaciones técnicas elaboradas al margen de las estructuras de normalización.

En primer lugar encontramos las llamadas especificaciones de acceso público. Se trata de documentos adoptados originariamente en empresas o consorcios privados por razones de mercado. Por regla este tipo de especificaciones son también recogidas por los organismos de normalización si bien no bajo la categoría de normas, aunque nada impide que posteriormente puedan pasar a serlo²⁸.

²⁸ La adopción de una especificación de acceso público por parte de un organismo de normalización ofrece ventajas frente a una norma. Concretamente, la rapidez en su aprobación ya que no es necesaria la obtención del consenso general característico de la normalización. Por esta razón, en el caso de la política europea del “nuevo enfoque” no es posible su inclusión. Idénticos problemas se plantearían en la normalización nacional. Véase el informe de la Comisión

Otro caso, son los llamados códigos de buenas prácticas generalmente elaborados en el seno de organizaciones internacionales y cuya aplicación se rige por la voluntariedad pese a su amplio reconocimiento en las legislaciones estatales. Uno de los ejemplos más ilustrativos lo ofrece el *Codex Alimentarius*²⁹ cuya amplia observancia por los Estados se debe a su inclusión en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio. Así, por ejemplo, el RD 2207/1995³⁰, de 28 de diciembre de 1995, relativo a normas de higiene en los productos alimenticios sanciona ese carácter potestativo del referido código al disponer en su artículo 4 que las empresas del sector alimentario podrán utilizar voluntariamente guías de prácticas correctas de higiene como un medio para garantizar la higiene de los alimentos. La elaboración de tales guías se llevará a cabo *“(E)n su caso, teniendo en cuenta los códigos internacionales de prácticas recomendadas en materia de higiene y los principios de higiene alimentaria del Codex Alimentarius”*. También tienen un amplio reconocimiento las “Buenas Prácticas de Laboratorio” adoptadas en el seno de la OCDE³¹. Todos estos

europaea al Consejo y al Parlamento, “Eficacia y legitimidad de la normalización europea de nuevo enfoque”, COM (1998) 291 final, págs. 6-7.

²⁹ El mismo es elaborado por el “Codex Alimentarius Committee-CAC”, formado por dos organismos de Naciones Unidas, la FAO y la OMS. Entre las funciones del CAC se encuentra la aprobación de normas, directrices y recomendaciones sobre cuestiones relativas a la seguridad e higiene de los alimentos.

³⁰ BOE, de 27 de febrero de 1996, modificado por RD 202/2000, de 11 de febrero de 2000.

³¹ En la sección 1ª del Anexo del RD 1369/2000, de 19 de julio de 2000 –modifica el RD 822/1993, que establece los principios de buenas prácticas de laboratorio y su aplicación en la realización de estudios no clínicos sobre sustancias y productos químicos-, podemos leer: “La calidad de los estudios no clínicos de seguridad sanitaria y medioambiental en que se basan las evaluaciones de riesgos es un tema que interesa profundamente tanto al Estado como a la industria. Por esta razón, los países miembros de la OCDE fijaron criterios sobre la realización de dichos estudios. A fin de prevenir una diversificación de programas de aplicación que pudiera dificultar el comercio internacional de sustancias químicas, los países miembros de la OCDE han procurado lograr la armonización internacional de los métodos de ensayo y las buenas prácticas de laboratorio. En 1979 y 1980, un grupo internacional de expertos, establecido conforme al programa especial sobre el control de sustancias químicas, elaboró los denominados “Principios de Buenas Prácticas de Laboratorio de la OCDE” (BPL), basándose en las prácticas y la experiencia de gestión y científicas comunes de diversas fuentes nacionales e internacionales. El Consejo de la OCDE adoptó en 1981 estos principios de BPL, como anexo a la Decisión del Consejo sobre la aceptación mutua de datos sobre la evaluación de sustancias químicas. (...) Los principios de buenas prácticas de laboratorio tienen por objeto promover la calidad de los datos de los estudios. La comparación de la calidad de estos datos constituye la base de su aceptación mutua entre países. Si cada país puede basarse con confianza en datos de estudios desarrollados en otros países, es posible evitar la duplicación de estudios, con el consiguiente ahorro de tiempo y recursos. La aplicación de estos principios debe contribuir a evitar que surjan

códigos formarían parte del ordenamiento de la técnica por cuanto en ellos se hace referencia a las normas técnicas provenientes de los organismos de normalización. Tal referencia no es sólo exclusiva de las normas técnicas en sentido estricto, sino extensible a las normas de procedimiento elaboradas por los organismos de normalización³².

Los códigos de conducta son otra manifestación de autorregulación circunscritos generalmente en el ámbito estatal y que suelen responder a una ausencia de regulación pública. Los códigos de conducta acostumbra a contener también referencias a normas de los organismos de normalización.

En definitiva la normalización ejerce una auténtica *vis expansiva* sobre la realidad social, su origen privado y su elaboración mediante el consenso diverge claramente del procedimiento legislativo. Ello explicaría parcialmente el porqué en la actualidad llegamos a encontrar normas en ámbitos tan insospechados para el jurista como puede ser, por ejemplo, el de la responsabilidad social de las empresas³³. En el llamado mundo globalizado las empresas necesitan, al igual que los mercaderes en la Edad Media, un *ordenamiento* que aun respetando las exigencias de cada Estado sea capaz de ofrecer un común denominador hasta el extremo de poder condicionar la legislación de algunos Estados de modo mucho más efectivo que los convenios internacionales que aquéllos suscriben. Efectivamente, por ejemplo, el respeto a una legislación nacional permisiva con el trabajo de los menores puede entrar en contradicción con la norma de responsabilidad social hasta el extremo de provocar que una empresa renuncie a fabricar en aquel Estado³⁴.

obstáculos técnicos para el comercio y a continuar mejorando la protección de la salud humana y el medio ambiente”.

³² Referencia que en ocasiones el propio legislador realiza, como, por ejemplo, en el artículo 5 del referido RD 2207/1995 al establecerse que: “Las autoridades competentes recomendarán a las empresas del sector alimentario la aplicación de las normas europeas de la serie EN 29 000 como actuación complementaria a la aplicación de las normas generales de higiene”.

³³ En este sentido existe una norma internacional SA 8000 elaborada por “Social Accountability International”. El origen de esta norma es estrictamente privado, agrupando empresas privadas, organizaciones no gubernamentales y sindicatos.

³⁴ La referida norma SA 8000 llega a ofrecer una definición de niño en los siguientes términos: “Toda persona menor de 15 años de edad, a menos que la legislación local estipule una

3.3 Naturaleza jurídica de las normas técnicas y condiciones para su aplicabilidad en el Derecho

Como principio debe considerarse que las normas técnicas no tienen el carácter de normas jurídicas³⁵. Esto es así por cuanto sus instancias creadoras, las asociaciones de normalización, carecen de *potestas normandi*, no pudiendo establecer disposiciones cuya ejecución sea obligatoria para sus destinatarios ni exigir de modo coactivo su cumplimiento. Esta potestad sólo la tiene el Estado, tomado en un sentido lato, quien ostenta el monopolio normativo jurídico conforme a un continuado proceso de supresión gradual de todo centro de producción ajeno a él³⁶, lo cual ha acabado encontrando su reflejo en unas previsiones constitucionales que son fruto precisamente de ese *iter* secular que ha configurado el modelo de Estado de Derecho conocido hoy por nosotros. Sobre la base de esta consideración, los ciudadanos, en cualquiera de sus facetas, sólo están sujetos coactivamente a aquellas normas que provienen de alguna de las instancias legitimadas para su emisión. Normas que, por lo demás, tienen que haber sido objeto de un previo procedimiento legislativo o administrativo que haya posibilitado una confrontación de pareceres. En el ámbito parlamentario son los partidos políticos en quienes la ciudadanía ha delegado esa función. Mientras que la aprobación de reglamentos es función que corresponde a los órganos de la Administración, concurriendo también la participación de los ciudadanos³⁷, en unos casos por imperativo legal, en otros por comparecencia en el procedimiento de tramitación de la norma reglamentaria. Finalmente, una última consideración que debe tenerse en cuenta es la de que en Derecho la creación normativa formal y el grado de vinculación de cada norma

edad superior para el trabajo o para la enseñanza obligatoria, en cuyo caso, esta última edad será la aplicable para esta definición. Sin embargo, si la edad mínima para trabajar fijada en la legislación local es de 14 años, de acuerdo con la excepción para países en desarrollo establecida en la Convención 138 de la OIT, se aplicará esta última edad”, pág. 4 SA 8000:1997.

³⁵ Vid. P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Carl Heymanns, Colonia, 1979, pág. 330 y ss.; Ch. GUSY, “Probleme der Verrechtlichung technischer Standards”, *NVwZ*, 1995, pág. 106. Entre nosotros, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, pág. 165 y ss.

³⁶ Vid. N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1992, pág. 21. En relación con lo aquí expuesto, véase el apartado 2.2.1 del capítulo I de la Primera Parte.

³⁷ Art. 105. a) CE; art. 24.1. c), ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

va ligada a la necesaria concurrencia de dos presupuestos: legitimidad y legalidad. El Derecho sería el ordenamiento competente del que deriva la legalidad que a su vez encuentra su legitimidad en quienes ostentan el poder dentro del sistema político. Se trata, ciertamente, de un proceso recurrente de autolegitimación: la política legitima el Derecho, el Derecho legitima la acción administrativa y social, la sociedad legitima la política, etc. La política, en un sentido estricto, constituye pues el sistema que permite la elaboración de decisiones obligatorias (poder legislativo) de las cuales el responsable último es el Estado. La Administración es el sistema para la implementación de aquellas decisiones políticas (poder ejecutivo). Y, finalmente, el sistema jurídico es aquél encargado de regular los conflictos derivados de la aplicación de aquellas decisiones (poder judicial)³⁸.

El Estado goza bajo reconocimiento constitucional del monopolio de producción jurídica, lo cual hace imposible poder considerar como jurídicas aquellas normas elaboradas por otras organizaciones situadas en otro nivel que no sea el estrictamente estatal, como es el caso, por ejemplo, de los organismos privados de normalización. Del mismo modo que en ningún caso la remisión realizada desde normas jurídicas a normas técnicas –aspecto este que detallaremos más adelante- puede convertir a aquellas entidades en partícipes de un poder normativo conformador del Derecho.

Por otro lado, al examinar la naturaleza de las normas técnicas es necesario hacer referencia a su contenido normativo. Ya hemos advertido que las normas elaboradas por los organismos de normalización no se circunscriben a un contenido de base científica o técnica; las normas técnicas no sólo se limitan a una descripción de realidades fácticas, como son los resultados causales o las reglas de la experiencia de la ciencia y la técnica, ni tan siquiera las normas técnicas se limitarían a una prognosis experta. Las normas técnicas contienen auténticos deberes de conducta, es decir regulaciones normativas. Las normas técnicas son, pues, reglas de conducta (*Sollenssätze*), son normas pero no

³⁸ Vid. H. WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Theorie des Staates polyzentrischer Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992, pág. 215.

normas jurídicas, sino normas de otro ordenamiento dotado de sustantividad propia.

3.4 El encuadre en el sistema de fuentes del Derecho: las normas técnicas no son derecho consuetudinario pero sí reglas de conducta

Si por su procedencia no cabe atribuir la característica de juridicidad a las normas técnicas, tampoco puede considerarse que las mismas formen parte de lo que SANTAMARIA PASTOR viene en llamar bloque de normación difusa³⁹, esto es que sean una forma de expresión o exteriorización normativa incluida en el sistema de fuentes del Derecho, o del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 Cc). En este sentido, las normas técnicas no pueden ser consideradas derecho consuetudinario, es decir derecho no estatal nacido en la sociedad. Dos son, básicamente, las razones que permiten afirmar esa exclusión. En primer lugar, la caracterización de la costumbre como una actuación o comportamiento de carácter uniforme y continuado en un espacio de tiempo casa mal con el dinamismo de las normas técnicas, fruto del rápido desarrollo científico y técnico⁴⁰. Además, las normas técnicas carecen de uno de los requisitos constitutivos de la costumbre, el de la *opinio iuris seu necessitaris*⁴¹, esto es, la creencia de que la conducta en que la costumbre consiste es jurídicamente obligatoria.

Más problemática se plantea la consideración de las normas técnicas como un uso que, en un proceso de "codificación" de naturaleza privada, puede

³⁹ Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, pág. 334.

⁴⁰ La alteración temporal de las normas técnicas se ofrece con diferente intensidad según cual sea su objeto. Así, por ejemplo, la norma alemana DIN 476 por el que se establece el célebre formato de papel no sufrió ningún tipo de modificación desde enero de 1943 hasta el año 1976. Vid. P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, op. cit., pág. 338. No obstante cabe señalar que existe para las normas DIN una obligada revisión como mínimo cada cinco años, así lo prevé la norma DIN 820-4 (1986), pág. 5. Vid. *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, Beuth, Berlín, 1995, pág. 335.

⁴¹ Sin embargo, F. DE CASTRO es crítico respecto a este requisito fruto de "una deformación hecha por la escuela histórica", en *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, facsímil de la 2ª ed., 1949, vol. I, pág. 390.

perfectamente alcanzar vía convencional un valor jurídico. La distinción entre la costumbre y el uso resulta aquí importante por cuanto la primera es una fuente de Derecho directa e independiente. El uso, en cambio, según L. DIEZ-PICAZO, “*sólo obliga de forma indirecta, en cuanto que ha sido recogido por otra norma como elemento de ella*”⁴². En definitiva, las normas técnicas no son normas jurídicas pero, en cambio, sí son normas que pueden llegar a fundamentar resoluciones judiciales. Así, las normas técnicas llegarían a situarse en un nivel parejo al de las reglas del arte en, por ejemplo, el ejercicio hipocrático. Efectivamente, en la mayor parte de ramas de la actividad desarrollada por organizaciones profesionales, las normas técnicas hacen una función depositaria de los usos técnicos y comerciales de cada sector (p.ej. usos fiscales, en materia de amortizaciones; cálculos actuariales en materia de seguros, etc.).

3.5 La norma técnica en el Derecho administrativo español

3.5.1 Reglamento y norma técnica

Con anterioridad a la Ley de Industria 21/1992 y, más concretamente, a los cambios que a partir del año 1995 introduce el RD 2200/1995 (RICSI), la creación de normas técnicas en el seno de la Administración era una constante. Esas normas técnicas encontraban su cauce de expresión a través del reglamento. En este sentido, BAÑO LEON señalaba en el año 1991 como un ámbito propicio al reglamento independiente –aquel que se dicta sin habilitación legal de ningún tipo y en virtud de la propia competencia reglamentaria de la Administración-⁴³ era el de la normas técnicas, “*un campo –añadía- de decisiva importancia económica, pero que apenas ha suscitado interés doctrinal*”⁴⁴.

⁴² Vid. L. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pág. 133.

⁴³ Véase J. M^a BAÑO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, especialmente pág. 175 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 211. El capítulo de esta obra relativo a los reglamentos independientes se reproduce en su trabajo posterior “Los ámbitos del reglamento independiente”, en *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor García de Enterría)*, Civitas, Madrid, 1991, vol I,

En aquel momento la normalización encontraba su regulación en el RD 1614/1985, de 1 de agosto, por el que se ordenaban las actividades de normalización y certificación. El artículo 1.2 de esta disposición hacía mención de hasta tres tipos de normas: 1) “Norma”, como especificación técnica que era aprobada por una institución reconocida con actividades de normalización, para su aplicación repetida o continua, y cuya observancia no era obligatoria; 2) “Norma Española”, toda norma que hubiese sido aprobada por el IRANOR – antecedente de AENOR, se trataba de un organismo perteneciente al Consejo Superior de Investigaciones Científicas-, antes de la entrada en vigor del RD 1614/1985, las que aprobase con el indicativo “UNE” el Ministerio de Industria y Energía, así como las que surgiesen de las Asociaciones previstas en el Real Decreto –caso de AENOR-, en las que también figuraría el anagrama “UNE” indicativo de “Una Norma Española”; 3) “Norma Oficial”, era aquella “Norma Española” que se incorporaba al ordenamiento jurídico, para su aplicación en actuaciones técnicas de las Administraciones, prevaleciendo sobre otras normas técnicas existentes en el mismo campo⁴⁵. Se establecía, además, la publicación íntegra de estas “normas oficiales” en el Boletín Oficial del Estado, y su declaración como tales por Orden de la Presidencia del Gobierno. Finalmente, se contemplaba la existencia de los “reglamentos técnicos” que consistían en especificaciones técnicas, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, cuya observancia resultaba obligatoria.

Los cambios legales introducidos posteriormente en el ámbito de la normalización han supuesto la desaparición de las referidas “normas oficiales”. En la actualidad las únicas normas técnicas reconocidas son las aprobadas por AENOR cuya

págs. 421-453. Sin embargo, las palabras que dan inicio al apartado que se refiere a las reglamentaciones técnicas resultan más ilustrativas que las arriba transcritas, dicen así: “El reglamento independiente hace tiempo que sentó sus reales en un campo que en nuestro país la doctrina apenas ha cultivado: el de las normas técnicas” (pág. 444).

⁴⁵ El artículo 9 del RD 1614/1985 establecía que podía conferirse carácter oficial a una norma cuando lo aconsejase alguna de las razones siguientes: “a) La racionalización y ordenación de las compras públicas; b) La necesidad de oficializar procedimientos de ensayo o medida, con el fin de ordenar sectores y facilitar la inspección administrativa; c) Las exigencias de tipo sanitario o medio-ambiental, en cuanto a los procedimientos para determinar composiciones o porcentajes de elementos, sustancias o productos”.

publicación en el *BOE* no se extiende a su contenido, sino meramente a su referencia. Respecto a los reglamentos técnicos los mismos siguen siendo aprobados, si bien es cierto que la remisión que desde ellos se hace a normas técnicas es una constante.

Lo cierto es que los problemas apuntados por BAÑO LEON a inicios de los años noventa se habrían visto acrecentados una década después. Efectivamente, la conversión de la norma técnica en "norma oficial" significaba convertir aquélla en norma reglamentaria. La cuestión que entonces se suscitaba, y que es atinadamente tratada por el autor citado, era la armonización entre la exigencia de reserva de ley –ante unas limitaciones al libre comercio por razones técnicas– y las características reglamentarias de aquellas normas. Tal armonización sólo resultaría posible, según BAÑO LEON, mediante la técnica de las cláusulas generales, "*en el bien entendido que debe quedar reservado a la ley los aspectos básicos del procedimiento que permitan su promulgación y la participación en su elaboración de los sectores afectados así como las reglas que aseguran la posición jurídica de los particulares ante las mismas*"⁴⁶. De este modo, siendo perfectamente asumible que el contenido de la norma técnica se integre en una norma reglamentaria, es, sin embargo, necesario que su imposición obligatoria se contemple en una ley previa que establezca su régimen jurídico básico⁴⁷. Tal cuestión habría sido parcialmente solventada con la promulgación de la Ley 21/1992, de Industria.

La conclusión que extrae BAÑO LEON de la anterior regulación de la normalización es lógica, las reglamentaciones técnicas sólo pueden ser objeto de un reglamento

⁴⁶ Vid. J. M^a BAÑO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, op. cit., pág. 213.

⁴⁷ En este sentido BAÑO LEON realiza la siguiente consideración: "A nadie se le oculta, desde luego, la necesidad de estas reglas y aun de que sean aprobadas por norma reglamentaria. Pero esta necesidad no justifica el desconocimiento del principio de reserva. Respetarlo es posible acudiendo a la ya aludida técnica de la remisión de carácter general. Ninguna razón hay para que el legislador no pueda prever al menos para el futuro las garantías básicas de estas normas. El hecho de que no exista ninguna ley que regule el régimen jurídico básico de unas normas con clara incidencia en la actividad económica general del país es el mejor argumento para esperar que el legislador sea en el futuro más sensible y regule esta cuestión", *ibidem*, pág. 214. En el mismo sentido E. MALARET, en "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales", *RAP*, núm. 116, 1988, pág. 335.

independiente si su contenido no es obligatorio, atribuyéndoles el carácter de meros dictámenes periciales anticipados, es decir, el de simples reglas profesionales no vinculantes para el juez pero imprescindibles para la interpretación de la parte dispositiva de la norma reglamentaria⁴⁸.

El recurso a la técnica de la remisión de carácter general por parte de la ley hacia el reglamento es, sin duda, una propuesta perfectamente adecuada al planteamiento de que es el legislador quien habilita a la Administración para la elaboración de una normativa cuya evidente complejidad técnica la hace inadecuada para la ley. Ejemplo de esa remisión es la que realizaba el artículo 29 de la Ley 31/1982, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones. Este precepto autorizaba al Gobierno para regular los equipos, aparatos, dispositivos y sistemas que hicieren uso del espectro radioeléctrico. Al amparo de esta Ley se dictó el RD 1066/1989, por el que se estableció el procedimiento para la elaboración de las especificaciones técnicas. Ahora bien, tal esquema sufre una modificación radical con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones⁴⁹, disposición dictada al amparo de la legislación europea y en cuyo artículo 29 puede leerse: *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones velará para que, en los acuerdos de interconexión, se tengan en cuenta las normas comunitarias que sean de aplicación. En defecto de éstas, fomentará la aplicación de las normas, de las especificaciones o de las recomendaciones que se aprueben por los organismos europeos o, a falta de éstas, de las adoptadas por los organismos internacionales de normalización. En ausencia de todas ellas, se tendrán en cuenta las normas nacionales”*⁵⁰. La

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 215.

⁴⁹ BOE de 25 de abril de 1998.

⁵⁰ Este artículo ha sido desarrollado por el artículo 5 del RD 1651/1998, de 24 de julio, que establece el Reglamento de interconexión y numeración. Dicho precepto establece que “la interconexión y el acceso a las redes deberán cumplir las especificaciones técnicas que se establezcan por el Ministerio de Fomento. En particular, dichas especificaciones técnicas y las interfaces de los puntos de interconexión, se ajustarán a las normas que se indiquen en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”. En defecto de tales normas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fomentará el uso de las siguientes, con el orden de prelación siguiente: a) Las adoptadas por los siguientes organismos europeos de normalización reconocidos: el Instituto Europeo de Telecomunicación (ETSI), el Comité Europeo de Normalización y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CEN-CENELEC); b) Las internacionales adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Organización Internacional de Normalización (ISO)

remisión que en este caso se realiza no es a una norma técnica contenida en una norma jurídica, sino a una norma técnica en sentido estricto –tema que tratamos en el Capítulo IV-.

3.5.2 *Acto administrativo y norma técnica*

En España, a diferencia de otros países (p. ej. Francia y Bélgica) no existe la posibilidad de asimilar las normas técnicas aprobadas por AENOR a un acto administrativo o a otro tipo de manifestación de la actividad administrativa. La inexistencia de jurisprudencia en este tema, así como el hecho de encontrar la norma técnica su origen en una asociación privada, atestiguarían esa imposibilidad.

Tomando la definición dada por GARCIA-TREVIJANO FOS, acto administrativo es: *“declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”* ⁵¹. Del contenido de esta definición se desprende que los actos administrativos deben emanar de una entidad pública, cabe, no obstante, la posibilidad de que los particulares puedan dictarlos. Para ello es necesario que entre el particular y la Administración exista una especial relación, la misma acostumbra a surgir a partir de una concesión de servicio. Este sería, por ejemplo, el caso contemplado en el artículo 203 del Reglamento General de Contratación del Estado en el que la delegación de determinadas facultades en el concesionario le permiten poder dictar actos que

o la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI); c) Las emanadas del organismo español de normalización: AENOR; d) Las especificaciones que cuenten con amplia aceptación en la industria y hayan sido elaboradas por los correspondientes organismos internacionales; e) Las especificaciones técnicas que se apliquen habitualmente en el mercado. Véase A. CARRASCO y A. I. MENDOZA “Interconexión y acceso a redes”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* (A. Arpón de Mendivil y A. Carrasco, dir.), Aranzadi, 1999, pág. 461 y ss.

⁵¹ Vid. J. A. GARCIA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1991, págs. 96-97.

podrán ser recurridos ante la Administración⁵². No es este el caso de los organismos de normalización, cuya actividad no tiene en el RD 2200/1995 la consideración de actividad administrativa, sino de actividad privada sujeta a regulación. Desde el punto de vista judicial, concretamente en el Tribunal Supremo, la atención sobre las normas UNE ha sido ocasional, y en ningún caso su tratamiento constituía la *ratio decidendi* del asunto⁵³.

Muy diferente resulta, en cambio, el caso francés donde la norma elaborada por su organismo de normalización (AFNOR) sí tiene la consideración de acto administrativo. La jurisprudencia del *Conseil d'État* viene admitiendo desde el célebre *arrêt Monpeurt* (31 de julio de 1942)⁵⁴ la posibilidad de anular actos emanados de organismos privados –en ese caso previstos legalmente- si éstos ejercen su actividad en el marco del servicio público. En el caso de AFNOR, el Decreto de 26 de enero de 1984 le inviste de las prerrogativas de *puissance publique* en razón de la misión de servicio público que tiene encargada. Se trata, además, de una asociación privada sometida a una estricta tutela administrativa.

El carácter de servicio público de la normalización en Francia y la distinción entre norma “acto privado” y norma “acto administrativo” ha sido confirmada en dos importantes resoluciones judiciales. En el caso “Conchyliculture”⁵⁵ se afirma el carácter de acto administrativo reglamentario que tienen las normas técnicas

⁵² En el mismo sentido se expresa el artículo 185 del Anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: “1. En la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél. 2. Contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá reclamarse ante la Administración concedente”.

⁵³ Por ejemplo, en la STS de 22 de enero de 1998 (Sala 3ª. Ar. 916).

⁵⁴ Sentencia ampliamente tratada por T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ en su obra *Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, págs. 39-58. Posterior jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido abiertamente la posibilidad que personas de derecho privado puedan adoptar decisiones constitutivas de un acto administrativo. Se trata, especialmente, del *arrêt “Magnier”*, de 13 de enero de 1963 en el que el *Conseil d'État* establece que los organismos que constituyen “un organisme professionnel de droit privé” y a los cuales se les aplica la reglamentación económica están dotados “d'un pouvoir de décision qui constitue une prérogative de puissance publique” de tal modo que sus decisiones ofrecen el carácter de un acto administrativo.

⁵⁵ *Conseil d'État*, 14 de octubre 1991.

homologadas por el Consejo de administración de AFNOR por delegación ministerial. En el *arrêt* "Textron"⁵⁶, por el contrario, se afirma el carácter estrictamente privado de las normas registradas por AFNOR y no homologadas. En ambas sentencias el Conseil d'État no refiere un criterio orgánico, sino funcional al examinar en cada caso cuáles son las facultades de que hace uso el organismo de normalización.

4. El concepto de regla técnica

Entre reglas técnicas y normas técnicas existe una indudable relación; las primeras constituyen una expresión genérica en la que, en cierto modo, se incluye a las segundas a modo de subcategoría. Conviene, sin embargo, destacar las diferencias existentes entre ambas. En la terminología normalizadora, (L)a "regla técnica" es una *determinación técnica reconocida por una mayoría representativa de expertos como exponente del "estado de la técnica"* ⁵⁷. En un sentido similar, en palabras de A. PENNEAU, se trata "*del comportamiento técnico apropiado, accesible al conjunto del cuerpo profesional a cuya aplicación alcanza, y que se corresponde con el estado de la técnica en el momento de la realización del acto*"⁵⁸.

4.1 La distinción entre regla técnica y norma técnica

La norma técnica supone la fijación escrita del contenido de la regla técnica mediante su sistematización por parte de los organismos de normalización. Como iremos advirtiendo tomamos aquí la acepción "norma técnica" en un sentido estricto –o institucionalizado si se prefiere-, el de aquella norma que proviene de algún organismo de normalización; no incluimos, pues, ni aquellas "normas" técnicas de empresa (las llamadas especificaciones de acceso público) ni, especialmente, aquellas instrucciones técnicas u otro tipo de normas o

⁵⁶ Conseil d'État, 17 de febrero 1992.

⁵⁷ Así, la norma EN 45020: 1993, apartado 1.5.

⁵⁸ Vid. A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989, pág. 105 nº 145.

especificaciones técnicas elaboradas desde la Administración⁵⁹ y cuya primera publicidad se encuentra en los boletines oficiales. Más adelante ahondaremos en el motivo de esta distinción que creemos necesaria en aras de una mayor claridad expositiva respecto al fenómeno de las normas técnicas.

Existen, no obstante, más criterios que ayudan a una mejor distinción entre regla y norma técnica. La de “regla técnica” es una expresión equivalente a la de *lex artis* o “regla del arte”, de uso frecuente en nuestra jurisprudencia al referir unos usos o convenciones que constituyen un criterio de valoración⁶⁰ que permite al juez establecer la responsabilidad ante determinadas acciones u omisiones profesionales. Efectivamente, el reconocimiento de las reglas del arte por jueces y Tribunales se ha desarrollado de manera significativa en aquellos oficios relacionados con el sector de la construcción y en el ámbito de la práctica médica.

La *regula artis* muestra también su operatividad en el ámbito contractual al servir para verificar y precisar el nivel de cumplimiento de una prestación⁶¹. De este

⁵⁹ Es, por ejemplo, el caso de las normas básicas de la edificación (NBE) y las demás reglamentaciones técnicas de obligado cumplimiento, mediante las cuales se establecen las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones. Las “NBE” se crean a partir de las previsiones contenidas en el Real Decreto 1650/1977 del Ministerio de la Vivienda, siendo definidas como “normas que, a partir del conocimiento científico y tecnológico, establecen las reglas necesarias para su correcta aplicación en el proyecto y ejecución de los edificios. Tienen como finalidad fundamental defender la seguridad de las personas, establecer las restantes condiciones mínimas para atender las exigencias humanas y proteger la economía de la sociedad”. La Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, prevé la sustitución o, en su caso, integración de las citadas normas básicas en el futuro Código Técnico de la Edificación (CTE) previsto en la Ley de ordenación de la edificación que debe aprobarse mediante Real Decreto antes de mayo de 2002. Véase J. SERRA MARIA-TOME, “El Código Técnico de la Edificación en la LOE”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, abril-mayo de 2000, págs. 49-66. Otro ejemplo de elaboración desde instancias administrativas de normativa técnica lo encontramos en el caso de la Comisión de Normas para Grandes Presas (CNGP), órgano creado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 15 de enero de 1959, con la misión de redactar las instrucciones técnicas para el proyecto, construcción y explotación de presas y embalses. La regulación actual de la CNGP se encuentra en la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 5 de octubre de 1999 que, entre otras funciones, atribuye a dicha Comisión la de proponer y elaborar las modificaciones de la Instrucción para el Proyecto, Construcción y Explotación de Grandes Presas y del Reglamento Técnico sobre Seguridad de Presas y Embalses.

⁶⁰ La sentencias son ciertamente abundantes, entre las más recientes la STS de 18.9.1999 (Ar. 6601/1999) destaca: “Dicha doctrina de la *lex artis ad hoc*, supone una norma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de sanación o curación médica total o parcial”. En este mismo sentido, las SSTS, de 11 de mayo de 1999 y 10 de octubre de 2000 (Sala Tercera).

⁶¹ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 157.

modo, cabe considerar que las reglas técnicas o reglas del arte van referidas al buen hacer⁶² de una profesión u oficio –especialmente, en los ámbitos del ejercicio médico y de la construcción; mientras, las normas técnicas tienen como objeto el resultado final de una prestación, cosa que se observa claramente cuando son ellas mismas quienes definen las características o requisitos de productos, prescindiendo, pues, de su proceso de elaboración.

Así, desde un punto de vista jurídico, la *lex artis* o *regula artis* impone a su destinatario no una obligación de resultado –trabajo resultado-, sino una obligación de medio –trabajo actividad-⁶³, esto es, de diligencia en el sentido del artículo 1104 Cc⁶⁴. Con independencia del resultado, la regla del arte tiene como finalidad probar que se ha actuado o se han puesto los medios para obrar con la diligencia debida⁶⁵. La norma técnica, por el contrario, responde a los esquemas

⁶² Expresiones tales como “buen actuar profesional” o “buen juicio profesional” son referidas indistintamente a la *lex artis*. Entre otras pueden verse las siguientes SSTs: 27.6.1986 (Ar. 4401/1986), 7.2.1990 (Ar. 668/1990), 20.1.1992 (Ar. 192/1992).

⁶³ Se trata en estos casos de desplegar una actividad diligente, conforme a la *lex artis* y con abstracción del resultado pretendido. Esta exigencia de diligencia es predicable, por ejemplo, tanto en el caso de médicos, como de abogados o preparadores de oposiciones ya que “cuando se acude a determinados profesionales que, por la configuración de su trabajo, no pueden garantizar la obtención de un resultado por mucha que sea su dedicación, diligencia y buen hacer, lo que se compromete por el arrendatario es, precisamente, el despliegue diligente de esa actividad pero sin que pueda comprometerse la consecución efectiva de aquel resultado. Así, el enseñante, maestro o preparador cumple su obligación desplegando la necesaria diligencia, conforme a la “*lex artis*”, sin que pueda serle exigido para liberarle de responsabilidad, el aprobado del alumno”, Sentencia de la Audiencia provincial de Cuenca, de 28 de octubre de 1998 (AC 7926/1998).

⁶⁴ El artículo 1104 *in fine* del Código civil refiere que “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. La no observancia de la debida diligencia por parte del profesional constituiría un caso de negligencia que le haría responsable en el sentido previsto por el artículo 1902 Cc. En este sentido la STS, de 19 de octubre de 1992 (Ar. 7524), en relación a un contrato de obra señala: “Porque si bien este contrato contempla más que una actividad, el resultado de esa actividad, y el mismo exige que el contratante realice su cometido, adecuadamente, de acuerdo a lo establecido en el contrato y conforme a la buena fe y a los usos profesionales (artículo 1258 del Código Civil) realizando la obra con la diligencia precisa (artículo 1104 del Código Civil), es decir según “*lex artis*” o pericia profesional (...)”.

⁶⁵ Así, por ejemplo, en la STS, de 1 de diciembre de 1995 (Ar. 9153/1995), siguiendo pronunciamientos anteriores, encontramos que: “(...) es al arquitecto a quien corresponde la elemental obligación de examinar el suelo y de prever, si no tiene la resistencia precisa, la ejecución de los trabajos de consolidación requeridos por el *arte de construir*. Los vicios del suelo son concebidos como una especie de los vicios del proyecto, y éstos comprenden todos los defectos técnicos de concepción y disposición que violan las *reglas del arte* o afectan de cualquier manera a la solidez, al destino o al uso normal del edificio” –cursiva nuestra-.

de una obligación de resultado, a una obligación determinada o a un fin concreto y preciso que, sin embargo, puede no alcanzarse.

El Derecho comunitario, por ejemplo, es bien consciente de esta distinción entre regla y norma técnica cuando en una de sus más destacadas Directivas de armonización técnica, la de máquinas⁶⁶, destaca entre las observaciones preliminares de su Anexo técnico que: *“Los requisitos esenciales de seguridad y de salud enunciados en la presente Directiva son imperativos. No obstante cabe la posibilidad de que, habida cuenta el estado de la técnica, no se alcancen los objetivos que dichos requisitos establecen. En tal caso, y dentro de lo posible, la máquina deberá diseñarse y fabricarse para acercarse a tales objetivos”*. Pues bien, esos requisitos esenciales de seguridad, cuya consecución es una obligación, tienen en las normas técnicas su instrumento privilegiado, ya que el cumplimiento de las mismas permite establecer en la máquina construida una presunción de conformidad con aquellos requisitos⁶⁷. Cabe, no obstante, la “posibilidad” de que la norma técnica se vea sobrepasada por el “estado de la técnica”. Es entonces cuando emerge la “regla técnica” en el deber que tiene el fabricante de tratar de “acercarse a tales objetivos –de seguridad-”. Es decir, en tal caso el fabricante deberá no sólo tomar en cuenta el dato objetivo del “estado de la técnica”⁶⁸, sino también las prácticas técnicas ya existentes para, haciendo uso de ellas con la debida diligencia, situar en el mercado una máquina segura.

Otro criterio distintivo respecto a las normas técnicas es que las reglas del arte no exigen una constatación escrita ya que, al tener un contenido evolutivo siempre

⁶⁶ Directiva 98/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 junio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas (versión codificada de la Directiva 89/392/CEE, de 14 de junio de 1989). En relación a esta importante Directiva téngase en cuenta la publicación de la Comisión Europea, La reglamentación comunitaria sobre máquinas (Comentarios sobre la Directiva 98/37/CE), Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1999.

⁶⁷ Artículo 5 de la Directiva 98/37/CE.

⁶⁸ El “estado de la técnica” viene definido como: “estado de desarrollo de una capacidad técnica en un momento dado, en lo que concierne a un producto, un proceso o un servicio, que se basa en los descubrimientos científicos, técnicos y experimentales pertinentes”, Norma EN 45020, apartado 1.4.

referido al estado de la ciencia y de la técnica de cada momento⁶⁹, existen al margen de toda formalización o sistematización. Por esta razón la concreción de la regla técnica plantea una constante inseguridad al encontrar su único intérprete dentro de la correspondiente comunidad cerrada de expertos. Pese a lo dicho, la regla técnica puede encontrarse también escrita. Efectivamente, el atributo de la escritura no es privativo de las normas técnicas, cuya publicidad veremos más adelante. Las reglas técnicas también pueden ser objeto de redacción al margen de cualquier repertorio de normas técnicas. Una regla técnica puede encontrarse, por ejemplo, tanto en un manual para ingenieros como verse impresa en las instrucciones para el montaje de productos o de uso en determinados aparatos. Aunque, bien es cierto, en muchos de estos casos la explicación oral se convierte en un elemento indispensable para ayudar a configurar la regla técnica (p. ej. visitantes médicos en utensilios de cirugía).

En conclusión, la regla técnica o *lex artis* ofrece unos contornos lo suficientemente nítidos que permiten diferenciarla de la norma técnica.

4.2 Eficacia jurídica de las reglas técnicas: ¿fuente del Derecho?

De acuerdo con lo que hemos observado en el apartado anterior, las reglas del arte no dejan de tener un valor imperativo⁷⁰ del que, en cambio, carecen las normas técnicas. La razón que explica la fuerza jurídica de la *regula artis* radica en que su aplicación se liga a principios generales del Derecho tales como la equidad⁷¹ y, muy especialmente, al mandato *neminem laedere*, uno de los

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 93.

⁷⁰ *Vid.* A. PENNEAU, *op. cit.*, págs. 182-183, nº 261 y pág. 215, nº 297.

⁷¹ Así, por ejemplo, la Ley 21/1990, de 19.12.1990, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados, prevé en su artículo 60.2 que: “Las tarifas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros y respetarán los principios de equidad y suficiencia fundados en las *reglas de la técnica aseguradora*” –cursiva nuestra-. Como advierte A. PENNEAU, “La referencia a la equidad no se entiende simplemente en la búsqueda de un equilibrio económico entre el valor de la prestación ofrecido por cada uno de los contratantes. La misma corresponde más profundamente a la idea de justicia conmutativa, a través de la cual se persigue la buena fe en la ejecución de las prestaciones. Así, la buena fe para el hombre del arte (*homme de l'art*) consiste en actuar como profesional competente o abstenerse de actuar”,

principios fundamentales que rigen la convivencia social y que expresa la nota máxima de la justicia⁷². En definitiva, las reglas técnicas tienen un valor jurídico superior al de las normas técnicas ya que el profesional debe hacer prevalecer el respeto a la *lex artis*⁷³ sobre el de una norma técnica, sea facultativa o incluso obligatoria por así establecerlo una norma jurídica⁷⁴.

La eficacia jurídica de las reglas técnicas constituye una realidad desde el momento en que autoridades normativas, por ejemplo los jueces, deciden tomarlas en cuenta en sus resoluciones. La cuestión radica entonces en si debemos considerar también a las reglas técnicas o *lex artis* como una fuente del Derecho, y, en caso afirmativo, si deben subsumirse dentro de alguna de las categorías clásicas, o bien se trataría de una nueva fuente del Derecho.

El término “fuente del Derecho” no tiene, ciertamente, un carácter unívoco, sino ambiguo y plural. Es más, el Código civil, en su conocido artículo primero, habla de “fuentes del ordenamiento jurídico español”. La sinonimia entre ambas expresiones parece obvia si atendemos a la rúbrica del Capítulo Primero del Título Primero que antecede al mencionado artículo 1.1 del Cc. Sin embargo, cabe señalar que la redacción actual del referido precepto opera tras la reforma del Título Preliminar en el año 1974. En este sentido, la introducción entonces de la expresión “ordenamiento jurídico” recogía una elaboración doctrinal⁷⁵ que

ibidem, pág. 183 nº 261. En suma, el cumplimiento o no con la *lex artis* no deja de plantear al juez un enjuiciamiento de conceptos indeterminados sin que, no obstante, ello signifique necesariamente una apreciación libre.

⁷² STS de 11 de octubre de 1990 (Ar. 7860/1990).

⁷³ Muy ilustrativa en este sentido resulta la STS de 13 de julio de 1999 (Ar. 5046/1999) en la que se dice: “las tareas laborales en las minas de carbón ofrecen clara y singular peligrosidad, muchas veces derivada de emergencias con resultado de muerte o de lesiones gravísimas en los operarios, dadas las contingencias inminentes y repetidamente acaecidas, de manera que la actividad preventiva ha de manifestarse aquí con mayor sensibilidad que en otros campos del trabajo, mediante la rigurosa adopción no sólo de las previsiones reglamentarias, sino de otras “ad hoc”, y, según la “*lex artis*”, en verdad, técnicamente imaginativas para evitar y reducir los efectos de los desfavorables acontecimientos de referencia”.

⁷⁴ Sobre el perfectamente posible conflicto entre la *regula artis* y la norma técnica, *vid.* A. PENNEAU, *op. cit.*, págs. 227 y ss.

⁷⁵ Se trata de la obra de la ya citada obra S. ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, traducida por los Profesores Lorenzo Martín-Retortillo y Sebastián Martín-Retortillo, de éste último hay un excelente estudio introductorio.

había obtenido carta de naturaleza tras ser recogida en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1956⁷⁶.

Ante todo, cabe reconocer que algunas reglas técnicas pueden ser fuente del Derecho cuando son reconocidas por un órgano legislativo competente mediante ley o reglamento. Sin embargo, este supuesto no plantea ningún tipo de problema ya que la regla técnica es objeto y forma parte del contenido de la norma jurídica. Cosa diferente sucede cuando debemos plantearnos si la regla del arte puede ser equiparada a la costumbre o al uso. A diferencia de la norma técnica, en este caso sería posible aceptar inicialmente la consideración de la regla técnica como norma consuetudinaria. Sin embargo, las posibilidades reales para ello son reducidas. Efectivamente, en primer lugar, cabe observar la poca o nula aplicación que encuentran las reglas técnicas no “codificadas” o, en otras palabras, no escritas. Por el contrario, como se ha dicho, acostumbran a recogerse en textos de diversa índole. Esta realidad, y en segundo lugar, hace que las reglas técnicas puedan ser –al igual que las normas técnicas- objeto de alteración para su adecuación al estado de la técnica, característica que no cabe predicar de la costumbre. Más compleja se presenta la asimilación de la regla técnica al uso, y más concretamente al uso de hecho, cuyo origen convencional en un determinado marco profesional hace posible su aplicación obligatoria entre un determinado colectivo. Ciertamente, los usos comerciales o profesionales encuentran la razón de su aplicabilidad en la nota del consenso; nota que, en cambio, no sería extensible a las reglas técnicas⁷⁷. Ello, no obstante, no impide su consideración como usos técnicos que permiten la concreción de obligaciones contractuales⁷⁸.

⁷⁶ “Y refiere –la Ley- la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas sino que se extiende a los principios y normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones”.

⁷⁷ Vid. A. PENNEAU, *op. cit.*, pág. 99.

⁷⁸ *Ibidem*. En el mismo sentido P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht, op. cit.*, pág. 367.

CAPÍTULO IV

LA REMISIÓN DESDE EL DERECHO AL ORDENAMIENTO DE LA TÉCNICA

1. La técnica del reenvío entre ordenamientos

Como se ha señalado, la norma técnica puede alcanzar significación jurídica cuando desde una norma del ordenamiento jurídico se hace a aquélla objeto de remisión. Esta posibilidad es frecuentemente usada tanto por el derecho técnico como por el derecho ambiental. Ello supone que mediante la remisión desde normas jurídicas el contenido de normas provenientes de organizaciones privadas adquiere los atributos de validez y eficacia.

Este tema ha sido objeto de especial atención en estos últimos años por parte de los administrativistas españoles⁷⁹. La razón de este tratamiento obedece de modo principal a la relevancia adquirida en nuestro ordenamiento por las normas técnicas a partir de la política comunitaria de armonización técnica del llamado “nuevo enfoque” –objeto de estudio en la Parte Tercera-. La adaptación de la legislación española a las previsiones europeas se ha dejado sentir de manera especial en la regulación industrial. En ese ámbito las reglamentaciones administrativas han dejado, en buena medida, de contener complejas prescripciones técnicas –que en su literalidad y amplia extensión consumían numerosas páginas de los boletines oficiales- para limitarse a declarar unas cláusulas generales de seguridad que encuentran su concreción a partir de la remisión que se realiza a las normas técnicas privadas. La ventaja más evidente que ofrece la aplicación de este planteamiento es la de garantizar una constante adaptación de la norma jurídica al estado de la técnica, mediante el uso, por parte

⁷⁹ Especialmente, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 153 y ss.; V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, op. cit., pág. 181 y ss.; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la Seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 393 y ss.; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 245 y ss.

principalmente de normas reglamentarias, de cláusulas remisorias. Cabe señalar que este fenómeno no es en absoluto novedoso, las remisiones, principalmente desde reglamentos, a normas de origen privado han existido desde hace décadas⁸⁰. Lo que resulta nuevo es la generalización de esas remisiones y la eficacia que con ellas ganan las normas técnicas privadas. Por este motivo no es de extrañar que las objeciones hechas por los juristas a este tipo de normas radiquen principalmente en los problemas constitucionales de legitimación y legalidad que, como ha destacado ESTEVE PARDO, plantea la atribución desde el ordenamiento jurídico de eficacia vinculante a las normas técnicas privadas⁸¹.

2. La regulación de la técnica por el ordenamiento jurídico: principio de legalidad y reglamento independiente

El resquemor de los publicistas ante la norma técnica deriva principalmente de su incompatibilidad con uno de los principios básicos del Estado de Derecho: el principio de legalidad. En términos generales, la importancia de este principio, objeto de garantía constitucional (art. 9.3 CE), radica en que cualquier actuación de la Administración exige que se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico⁸². Siguiendo a DE OTTO, la palabra legalidad no designaría sólo a la ley, “*sino a todas las normas, incluidos los reglamentos*”, con lo cual el principio de legalidad comportaría el reconocimiento del principio de juridicidad. Lo que importa, pues, es que la actuación administrativa esté vinculada por el ordenamiento jurídico. Este planteamiento, perfectamente sintetizado y

⁸⁰ Como advierte IZQUIERDO CARRASCO, en la primera mitad del siglo XX se encuentran remisiones a documentos técnicos elaborados por entidades de prestigio, por regla general extranjeras, y que no necesariamente eran organismos de normalización. Este mismo autor refiere una Real Orden de 10 de febrero de 1931 en la que se disponía la adopción “como reglamento para los ensayos estáticos de prototipos de avión el Reglamento para la Construcción y Clasificación de Aeronaves en la parte relativa a ensayos del Bureau Veritas, Sociedad Internacional de Registros y Clasificación de Navíos y Aeronaves”, así como la Orden de 28 de octubre de 1941 (BOE de 1 de noviembre), en la que se establecía: “sólo podrán usar la denominación de productos puros químicamente considerados los que cumplan las normas de pureza redactadas y recomendadas por el Comité de reactivos para análisis de la American Chemical Society, que se adopten como normas para su aplicación en España”, en *La seguridad de los productos industriales*, op. cit., pág. 246 en nota.

⁸¹ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 169.

⁸² Vid. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pág. 157.

compartido por TORNOS⁸³, supone un examen de la relación entre ley y reglamento a la luz de la Constitución⁸⁴, ya que ella, afirma el antes citado constitucionalista, “*regula el proceso de creación jurídica atribuyendo los correspondientes poderes a unos u otros sujetos y determinando el valor respectivo de las normas que esos sujetos crean*”⁸⁵. La tesis expuesta por el profesor DE OTTO al identificar el principio de legalidad con el principio de juridicidad ofrece, sin duda, una nueva visión respecto al ejercicio de la potestad normativa por el poder ejecutivo. Aquélla derivaría de la propia Constitución a partir de lo previsto en el artículo 97, sin que, por tanto, la potestad reglamentaria deba identificarse únicamente con la función de ejecución de las leyes⁸⁶. Esto viene a suponer que la actuación administrativa puede encontrar su norma habilitante en el reglamento, el cual a su vez no actúa exclusivamente en virtud de habilitación legal, ésta sólo sería exigible en aquellas materias en las que la Constitución ha establecido expresamente la reserva de ley⁸⁷.

Esta interpretación permite considerar de modo plenamente ajustado al marco constitucional la existencia del reglamento independiente⁸⁸ más allá del ámbito doméstico de la Administración, concretamente en sectores cuya regulación ofrece una alta complejidad técnica y para los que la ley no resulta el instrumento

⁸³ Vid. J. TORNOS MAS, “El principio de legalidad en la doctrina jurídica española”, *Diritto Pubblico*, núm. 1, CEDAM, 1995, pág. 67.

⁸⁴ Vid. J. TORNOS MAS, “La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *RAP*, núm. 100-102, págs. 471-505.

⁸⁵ Vid. I. DE OTTO, *Derecho constitucional, op. cit.*, pág. 83.

⁸⁶ Vid. J. TORNOS MAS, “El principio de legalidad...”, *cit.*, pág. 66.

⁸⁷ Art. 23 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

⁸⁸ Así, según TORNOS, “(E)l ámbito del reglamento independiente son las materias no reservadas constitucionalmente a la ley y no asumidas por el legislador a través de la técnica de la congelación del rango”, añadiendo “(L)a discusión doctrinal tiene un claro punto de referencia en la posición de la jurisprudencia. En relación a esta cuestión la doctrina del Tribunal Supremo es concluyente: debe reconocerse la existencia del reglamento independiente en el ordenamiento jurídico español. Así, puede citarse como resumen de la posición del Tribunal Supremo la Sentencia de 18 de marzo de 1993, Sala tercera, Ar. 1772, en la que se sienta la siguiente doctrina: “hoy no debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquel que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución) y que permite, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado pueda aparecer”, “El principio de la legalidad.....” *cit.*, págs. 74 y 75.

normativo adecuado. En este sentido, por ejemplo, la habilitación al Gobierno contenida en el artículo 12.5 de la Ley de Industria⁸⁹ sería fruto no de una exigencia constitucional, sino de una opción del legislador, dado que, en todo caso, el reconocimiento de una potestad normativa autónoma del Consejo de Ministros⁹⁰ respecto a reglamentaciones técnicas no estaría, en nuestra opinión, vedada constitucionalmente⁹¹. Es cierto, sin embargo, que la aprobación de la Ley de Industria habría dado respuesta a los planteamientos prácticamente

⁸⁹ “Los Reglamentos de Seguridad Industrial de ámbito estatal se aprobarán por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre industria, puedan introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio”. La existencia de este precepto daría respuesta a quienes, de forma unánime, exigen una habilitación legal para la aprobación de los reglamentos de seguridad por el Gobierno. En este sentido, ALVAREZ GARCIA, escribe: “(L)a regulación que la Ley de Industria hace de la seguridad industrial contiene, en mi opinión, la cobertura legal mínima necesaria exigible para que puedan dictarse válidamente reglamentos técnicos de seguridad sin que éstos violen el principio de reserva de Ley...”, *La normalización industrial, op. cit.*, pág. 264 y págs. 113-122. Postura contraria es la mantenida por CARRILLO DONAIRE quien considera que “la Ley de Industria se limita a listar el elenco de previsiones que han de contener los citados Reglamentos, pero no aporta dato alguno de cómo han de materializarse, con qué contenido mínimo, qué garantías han de observarse, ni qué efectos conllevan en cada caso”, concluyendo que “(M)ás bien pudiera decirse, a tenor de la inconcreción legal que gobierna la materia, que donde verdaderamente opera la reserva de ley que pretende cumplimentar la LI es en lo que calla, más que en lo que dice. Ciertamente, el único en el que existe un parámetro cierto con el que contrastar la legalidad de los Reglamentos de Seguridad es en el de los posibles contenidos de los mismos a los que no se refiere la LI, hasta el punto de poder afirmar que la reserva se cumplimenta aquí de forma más efectiva por omisión que por provisión legislativa”, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial, op. cit.*, págs. 331-332. Este autor aborda un exhaustivo examen sobre la potestad reglamentaria y sus presupuestos legitimadores en la materia de seguridad industrial (págs. 314-338).

⁹⁰ De acuerdo con el art. 1.3 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, “(L)os miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros (...)”, y según el art. 5.1 “(A)l Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde: h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan”.

⁹¹ En este sentido la STS de 29 de octubre de 1985 (Ar. 5328), en la que se reconoce “la sola existencia de los reglamentos es indicativa de su necesidad en la Constitución española (Art. 97); necesidad que se acrecienta cuando, como en este Real Decreto sucede, se trata de una auténtica *regla técnica*, alejada de los conocimientos de la mayoría de los componentes de las Cámaras legislativas (...)”, añadiendo “que existen materias, como en las técnicas..., en las que se puede pensar con todo el convencionalismo que se quiera, en una *materia reservada al reglamento*” –cursiva entrecorrida en el texto-. Esta sentencia es comentada por BAÑO LEON quien critica el razonamiento del TS alegando que prescinde del principio de reserva de ley, cuyo respeto es posible acudiendo a la técnica de la remisión de carácter general. “Ninguna razón hay –expone este autor- para que el legislador no pueda prever al menos para el futuro las garantías básicas de estas normas. El hecho de que no exista ninguna ley que regule el régimen jurídico básico de unas normas con clara incidencia en la actividad económica general del país es el mejor argumento para esperar que el legislador sea en futuro más sensible y regule esta cuestión”, en *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, op. cit.*, pág. 214. La solicitud hecha por este autor de una ley previa que legitimase los reglamentos técnicos encontraría su respuesta en la posterior Ley 21/1992, de Industria.

unánimes que desde la doctrina venían exigiendo la necesidad de una disposición legal que autorizase al Gobierno a imponer las limitaciones que implican los reglamentos de seguridad. Ahora bien, no es menos cierto que la existencia formal de las previsiones contenidas en la mencionada ley (especialmente en sus artículos 12 y 13) no llegan a alcanzar relevancia sustantiva. Con ellos queremos significar que la aprobación de la Ley de Industria no ha supuesto a efectos prácticos ninguna novedad en relación a la situación anterior, sino el de habilitar una remisión reglamentaria⁹² que será, en verdad, donde se contendrá toda la regulación de seguridad industrial⁹³.

La legitimación del Gobierno en el ejercicio de la *potestas normandi* supondría que el reglamento técnico –aprobado mediante Real Decreto– es el título habilitante de otros actos jurídico-administrativos de naturaleza normativa y también de contenido técnico, como pueden ser las órdenes ministeriales. En este sentido, los diferentes tipos de reglamentaciones técnicas (instrucciones técnicas⁹⁴, normas básicas de la edificación⁹⁵, reglamentaciones técnico-

⁹² En este sentido conviene considerar la clasificación que M. REBOLLO PUIG realiza de los reglamentos en relación a la ley. Este autor distingue cuatro categorías distintas: a) reglamento complementario y habilitado; b) reglamento complementario espontáneo; c) reglamento remitido o delegado; d) reglamento independiente. Dicha clasificación atiende a dos criterios diferentes, por un lado, según cuenten o no con una habilitación legal expresa; por otro, según su contenido material sea desarrollo de la regulación contenida en la ley o no. Así, el reglamento remitido o delegado es definido como aquél “habilitado por la ley, pero cuyo contenido no desarrolla una previa regulación de aquélla que se limite a remitir la ordenación material al futuro reglamento”, en “El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado”, *Documentación Administrativa*, núm. 244-245, 1996, pág. 175.

⁹³ En este sentido, CARRILLO DONAIRE reconoce que en materia de seguridad industrial el grado de vinculación entre ley y reglamento se reduce al mínimo, pudiendo hablarse de reglamentos “enganchados” a aquélla en virtud de la especialidad eminentemente técnica de la materia. Así, concluye, “en esta materia, la ley no atiende a un criterio de máxima previsibilidad normativa, sino a la visión más flexibilizada del principio de reserva”, en *El Derecho de la seguridad...*, *op. cit.*, pág. 327.

⁹⁴ Bajo la denominación de “Instrucciones Técnicas Complementarias” (ITC) se encuentran una serie de reglamentaciones sobre determinados productos e instalaciones industriales. Las ITC, propuestas por el Ministro competente, acostumbran a constar como anexo en el Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Por ejemplo, la ITC MI-IP 03 “Instalaciones petrolíferas para uso propio”, aprobada por el RD 1427/1997, de 15 de septiembre; la ITC MIE-APQ-006, “Almacenamiento de líquidos corrosivos”, aprobada por el RD 1830/1995, de 10 de noviembre. Existen también instrucciones técnicas bajo la mera denominación de Instrucciones, es el caso de la Instrucción para el proyecto y la ejecución de forjados unidireccionales de hormigón armado o pretensado (EF-96), aprobada por el RD 2608/1996, de 20 de diciembre.

⁹⁵ La Normas Básicas de la Edificación (NBE) fueron creadas por el RD 1650/1977 del Ministerio de la Vivienda y son definidas como “normas que, a partir del conocimiento científico y

sanitarias⁹⁶) son aprobadas por el Gobierno mediante un Real Decreto en el que se acostumbra a autorizar⁹⁷ que el Ministro competente pueda, a través de una Orden⁹⁸, modificar o actualizar su contenido⁹⁹. Esta delegación¹⁰⁰ o habilitación del Gobierno a órganos inferiores –concretamente Ministros- para la elaboración de reglamentaciones técnicas plantea por parte de la doctrina otro grave escollo, al considerarse que las habilitaciones hechas a los Ministros en los reglamentos técnicos aprobados por el Gobierno superan con creces los límites de la potestad

tecnológico, establecen las reglas necesarias para su correcta aplicación en el proyecto y ejecución de los edificios. Tienen como finalidad fundamental defender la seguridad de las personas, establecer las restantes condiciones mínimas para atender las exigencias humanas y proteger la economía de la sociedad". La aprobación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE) ha supuesto la aplicación transitoria de las NBE hasta la aprobación por el Gobierno, prevista en mayo de 2002, del Código Técnico de la Edificación (CTE), marco normativo que establecerá las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones (Disposición Final segunda en relación con el artículo 2, apartados 1.b) y 1.c) de la Ley. Esta misma Disposición enumera un total de siete NBE –p. ej. NBE FL-90 "Muros resistentes de fábrica de ladrillo"- que seguirán aplicándose hasta la aprobación del CTE). El CTE tendrá carácter de legislación básica y deberá actualizarse periódicamente conforme a la evolución de la técnica y las demandas de la sociedad. Con carácter general, véase J. GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000; J. SERRA MARIA-TOME, "El Código Técnico de la Edificación en la LOE", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, abril-mayo 2000, págs. 49-66.

⁹⁶ Por ejemplo, la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Lejías aprobada por el RD 3360/1983, de 30 de noviembre.

⁹⁷ Sobre el carácter equívoco que ofrece el uso del término "autorización" en relación a la habilitación reglamentaria, véase R. MARTIN MATEO, "La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias. Su contraste con la Ley Orgánica del Estado", *RAP*, núm. 51, 1966, págs. 324-325.

⁹⁸ Sobre la potestad reglamentaria de los Ministros, véase J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 760; E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, pág. 178. En ambos casos, se afirma que la potestad reglamentaria de los Ministros precisa de una habilitación especial por parte del titular primario y general de la misma que es el Gobierno. Más concretamente, los últimos autores citados consideran que "no es una potestad reglamentaria general (que el art. 97 de la Constitución reconoce sólo al Gobierno), sino una facultad necesitada en cada caso de una habilitación especial".

⁹⁹ Así, la Disposición Final segunda del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (ITE), aprobado mediante el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, establece que: "Se autoriza a los Ministros de Industria y Energía y de Fomento para que, conjuntamente, o en el ámbito de sus respectivas competencias dicten las disposiciones necesarias (...) para la actualización y revisión de las Instrucciones Técnicas Complementarias ITE".

¹⁰⁰ Véase V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, op. cit. págs. 168-171. Este autor considera que a tenor de lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Industria se "atribuye la competencia para adoptar los reglamentos técnicos en materia de seguridad industrial al Gobierno sin contener ninguna cláusula habilitante para poder subdelegar fuera de él esta competencia. Por ello –añade-, toda subdelegación normativa del Gobierno a cualquier sujeto distinto de él mismo es ilegal. Es ilegal una habilitación por el Gobierno a un Ministro (...)", pág. 171 (reproducido en su trabajo "La capacidad normativa de los sujetos privados", *REDA*, núm. 99, 1998, pág. 359).

reglamentaria ministerial. En este sentido, se afirma, que el reconocimiento de una potestad reglamentaria ejecutiva sólo corresponde al Consejo de Ministros y no cabe deferir la misma en otros órganos. Sólo en el caso de que fuera el legislativo quien expresamente hubiera previsto esa delegación normativa podría aceptarse una regulación reglamentaria *per saltum* que obviara el primer escalón jerárquico de las disposiciones generales de la Administración¹⁰¹. Más matizadamente, IZQUIERDO CARRASCO, admite que la atribución de potestad reglamentaria a los Ministros puede ser tanto por ley como por reglamento aprobado por el Consejo de Ministros. De todos modos, reconoce este autor, deberá examinarse caso por caso el cómo, cuándo y sobre qué materias van a ejercer los Ministros esa potestad reglamentaria habilitada¹⁰².

La controversia en torno al alcance de la habilitación reglamentaria hecha por el Consejo de Ministros a órganos inferiores se produce especialmente al tratar de definir su alcance. Así se argumenta que en el caso de una orden ministerial existiría una ausencia de legitimidad si aquella tuviese una eficacia vinculante *ad extra* (p. ej. una reglamentación técnica obligatoria para el fabricante de un determinado producto). En nuestra opinión, sin embargo, la habilitación mediante Real Decreto a una norma reglamentaria de rango inferior para la definición o establecimiento de prescripciones técnicas no sólo no nos parece legítima, sino necesaria. Los diferentes mandatos constitucionales que definen el modelo de Estado social y democrático no pueden alcanzar plena eficacia si el marco de actuación administrativa se ciñe únicamente a legitimidad jurídica. Como bien advierte TORNOS, “(E)l Estado social de derecho impone una legitimidad no exclusivamente legal o jurídica, sino también de resultados. La ley, o en sentido más amplio, el ordenamiento, no agota toda la legitimación de la actividad Administrativa”¹⁰³. Así, en lo que respecta al establecimiento de regulaciones técnicas importa más la audiencia y participación de los sectores afectados que el

¹⁰¹ Véase J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, op. cit., págs. 336-337.

¹⁰² Véase M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales*, op. cit., pág. 212.

¹⁰³ Vid. J. TORNOS MAS, “El principio de legalidad en la doctrina jurídica española”, cit., pág. 89.

rango o procedencia de la norma en que se contienen las especificaciones técnicas. Es más, como se verá en el siguiente apartado, en el ámbito de la técnica la pretendida legitimidad se encuentra, en todo caso, extramuros del ordenamiento jurídico. Por este motivo, no deja de ser algo absurdo mantener por parte de los juristas una rigidez ordenancista y aceptar, en cambio, el reenvío a normas técnicas privadas. En nuestra opinión, la necesidad de una reserva de ley en lo que atañe a los reglamentos técnicos podría resultar una exigencia lógica en un contexto de absoluto monopolio jurídico-normativo-estatal en la definición de prescripciones técnicas¹⁰⁴, pero no cuando éstas no son exclusivas del ordenamiento jurídico. Y esta es la situación actual que, además, va acompañada de una progresiva disolución del carácter coactivo de las reglamentaciones técnicas. Efectivamente, esas reglamentaciones tienden en la actualidad no a una obligatoriedad, sino a lograr una adopción voluntaria por parte de sus destinatarios, para quienes el seguimiento de las reglamentaciones técnicas significa una presunción de cumplimiento con las cláusulas generales contenidas en los reglamentos técnicos elaborados por el Ejecutivo¹⁰⁵. En ese nuevo modelo dejarían de existir *de iure* unas limitaciones que exigiesen la reserva de ley y la interdicción de una degradación normativo-jurídica en cuestiones técnicas.

¹⁰⁴ Ello no excluye, por supuesto, que los reglamentos en los que se contengan especificaciones técnicas no deban seguir el procedimiento tipo de elaboración de disposiciones generales. Debe, pues, respetarse el principio de audiencia y participación de aquellas organizaciones o asociaciones que preceptivamente deban ser oídas en el trámite de elaboración de disposiciones generales. Sin embargo, corresponde en todo caso a la Administración elegir la opción técnica que considere más idónea. Decisión ciertamente discrecional en la que el control judicial no puede extenderse más allá de un examen conforme a las reglas de la sana crítica, en el que no deben confundirse imprecisiones técnicas con vicios de legalidad. En este sentido la STS de 22 de enero de 1998 (Sala 3ª. Ar. 916) dice: "(E)n el ejercicio del poder de control atribuido a los Tribunales (art. 106. 1 de la CE) sobre la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad administrativa –por supuesto, incluida en esta última la actividad discrecional- no cabe, cuando de cuestiones exclusivamente técnicas se trata, sustituir el criterio de la Administración por el que la recurrente propugna con fundamento en unas consideraciones que, repetimos, no han demostrado la existencia de vicios de forma o fondo en las normas impugnadas".

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, la Orden del Ministerio de Industria, de 24 de julio de 1992, que modifica la Instrucción Técnica Complementaria MI BT 026 del Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión, se establece que contra el riesgo de explosión o inflamación que suponen los materiales eléctricos podrán aplicarse, entre otros, el siguiente modo de protección: - Inmersión en aceite "o": normas UNE 20326-70 y UNE 21-815-89, y alternativamente EN 50015, primera edición, de marzo de 1977, con enmienda de julio de 1979, o CEI primera edición de 1968.

3. La regulación de la técnica por el ordenamiento de la técnica: la remisión desde el ordenamiento jurídico

En un reciente trabajo MONTORO CHINER reconoce, con carácter general, que las remisiones forman parte de la técnica legislativa habitual; *“pueden no ser deseadas pero son ineludibles”*¹⁰⁶. Añade esta autora que algunas remisiones *“se encuentran en la denominada “zona límite del Derecho”, puesto que su conocimiento es desvelable tan sólo a través de reglas de experiencia, de informes de científicos o de expertos. Casi no puede dárseles el nombre de Derecho y están más cercanas a la Administración que al propio legislador”*¹⁰⁷. La cita nos sirve a modo introductorio para poder constatar dos cosas: en primer lugar que el imperio del Derecho ya no es efectivo en términos absolutos¹⁰⁸; y, en segundo término, corresponde a la Administración articular el modo en que se realiza esa remisión allende del ordenamiento jurídico y las estructuras propias del Estado de Derecho. El fenómeno de la remisión por normas jurídicas a las normas técnicas elaboradas por los organismos privados de normalización plantea las dos cuestiones descritas.

La remisión por normas jurídicas a normas técnicas se justifica por varias razones, entre ellas destaca la imposibilidad administrativa de adecuar al estado de la técnica el conjunto de reglamentaciones técnicas, es decir de evitar el desfase de la reglamentación. Ello justifica el recurso a conocimientos externos y, en concreto, a las normas técnicas elaboradas por organismos de normalización que pese a su naturaleza privada gozan también, de muy diversas maneras, de un reconocimiento público. La remisión a la norma técnica tiene, pues, por finalidad lograr la integridad de la norma jurídica o, dicho de otro modo, la norma técnica tiene un carácter completivo de la norma jurídica.

¹⁰⁶ M^a. J. MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, Atelier, 2001, pág. 56.

¹⁰⁷ *Ibidem*, págs. 56-57.

¹⁰⁸ En este sentido, véase X. ARBOS MARIN, “La crisis de la regulación estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, págs. 259-280. Con todo este autor afirma el carácter decisivo de la norma jurídica estatal ya que “mantiene fuerza suficiente como para determinar si son aceptables otras formas de regulación”, pág. 260.

La técnica jurídica del reenvío¹⁰⁹ es la que con propiedad nos permite estudiar lo que con carácter general viene en llamarse remisión legal –ley o, principalmente, reglamento- a normas técnicas. En aquélla se distingue entre el reenvío material o recepticio y el reenvío formal o remisión. El primero se caracteriza por incorporar la norma reenviada a la norma reenviante como si se tratase de una norma propia. Por este motivo, con total acierto, MARBURGER considera que en este caso nos encontramos ante una “abreviatura técnico-legislativa”¹¹⁰. En la práctica el reenvío recepticio supone que el reglamento hace remisión a una determinada versión de la norma técnica¹¹¹, prescindiendo de las nuevas versiones que en su caso pudiese realizar el organismo de normalización. Diferente es, en cambio, el caso del reenvío formal o remisión, en el que una norma remite a lo dispuesto en otra ya existente. Aquí, la norma reenviante asume el contenido de la norma reenviada no en un sentido material, sino formal.

¹⁰⁹ Un tratamiento más extenso sobre la técnica del reenvío puede verse también en el apartado 5.2.1 de la Parte Tercera.

¹¹⁰ Concretamente, una “gesetzgebungstechnische Abbeviatur des Normtextes”, *vid.* P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, *op. cit.*, pág. 387; también B. SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en el Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo III, 1994, pág. 320.

¹¹¹ Por ejemplo, el RD 3360/1983, de 30 de noviembre, mediante el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Lejías, establece en su Anejo I que los métodos analíticos para la determinación del cloro activo y la alcalinidad total serán los previstos en la norma UNE 55-528-77, parte I y III, y VI, respectivamente. Entendiendo a que las dos últimas indican el año de aprobación por el organismo de normalización, las posibles posteriores modificaciones de la norma técnica no incidirían en el contenido de la norma reglamentaria a menos que hubiera una posterior modificación de esta última. Otro ejemplo sería el de la Instrucción Técnica Complementaria MI-BT 044 del Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión; la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 30 de septiembre de 1980 (*BOE* de 17 de octubre), estableció como de obligado cumplimiento, entre otras, la norma UNE 20-315-79, referente a bases de toma de corriente y clavijas para usos domésticos y análogos, incluyéndola en la relación de normas de la citada ITC. Posteriormente, en diciembre de 1994, AENOR aprobó la UNE 20-315-94, que introdujo significativas mejoras en relación a la versión precedente. Sin embargo, no fue hasta la Orden de 22 de noviembre de 1995 (*BOE* de 4 de diciembre) cuando se adaptó al progreso técnico la referida ITC, incorporándose la nueva versión de la norma UNE. Con carácter general la relación de normas UNE contenidas en reglamentos técnicos aprobados mediante RD son actualizadas mediante Orden del ministerio competente (p. ej. la Orden del Ministerio de Fomento, de 5 de julio de 1996 (*BOE* de 25 de julio), por la que se actualiza el apéndice de “Normas UNE de Referencia” del anejo del Real Decreto 1572/1990, de 30 de noviembre, que aprueba la norma básica de la edificación NBE QB-90 “Cubiertas con materiales bituminosos”). Los últimos casos descritos serían considerados por IZQUIERDO CARRASCO no como un supuesto de reenvío material o recepción, sino de reenvío formal sometido a previa aceptación. La justificación ofrecida por este autor radica en que de este modo se “simplificaría la calificación de la naturaleza jurídica de este tipo de resoluciones”, en *La seguridad de los productos industriales*, *op. cit.*, pág. 251.

Es decir, la norma reenviante asume en el momento de su aprobación el contenido presente de la norma reenviada, pero también el que ésta pueda tener en el futuro.

En síntesis, los dos casos descritos permiten distinguir entre 1) el reenvío estático o recepticio de la norma técnica, y 2) el reenvío dinámico o remisión a la norma técnica. Junto a este tipo de reenvío de carácter directo existiría también 3) el reenvío indirecto a normas técnicas que actuaría a partir de la remisión mediante cláusulas generales contenidas en la norma jurídica.

En todos estos supuestos opera una auténtica relación entre dos ordenamientos distintos: por un lado, el ordenamiento jurídico; por otro, el ordenamiento de la técnica¹¹². Ambos, conviene advertirlo, dotados de su propia sistemática y fuentes de legitimidad.

3.1 La remisión directa al ordenamiento de la técnica

Según hemos señalado la conexión entre la norma jurídica y la norma técnica puede ser mediante un reenvío directo que, en atención a su alcance, permite distinguir entre el reenvío recepticio y la remisión. Ambos ofrecen unas particularidades que parcialmente ya hemos señalado, ahora conviene observar su admisibilidad desde los postulados del Estado democrático y de Derecho. Debemos advertir que establecida de antemano la inclusión de la remisión como un supuesto de reenvío en lo que sigue haremos uso preferente del término “remisión” por su aceptada generalización.

¹¹² J. ESTEVE PARDO observa la pretendida configuración de un ordenamiento o paraordenamiento de la técnica al que, ciertamente, no son ajenas las instancias públicas nacionales y europeas, *vid. Técnica, riesgo y Derecho, op. cit.*, pág. 163. En este sentido, IZQUIERDO CARRASCO reconoce también la existencia y relación entre dos ordenamientos a los que, sin embargo, atribuye carácter jurídico. La razón estriba en el apropiado seguimiento que este autor realiza de la doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano, considerando que el ordenamiento de las entidades de normalización es de carácter jurídico y, en buena parte, derivado del ordenamiento estatal, *ibidem*, pág. 258. En nuestra opinión existe, sin embargo, un auténtico ordenamiento de la técnica, dotado de sustantividad propia y cuya relación con el ordenamiento jurídico se fundamenta en interacciones recíprocas.

3.1.1 *El reenvío estático o recepticio a la norma técnica: el problema de la publicidad normativa*

La remisión estática o nominada¹¹³ consiste en una técnica de recepción de la norma técnica por parte de la norma jurídica. Así, la norma técnica resulta explícitamente designada e identificada por sus datos externos (su título y número, año de aprobación o edición). Como se ha señalado, la fijación de la norma técnica comporta que las posteriores modificaciones de la normas no son aplicables si no se recogen en la norma jurídica. La bondad de este sistema de remisión consiste en su a priori admisibilidad constitucional. En cambio, plantea el problema de una más que segura obsolescencia de la norma jurídica ante el desarrollo técnico si no se procede a una atenta actualización de la remisión a la nueva versión de la norma técnica.

Desde el Derecho existe, sin embargo, una importante objeción a este tipo de remisión consistente en la ausencia de publicación oficial del contenido de la norma técnica. Efectivamente, el tipo de remisión que tratamos supone que la norma jurídica publicada en el correspondiente boletín oficial se limita a publicitar la referencia de la norma técnica, es decir, no reproduce o publica su contenido.

El requisito de publicidad de las normas está garantizado constitucionalmente en el artículo 9.3 CE y es requisito para su eficacia jurídica (arts. 1.5 y 2.1 Cc.; art. 52.1 LRJPAC; y art. 24.4 de la Ley 50/1997, del Gobierno). La publicidad, según ha señalado SAINZ MORENO, presupone la publicación de la norma pero, además, implica su efectiva divulgación por cualquier medio adecuado para ello¹¹⁴. En este

¹¹³ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., págs. 173-174.

¹¹⁴ Vid. F. SAINZ MORENO, "La publicidad de las normas", en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al Profesor J. González Pérez)*, vol. I, Madrid, Civitas, 1993, pág. 122. En distintos términos, BAÑO LEON considera que: "(P)ublicidad de las normas no significa otra cosa que hacerlas públicas, es decir que no sean secretas o desconocidas. Lo importante, pues, no es la publicación en el BOE o Boletín de la Comunidad Autónoma, sino buscar mecanismos que aseguren la publicidad idónea según quiénes sean los destinatarios de la norma", en "La potestad normativa de las Universidades", AA.VV, *Tercer Curso sobre Régimen Jurídico de las Universidades Públicas*, Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, 1995, págs. 51-52. La argumentación de este autor nos parece muy adecuada en lo que atañe a la publicidad de las normas técnicas, ya que en el

sentido, la no íntegra publicación del contenido de la norma técnica ha sido denunciado por diferentes autores como una infracción del citado precepto constitucional¹¹⁵, concluyendo que no pueden imponerse de manera general normas que no han sido publicadas¹¹⁶. La contundencia de esta afirmación obliga a tomar en consideración una serie de elementos.

En primer lugar cabe advertir que, a diferencia de las normas jurídicas¹¹⁷, las normas técnicas elaboradas por los organismos privados de normalización estarían protegidas por los derechos de propiedad intelectual¹¹⁸, circunstancia

caso de las normas UNE existe esa publicidad idónea que permite su pleno conocimiento por los destinatarios de la norma.

¹¹⁵ ALVAREZ GARCIA, lo apunta en su trabajo "Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes", *RAP*, núm. 147, 1998, págs. 332-336. Advierte esta autor como "(E)l hecho de que las normas técnicas a las que se remiten las reglamentaciones no sean publicadas oficialmente, sino tan sólo de manera privada, no ha parecido, sin embargo, obstar para que su contenido técnico sea convertido en obligatorio por las reglamentaciones, al menos en la práctica habitual" (pág. 335). Véase también J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad...*, *op. cit.*, págs. 397-402, y A. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad...*, *op. cit.*, págs. 244-245.

¹¹⁶ *Vid.* V. ALVAREZ GARCIA, *ibidem*, pág. 336.

¹¹⁷ La Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, dispone en su artículo 13 que "no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias o sus correspondientes preceptos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores". Los antecedentes en este tema pueden verse en F. SAINZ MORENO, "La publicación de las normas", *cit.*, págs. 123-124.

¹¹⁸ En este tema véase A. ARPON DE MENDIVIL y R. GARCIA VICENTE, "Legal Aspects of Standardisation in Spain", en *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, vol. II (J. Falke y H. Schepel, ed.), Comunidad Europea, Luxemburgo, 2000, págs. 773 y ss. Sobre los casos de Francia y Alemania véase esta misma obra (J. CHAMPIGNEULLE, "Les aspects juridiques de la normalisation en droit français", vol II, págs. 285-305, y J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA. Deutschland*, vol. III, págs. 373-390. Especialmente interesante resulta el caso de este último país en el que el alcance y relevancia de las normas técnicas ha sido objeto de trato judicial. Así, resulta de interés la sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH), de 26 de abril de 1990 (*Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 1990, págs. 1452-1454), en la que se trata la protección de derechos de autor de las normas DIN a partir de una remisión hecha por disposiciones administrativas de los *Länder* a una norma DIN en concreto (norma DIN sobre inspección de obras). El BGH reconoce que las normas DIN no se incluyen en ninguno de los tipos de normas jurídicas contenidas en el § 5.1 de la ley que regula los derechos de autor (*Urheberrechtsgesetz*, de 9 de septiembre de 1965, modificada por ley de 16 de junio de 1998) –precepto similar al art. 13 de la ley española de propiedad intelectual–, sin embargo considera que una remisión puede conducir a su inclusión en ese precepto. Añade el Tribunal Supremo alemán que las normas DIN al ser tomadas como concreción de las reglas reconocidas de la técnica (*allgemein anerkannten Regeln der Technik*) en el arte de la construcción (*Baukunst*) adquieren un significado similar al de reglas de derecho (*rechtssatzähnliche Bedeutung*), hecho que permitiría su publicación oficial. Las consecuencias de esta sentencia, apuntadas por FALKE (págs. 386-387), comportan la pérdida para las normas DIN de la protección derivada de los derechos de autor, lo cual no deja de ser

que ciertamente limita la divulgación indiscriminada de esas normas y, cabe reconocerlo, puede dificultar su conocimiento general. Ante la ausencia en España –hasta donde conocemos- de una declaración legal o judicial explícita en este tema, cabe destacar, por ejemplo, que la propia Comisión Europea ha reconocido derechos de autor a los organismos europeos de normalización, titulares de las normas “EN”¹¹⁹. En segundo lugar, el hecho de que las normas técnicas ganen eficacia jurídica en los casos de remisión parece que debería obligar a su publicación íntegra en el correspondiente boletín oficial y, por tanto, el derecho de propiedad intelectual debería aquí ceder¹²⁰. En nuestra opinión, sin embargo, existen argumentos que permiten considerar aceptable la mera referencia a una norma técnica por parte de una norma jurídica sin que aquella deba ser objeto de reproducción íntegra en la publicación oficial.

una clara limitación al derecho de propiedad reconocido en el artículo 14 de la Ley Fundamental. Además, la reproducción íntegra de la norma DIN en una publicación oficial, y su posible copia, supone también una pérdida económica para el instituto alemán de normalización al afectar uno de los pilares de su financiación (la venta de normas supone el 60% de sus ingresos). Cabe señalar que esta sentencia del BGH fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) por violación del referido derecho de propiedad; sin embargo el recurso no fue admitido (acuerdo de 29 de julio de 1998). Finalmente hay que destacar, que en el año 1997 los 16 *Länder* firmaron un convenio con el DIN en el que se especificaban los derechos de edición de determinadas normas DIN relativas a especificaciones técnicas de la construcción.

¹¹⁹ Respuesta al Parlamento europeo del comisario M. Bangemann publicada en el DO nº C 2, de 6 de enero de 1992, pág. 10.

¹²⁰ En este sentido se manifiesta CARRILLO DONAIRE al considerar “que los derechos morales y económicos derivados de la propiedad intelectual decaen automáticamente cuando una norma técnica es declarada obligatoria por la remisión que a ella hace un Reglamento de Seguridad. Esta solución se apoya en la dicción del art. 13 (...) de la Ley de Propiedad Intelectual (...), por lo que cabe entender que el reenvío normativo a una norma tal supone su exclusión del objeto legal de la propiedad intelectual; lo que sumado a la obligación que recae sobre las entidades de normalización en orden a facilitar a las Administraciones requirentes las normas técnicas cuyas referencias se incluyan en los reglamentos por ellas elaborados (...), haría posible la directa publicación de la norma técnica en cuestión en el *Boletín Oficial* correspondiente (por ejemplo, como anexo técnico de la disposición reglamentaria remitente)”, en *El Derecho de la seguridad...*, *op. cit.*, págs. 401-402. Pese al impecable planteamiento de este autor, el intento de suplir una carencia –la no publicación oficial de la norma técnica- con la vulneración de un derecho no nos parece plenamente justificada. Como exponemos en este apartado existen razones para entender que el régimen actual de publicidad de las normas técnicas es el adecuado y que la publicación oficial supondría más inconvenientes que ventajas. Además, la obligación contenida en el art. 10, letra o, del RICS referida por el citado autor no puede entenderse de ningún modo como una cesión a la Administración de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular el organismo de normalización. La finalidad de ese precepto consiste en que aquellas normas referidas desde reglamentos obren en depósito de la Administración para su consulta pero no para su publicación.

Advirtamos que esta cuestión es objeto de tratamiento en todos los Estados europeos en que existen organismos privados de normalización. En todos ellos la regla general en los casos de remisión a normas técnicas es la no publicación oficial de su contenido. Sin embargo, y al igual que en el caso español esta realidad es puesta en cuestión, exigiéndose la publicidad oficial de la norma con la finalidad de garantizar su conocimiento general. Así, por ejemplo, en el caso alemán OSSENBÜHL¹²¹ exigía hace ya tres décadas la publicación de la norma técnica en los boletines oficiales con la única excepción de una imposibilidad técnica (p. ej. planos). La realidad legislativa es, sin embargo, la que es y cuenta, además, con un temprano pronunciamiento judicial del año 1961 proveniente del *Bundesverwaltungsgerichts* (Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo)¹²² en el que se establecen los requisitos mínimos para admitir la remisión normativa a normas técnicas ya publicadas: 1) se debe asegurar la identidad del texto objeto de publicación; 2) cualquiera debe tener a su libre disposición el conocimiento del objeto de la remisión; y 3) el acceso debe ser suficientemente fácil. Por tanto, no se excluye la única publicación de la norma por los organismos de normalización y su acceso mediante compra, si bien en este caso desde la doctrina se considera que su precio no debe ser excesivamente caro¹²³.

Existen, además, suficientes argumentos que justifican la no publicación de las normas técnicas en los boletines oficiales. Entre otros FALKE destaca, por ejemplo, el excesivo esfuerzo que supondría la publicación oficial de las normas técnicas objeto de remisión¹²⁴. También cabe destacar la importante fuente de financiación que supone para los organismos de normalización la venta de normas. En este sentido, una pretendida publicación íntegra de las normas

¹²¹ F. OSSENBÜHL, "Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik", *DVBl*, 1967, págs. 405-407.

¹²² Sentencia de 29 de agosto de 1961, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, pág. 506. Véase E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt und Technikrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1990, págs. 163-165; J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung...*, *op. cit.*, págs. 253-256.

¹²³ *Vid.* E. DENNINGER, *ibid.*, pág. 164; J. FALKE, *ibid.*, pág. 254.

¹²⁴ Este autor destaca como sólo el organismo de normalización electrotécnica (*Deutsche Elektrotechnische Kommission*) utilizó en el año 1998 un total de 32.369 páginas para publicar un total de 1056 normas, *ibid.*, pág. 255.

técnicas en publicaciones oficiales debería suponer una compensación para los organismos de normalización que, por otro lado, podría poner en cuestión su independencia frente al Estado. Pero además, ello obligaría a negociar también con organizaciones internacionales o regionales, pues en muchos casos las normas técnicas nacionales se limitan a traducir el contenido de otras elaboradas por aquéllas, con lo que existe una cotitularidad sobre la norma. Habrían también razones de “seguridad técnica” ya que los organismos de normalización están obligados a mantener el contenido de la normas según el estado de desarrollo científico y técnico¹²⁵, debiendo publicar inmediatamente el resultado de su trabajo; esa inmediatez en la publicación de la última versión de la norma técnica no estaría asegurada en el otro caso. En relación a este punto hay que destacar una importante diferencia en el modo de publicar las posteriores modificaciones de un texto; en el caso de los boletines oficiales se procede, por regla general, a dar a conocer el nuevo texto manteniendo en vigor el antiguo en lo no alterado – ello obliga a manejar textos alternativos, cosa a la que los juristas ciertamente estamos acostumbrados pero que no resulta excesivamente operativo-; en cambio en el caso de los organismos de normalización, éstos siempre proceden a una nueva publicación íntegra de la norma, lo cual evita posibles disfunciones. En último lugar, hay que reconocer que los destinatarios de normas técnicas no son en la mayoría de supuestos el común de los ciudadanos, sino un grupo de personas relativamente reducido e incluso determinable que, de modo directo o indirecto, puede haber tenido alguna participación en la elaboración o valoración de la norma¹²⁶.

En lo que respecta al caso español, el régimen de publicidad de las normas UNE elaboradas por AENOR se halla contenido en el RD 2200/1995 (RICSI). Como

¹²⁵ En el caso de las normas DIN, la norma DIN 820 (edición febrero 1974), Parte 4, apartado 4, establece su examen como mínimo cada cinco años. Puede consultarse en *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, Beuth, Berlin, 1995, pág. 335.

¹²⁶ De hecho, como reconoce E. GARCIA LLOVET, las complejidad que ofrece el ordenamiento a partir de la propia estructura técnica de las normas revela que sus destinatarios son los “iniciados” que “disponen de los conocimientos técnicos suficientes para adecuar sus conductas a las prescripciones que se establecen en la norma”. “Iniciados” que, además, “circulan con una extraordinaria fluidez entre el sector público y el sector privado bajo muy diferentes fórmulas”, en “Conocimiento de la norma y seguridad jurídica”, *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1734-1735.

organismo de normalización reconocido AENOR asume un conjunto de obligaciones hacia la Administración que en lo referente a las normas técnicas aprobadas se traduce en la necesaria remisión mensual de la relación de normas aprobadas y anuladas en ese período, identificándolas por su código alfanumérico y título para su publicación indicativa en el *BOE* (art. 11.f RICS). El objeto de esta publicación es el de reconocer esas normas técnicas como “normas españolas”, esto es, como normas UNE, y con independencia de que puedan ser o no objeto de posterior remisión desde normas reglamentarias. El RICS establece un auténtico mandato sobre AENOR al encomendarle las funciones de edición, impresión y venta de las normas, cuyos precios –señala el art. 11.i- se fijarán en el marco del convenio anual de colaboración de este organismo con la Administración. Otras obligaciones destinadas a asegurar el conocimiento y acceso público a las normas UNE son: mantener un registro permanente actualizado de normas españolas en tramitación y editadas, así como durante el período necesario las anuladas que afecten a la legislación nacional (art. 11.g); editar y publicar, al menos una vez al año, un catálogo de normas españolas actualizado (art. 11. j); disponer de un fondo documental de textos actualizados de las normas españolas, a disposición del público, para su consulta gratuita, así como atender las peticiones de información que se le realicen sobre las normas o proyectos de normas (art. 11. k); disponer de un medio propio de difusión, editado con periodicidad mínima trimestral, que informe sobre las novedades en materia de normalización de organismos nacionales e internacionales (art. 11. l); y, facilitar, a requerimiento de las Administraciones públicas, las normas cuyas referencias se incluyan en los reglamentos por ellas elaborados (art. 11. o).

3.1.2 El reenvío dinámico o remisión a la norma técnica

En este tipo de remisión la norma jurídica remitente no precisa una norma técnica en un momento concreto, sino que señala la norma en su versión válida presente o futura. Es, por ejemplo, el caso de las remisiones genéricas a la norma UNE 66 500 (EN 45 000) que se contienen en el RICS en relación a la acreditación de las entidades que integran la infraestructura para la calidad y la seguridad

industrial¹²⁷. La remisión dinámica o flexible ofrece como indudable ventaja el superar las rigideces del sistema de remisión estática al quedar abierta la posibilidad de aceptar la modificación de las normas técnicas remitidas sin necesidad de proceder a la actualización de la norma legal remitente. Sin embargo, este modelo plantea serias reservas a su validez jurídica ya que, como advierte ESTEVE PARDO, el ordenamiento pierde el dominio sobre la norma que a él se incorpora¹²⁸. De forma gráfica la norma remitente pasa a convertirse en una “ley en blanco”, en una “ley de contenido movable”.

Lo cierto es que este tipo de remisión ha sido, con razón, objeto de importantes objeciones desde la doctrina administrativista española¹²⁹. Ciertamente, la adaptación automática de la norma reglamentaria remitente a la norma técnica remitida convierte en la práctica al organismo privado de normalización en titular de un poder cuasi reglamentario autónomo (“cuasi” porque como ya sabemos no se trata de reglas de derecho). Es decir, mediante la remisión dinámica el legislador realiza una delegación fáctica de su competencia normativa en un organismo privado al permitirle alterar el contenido normativo de un precepto legal. No nos encontramos, pues, ante una creación *ex novo* de derecho por sujetos privados, sino ante una sustitución de la potestad reglamentaria o, en su

¹²⁷ En este caso se refleja sólo el número de la norma pero sin indicar su fecha ni, por lo tanto, su versión, por lo que debe entenderse que ésta será la que esté vigente en cada momento”. Una remisión del mismo estilo se contiene, por ejemplo, en el art. 17 del RD 2085/1994, de 20 de octubre, que aprueba el Reglamento de instalaciones petrolíferas, en donde se dispone que los sistemas de seguridad a los que se refiere ese precepto “serán diseñados de conformidad a las normas UNE 23501 a 23507, ambas inclusive”.

¹²⁸ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 174.

¹²⁹ Principalmente J. ESTEVE PARDO, *ibid.*; V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización...*, op. cit., págs. 159-181. En cambio, para IZQUIERDO CARRASCO esas objeciones deben matizarse a la luz del art. 11, letra h), del RICSI (en el que se obliga a los organismos de normalización a dar cuenta al órgano competente de la Administración pública que lo reconoció del inicio y la finalización de los procesos de revisión o anulación de normas españolas que tengan incidencia sobre reglamentaciones de seguridad industrial). Esta previsión muestra, según este autor, “que no existe tal pérdida absoluta de dominio y conocimiento del ordenamiento jurídico general sobre el contenido de la norma técnica, pues no sólo se comunica a la Administración el inicio de los trabajos de revisión o anulación, lo que permite a la Administración decidir una intervención activa en tales trabajos; sino que también se le comunica el resultado final, con lo que la Administración puede decidir el mantener o no la remisión, según dicho resultado satisfaga o no las exigencias de seguridad que considere esenciales”, en *La seguridad de los productos industriales*, op. cit., págs. 257-258.

caso, legislativa, lo cual atenta contra los principios del Estado de Derecho y, en consecuencia, no es admisible constitucionalmente.

En este tipo de remisión es interesante hacer notar la distinción que en la doctrina alemana¹³⁰ se realiza entre “*normergänzende gleitende Verweisung*” (remisión dinámica a una norma agregante) y “*normkonkretisierende gleitende Verweisung*” (remisión dinámica a una norma concretizadora). En la primera de estas variantes la norma jurídica aparece como incompleta y toma con efectos obligatorios el contenido de una norma técnica prescindiendo de cual sea su versión (p. ej., sería el caso en que una norma reglamentaria remitiera de manera genérica su contenido técnico a las especificaciones técnicas elaboradas por un organismo de normalización nacional o de ámbito internacional)¹³¹. Esta modalidad de remisión sería unánimemente considerada como inconstitucional¹³². Sin embargo, no cabe duda que por razones de flexibilidad las regulaciones sobre nuevas tecnologías son realmente un ámbito propicio a este tipo de remisiones. La segunda modalidad de remisión, por el contrario, es plenamente aceptada ya que en ella la norma jurídica remitente establece unos requisitos generales no detallados que encuentran su concreción en normas técnicas a través de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. A este tipo de remisión prestamos especial atención en el siguiente apartado.

¹³⁰ Véase, P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, op. cit., págs. 390-407; E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung...*, op. cit., págs. 139-147; J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung...*, vol. III, op. cit., págs. 250-253.

¹³¹ Pese a su inadmisibilidad, lo cierto es que este tipo de remisión existe tanto en Alemania como en España. Así, por ejemplo, la Resolución –acto normativo que debería contener en última instancia las especificaciones técnicas a aplicar o realizar una concreta remisión– de 28 de diciembre de 2000 (BOE, de 30.12.2000), de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. La misma tiene por objeto modificar la primera oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica de España –una cuestión de interés para los usuarios–, estableciendo en el anexo III del apartado 5 (Aspectos de facturación) del Anexo II (Modificaciones requeridas) que: “Deben ser incluidas en el catálogo de señales las especificaciones técnicas aprobadas por el ETSI sobre SDLS”.

¹³² Concretamente, en Alemania, se alega la infracción contra el principio democrático de la Constitución (art. 20.2 GG) y la imposibilidad de pensar en una delegación legislativa en el marco del art. 80 GG.

3.2 La remisión indirecta al ordenamiento de la técnica: cláusulas generales y norma técnica

La búsqueda de especificaciones técnicas extramuros del ordenamiento jurídico encuentra en la llamada remisión indirecta o innominada el instrumento actualmente más usado por el legislador. En este caso el objeto de remisión no se expresa mediante la norma técnica, sino a través de la llamada cláusula técnica por la que se señala de manera genérica el estado de la técnica y de los conocimientos científicos y no lo que dispongan las normas técnicas¹³³. Éstas, en este caso, son un elemento de referencia importante pero no determinante. Como bien advierte ESTEVE PARDO, *“(L)a cláusula técnica no se materializa en una remisión normativa, sino que apunta a un concepto jurídico indeterminado como es el que se expresa con los términos “estado de la técnica”, “mejor tecnología disponible”, “mejores técnicas conocidas” u otros semejantes. Para su concreción, las normas técnicas, de haberlas, pueden ser un elemento indiciario de gran valor, pero no han de ser la referencia determinante”*¹³⁴. Se trata, pues, en este caso de una recepción de conocimientos –contemplados en normas o reglas técnicas- destinados a lograr la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. Lo importante en este caso es que el contenido de la norma jurídica resulta fijado –aparentemente y en última instancia- por la Administración concedente de la licencia o por el juez encargado de su control¹³⁵.

¹³³ Vid. J. ESTEVE PARDO, “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, núm. 149, pág. 46.

¹³⁴ *Ibidem*, pág. 47.

¹³⁵ Como señala ESTEVE PARDO en estos casos *“(L)a función de la norma técnica será entonces la de constituir un elemento de concreción del ordenamiento allí donde éste recurre a los conceptos jurídicos indeterminados que se expresan en la cláusula técnica. Las normas técnicas aportan así los criterios cualificados de los expertos técnicos y éste es su principal activo. Es el informe general de los expertos y peritos. De ahí que pueda considerarse acertada la expresión que se acuña por la jurisprudencia alemana para valorar las normas técnicas como un dictamen anticipado de peritos (antizipierte Sachverständige Gutachten). Lo que el juez encuentra en las normas técnicas no es, pues, una norma que le vincule y tenga necesariamente que aplicar, sino un dictamen de técnicos, posiblemente con un amplio reconocimiento en los ámbitos especializados pero que, en función de las circunstancias y su apreciación por el propio juez, puede éste no considerar el dictamen que la norma técnica encierra”*, *Técnica, riesgo y Derecho*, *op. cit.*, págs. 176-177.

Mediante la cláusula técnica se realiza una remisión permanente a un determinado grado de desarrollo tecnológico existente en un momento concreto y, en ocasiones, a su disponibilidad efectiva, tanto en términos técnicos como económicos¹³⁶. Efectivamente, el uso de las expresiones “reglas generalmente (re)conocidas”¹³⁷, “estado (progreso, evolución) de la técnica”¹³⁸, o “estado de la ciencia y de la técnica”¹³⁹, refleja estados distintos, cada vez más perfeccionados, del conocimiento técnico¹⁴⁰. La gradación establecida por estas cláusulas

¹³⁶ Es el caso de la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (DO nº L 257, de 10 de octubre de 1996), cuyo artículo 11 establece que: “Los Estados miembros velarán por que la autoridades competentes estén al corriente o sean informadas acerca de la evolución de las mejores técnicas disponibles”. La definición de “mejores técnicas disponibles” se encuentra en el apartado 11 del artículo 2 de la citada Directiva, donde puede leerse que por “disponibles” se entenderá: “las técnicas desarrolladas a una escala que permita su aplicación en el contexto del sector industrial correspondiente, en condiciones económica y técnicamente viables, tomando en consideración los costes y los beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o producen en el Estado miembro correspondiente como si no, siempre que el titular pueda tener acceso a ellas en condiciones razonables”.

¹³⁷ Así, por ejemplo, el artículo 4.c) de la Ley catalana 13/1987, de seguridad industrial, o, de modo más explícito, el artículo 6.2.a) de la también catalana Ley 3/1998, de intervención integral de la Administración ambiental, en donde se refiere que las instalaciones objeto allí de regulación deberán ajustarse, en caso de ausencia de reglamentación o instrucciones específicas, “a las normas técnicas de reconocimiento general”.

¹³⁸ Es el caso del artículo 3.2 de la Ley 38/1972, de protección del ambiente atmosférico; también la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, cuyo artículo 6.2 establece: “Las normas reglamentarias indicadas en el apartado anterior se ajustarán, en todo caso, a los principios de política preventiva establecidos en esta Ley, mantendrán la debida coordinación con la normativa sanitaria y de seguridad industrial y serán objeto de evaluación y, en su caso, de revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el *progreso de la técnica*” –cursiva nuestra-.

¹³⁹ Por ejemplo, el artículo 5.1 de la Ley catalana 6/1993, de residuos, en el que puede leerse: “Mediante disposición reglamentaria se regulará la gestión de determinadas categorías de residuos cuya naturaleza, características o especial problemática y cuya necesaria adaptación al *progreso científico y técnico* lo exijan” –cursiva nuestra-.

¹⁴⁰ Las normas generalmente reconocidas aluden a aquellos procedimientos que, una vez comprobados en la praxis y según la opinión mayoritaria de los expertos, se corresponde con el desarrollo técnico del momento. El estado de la técnica agrupa procedimientos, instalaciones y modos de producción avanzados, cuya idoneidad práctica está asegurada. El estado de la ciencia y de la técnica se refiere a los últimos conocimientos científicos que todavía no son de aplicación general. En este sentido, véase J. SOLE I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 407-412 y 536-539. Recogiendo la doctrina alemana, refiere que las “reglas de la técnica” son generalmente reconocidas “cuando siendo conocidas por los especialistas que actúan en el sector afectado, se consideran correctas por la mayoría de ellos y resultan acreditadas en la práctica”; el “estado de la técnica” refiere una aptitud práctica que, en cambio, no goza de general reconocimiento; el “estado de la ciencia y de la técnica” sería el nivel que más se aproxima al “verdadero frente del progreso técnico”. Añade, finalmente este autor, la distinción entre “estado de la ciencia” y “estado de la ciencia y de la técnica”, el primero aludiría “al conjunto de conocimientos teóricos, incluyendo también los pertenecientes a sectores no técnicos, con independencia de si tales

generales conforma un triple nivel de seguridad técnica (*Dreistufenschema*) que, por ejemplo, fue recogido en una importante decisión del Tribunal Constitucional alemán (*Kalkar-Beschluss*)¹⁴¹, de ocho de agosto de 1978, en la que se reconocía que a través de ellas las autoridades administrativas y los jueces deben equilibrar el déficit de regulación que puede ofrecer la normativa a aplicar.

El uso de este tipo de expresiones por parte de las normas jurídicas muestra una renuncia explícita del legislador a la elaboración detallada de reglamentaciones técnicas que, en verdad, podrían convertirse en obsoletas al poco tiempo de su publicación. Cabe reconocer, sin embargo, que el uso de conceptos jurídicos indeterminados constituye una técnica legislativa ampliamente utilizada en muy diferentes ámbitos (productos industriales, tecnologías de la información, medio ambiente, economía)¹⁴². Aunque, bien es cierto, existe en el uso de aquellos conceptos un componente valorativo o discrecional mayor o menor según los casos. Así, en lo relativo a las disciplinas científico-técnicas se argumenta que el margen de discrecionalidad es menor en atención a su comprobación fáctica. La realidad, sin embargo, permite observar que el pretendido carácter unívoco de esas disciplinas sería cuestionable dadas las muestras de autorrefutación que desde ellas mismas se ofrece¹⁴³. Por este motivo, formulaciones del tipo “estado de la técnica” son denunciadas por BECK como el equivalente a leyes implícitas de plenos poderes¹⁴⁴. Ahora bien, contra lo que pudiera pensarse, esta situación

conocimientos han sido o no aplicados en la práctica, o de si todavía no han entrado a formar parte de la técnica”; el segundo —en relación al “estado de la técnica”— sobrepasa el estricto marco específico de la técnica, para abarcar todos los conocimientos científicos existentes en cualquier otra disciplina científica, además de la técnica: química, biología, medicina, etc. En este sentido, también forma parte del estado de la ciencia y de la técnica cualquier conocimiento técnico que aún no es técnicamente viable”.

¹⁴¹ Sentencia publicada en *BverfGE* 49, 80 (especialmente pág. 135 y ss.). Véase J. FALKE, *Rechtliche Aspekte...*, *op. cit.*, pág. 259 y ss.

¹⁴² Vid. C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 132 y ss.

¹⁴³ En este sentido, vid. U. BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, El Roure, Barcelona, 1998, pág. 125 y ss. El sociólogo alemán considera que esa autorrefutación pública no indica fallo de la ciencia “sino un nuevo estado de su desarrollo” (pág. 203).

¹⁴⁴ Así, añade este autor, “(E)l gobierno, el parlamento y la jurisprudencia se privan a sí mismos del poder y se convierten, en la medida en que las consecuencias de la técnica, más que todos los proyectos de ley, alteran la sociedad y determinan el orden del día de la política, en sucursales, órganos ejecutores, meros ayudantes para la legitimación de los peritos y las

no comporta una *Dictadura de la técnica*, circunstancia que el propio experto aborrecería en su significado político, pero, sin duda, coloca a la tecnocracia en una posición ciertamente privilegiada en la conformación del discurso político de todas aquellas cuestiones relacionadas con la seguridad de las personas o, entre otras muchas, la preservación del medio ambiente.

En el fondo la cuestión que subyace en cada una de las opciones descritas es la relación entre la norma jurídica y la norma técnica y, más en concreto, el modo – directo o indirecto- que hace posible que el ordenamiento jurídico atribuya relevancia a ese último tipo de norma. La dicotomía entre norma jurídica y norma técnica aparece, pues, clara. La norma técnica, en palabras de CHARBONNEAU, sería “parcelaria” y limitada a unos efectos científicamente contrastados¹⁴⁵; contrariamente a la norma jurídica, la norma técnica no puede pretender hacer frente a aquellas situaciones de hecho más corrientes en las que, de manera simultánea, intervienen demasiados parámetros. Cabe, sin embargo, reconocer que la proliferación de normas o reglas técnicas y su mutación constante pueden provocar una deslegitimación de las propias normas jurídicas en atención a su obsolescencia. De este modo, pese a su inverificabilidad para el común de los mortales, la norma técnica se impone como el discurso hermenéutico de la tecnocracia que cambia en función de la coyuntura económica y de los progresos de la investigación científica.

En cuanto método de remisión, el de las cláusulas generales puede ser considerado como la auténtica puerta de entrada del ordenamiento social de la técnica. De modo expresivo SCHMIDT-PREUSS lo ha definido como el camino real hacia normas autorregulativas¹⁴⁶, cuya máxima expresión se haya en las normas elaboradas por los organismos privados de normalización. La existencia de estas normas en el seno de la sociedad responde a las limitaciones del Derecho como

asociaciones de ingenieros, verdaderos gobernantes provistos con el cetro del *conocimiento en la materia* y el manto de la *necesidad técnica* –cursiva entrecomillada en el texto-, *ibidem*, págs. 210-211.

¹⁴⁵ S. CHARBONNEAU, “Norme juridique et norme technique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, núm. 28.

¹⁴⁶ M. SCHMIDT-PREUSS, “Normierung und Selbstnormierung aus der Sicht des Öffentlichen Rechts”, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, núm. 3, 1997, pág. 254.

instrumento regulador de la técnica. Efectivamente, el carácter preactivo del Derecho y la voluntad estática, por no decir inmanente, de la norma jurídica casa mal con el dinamismo ofrecido desde la técnica. Por este motivo la remisión estática o nominada aunque ofrece seguridad jurídica resulta inadecuada para la dirección de la técnica. Ese es precisamente el problema del Derecho: lograr dirigir el progreso técnico sin malograrlo pero sin ser sobrepasado por él. Desiderátum, este último, difícil de compaginar con la remisión dinámica que, como se ha dicho, es inaceptable jurídicamente. Por el contrario, la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados constituye un mecanismo que permite residenciar la última decisión técnica dentro de los márgenes del Estado de Derecho al posibilitar cierta flexibilidad en relación a la determinación de lo que debe entenderse por “estado de la técnica” o “reglas reconocidas de la técnica”.

PARTE TERCERA
EL DERECHO TÉCNICO EUROPEO

CAPÍTULO V

LA POLÍTICA COMUNITARIA DE NORMALIZACIÓN: FUNDAMENTOS, OBJETIVOS Y MÉTODOS EN SU ADOPCIÓN JURÍDICA¹

¹ El tema cuenta entre nosotros con una más que abundante bibliografía; de entre ella destacamos la siguiente: V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 317-396; M. BALLBE y C. PADROS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997, especialmente págs. 97-131; M. LOPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, Granada, 1991, pág. 399 y ss.; G. VALENCIA MARTIN, *La defensa frente al neoproteccionismo en la Comunidad Europea*, Alicante, 1993. Imprescindible resulta la obra de A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991. La política europea de normalización ha sido también objeto de estudio en los diferentes países comunitarios, pero de manera singular en Alemania donde el fenómeno ha sido tratado de manera exhaustiva. La relación que sigue no agota la bibliografía que puede encontrarse en ese país pero sí se encuentra entre la más citada. Así, N. ANSELMANN, "Die Rolle der europäischen Normung bei der Schaffung der europäischen Binnenmarktes", *RIW*, 12/1986, pág. 936-941; "Die Bezugnahme auf harmonisierte technische Regeln im Rahmen der Rechtsangleichung", en P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Technische Regeln im Binnenmarkt*, Nomos, Baden-Baden, 1991, pág. 101-114; P. MARBURGER y R. ENDERS, "Technische Normen im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1994*, UTR 27, Heidelberg, 1995, págs. 333-368; A. ROßNAGEL, "Europäische Techniknormen im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrechts", *DVBl*, octubre 1996, págs. 1181-1189; K. VIEWEG, "Technische Normen im EG-Binnenmarkt", y R. WINCKLER, "Verfahren und Organisation der Harmonisierung technischer Normen - weltweit und im europäischen Rahmen", ambos en P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *op. cit.*, págs. 57 a 99. Destacar asimismo dos de las rigurosas monografías que sobre el tema hemos consultado frecuentemente, G. BREULMANN, *Normung und Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993; y, R. RÖNCK, *Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Zulässigkeit und Praktikabilität ihrer Rezeption zur Realisierung des Gemeinsamen Marktes)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995. Finalmente, sobre el tema de la normalización desde una perspectiva europea y de Derecho comparado entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, cabe señalar el imponente estudio publicado en tres volúmenes por la Comunidad Europea: Vol. 1, H. SCHEPEL, J. FALKE, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and of EFTA. Comparative Report*, Luxemburgo, 2000; Vol. 2, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and of EFTA. Country Reports* (J. FALKE y H. SCHEPEL, coord.), Luxemburgo, 2000; Vol. 3, J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA. Deutschland*, Luxemburgo, 2000. Este último volumen consiste en el ejercicio de Habilitación que su autor realizó en la Universidad de Bremen.

1. La eliminación de los obstáculos técnicos mediante la armonización de las reglamentaciones nacionales divergentes

La aproximación de las legislaciones nacionales mediante Directivas constituye según prevé el artículo 94 TCE (antiguo artículo 100)², un medio para la eliminación de obstáculos a la libre circulación de productos (art. 28 TCE) en aras a la consecución del mercado común europeo (art. 3, letra *h*, TCE). Esos obstáculos, según consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pueden ser tanto restricciones cuantitativas como medidas de efecto equivalente³. Sin embargo, como reconoce la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada con el caso “Cassis de Dijon”⁴ y viene a sancionar el artículo 30 (anterior art. 36) TCE, los Estados miembros pueden establecer exigencias o limitaciones por razones de interés público⁵.

² De acuerdo con el artículo 12 del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, los artículos, títulos y secciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión modificada por las disposiciones del Tratado, se volverán a numerar con arreglo a los cuadros de equivalencia establecidos en el Anexo del Tratado. En cuanto no se diga otra cosa cabe entender que el artículo se encuentra referido por nosotros a la nueva numeración.

³ Para entender qué debe entenderse bajo el concepto de “medida de efecto equivalente” cabe acudir a la denominada “fórmula Dassonville”, desarrollada por el Tribunal de Justicia (STJ 8/74). En esta sentencia se considera que: “medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa es toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar, real o potencialmente, de manera mediata o inmediata, el comercio intracomunitario”. Cfr. “Dictamen del Comité Económico y Social sobre *Normas técnicas y reconocimiento mutuo*”, DO nº C 212, de 22.7.1996, pág. 7 (1.2). Vid. J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 218 y ss.

⁴ Sentencia de 20 de febrero de 1979. Sobre los efectos de esta sentencia puede verse la Comunicación de la Comisión publicada en el DO nº C 256, de 3.10.1980. Vid. A. MATTERA, “L’arrêt “Cassis de Dijon”: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur”, *Revue du Marché Commun*, 1980, ppág. 505 y ss.

⁵ El efecto de esta jurisprudencia es el siguiente: 1) los productos legalmente fabricados o comercializados en un Estado deben, en principio, poder circular libremente en el conjunto de la Comunidad si esos productos respetan los niveles de protección equivalentes a los impuestos por el Estado miembro exportador y son comercializados en su mismo territorio; 2) en ausencia de medidas comunitarias, los Estados pueden legislar libremente; 3) los obstáculos a los intercambios que resulten de las diferencias entre legislaciones nacionales sólo pueden ser aceptados si esas medidas nacionales: a) son indispensables para satisfacer exigencias absolutas (p. ej. salud, seguridad, protección de los consumidores, protección del medio ambiente), b) sirven a un fin legítimo que justifica la infracción del principio de libre circulación de mercancías, y c) son también proporcionales a los objetivos perseguidos.

Entre los obstáculos a eliminar, como se ha venido destacando desde 1986, se encuentran los de carácter técnico. Los mismos resultan de las diferentes exigencias que los ordenamientos de los Estados miembros pueden establecer para los diversos tipos de productos industriales en atención a una, en principio, justificada protección de los consumidores, trabajadores, del medio ambiente y, de la transparencia del mercado.

Ahora bien, las prescripciones técnicas pueden suponer también, y de manera especial, una forma sutil de obstaculización a la libertad de comercio. Mediante normas técnicas específicas un Estado puede defenderse de las importaciones, si, por ejemplo, la imposición de aquéllas al fabricante de otro Estado le suponen unos costes de adaptación. Por otro lado, el mismo Estado, con tal política, puede estar escatimando a su industria nacional las posibilidades de racionalización resultantes de la normalización o estandarización de normas. Por tanto, para llevar a cabo un mercado europeo homogéneo, la armonización de las normas técnicas en el interior de ese mercado se presenta como un requisito ineludible. En este sentido, la aproximación jurídica en el ámbito del derecho técnico comporta tanto la eliminación de obstáculos y distorsiones que afectan a la competitividad, como la necesidad de una eficaz protección frente a los riesgos que presenta la técnica, tal como se desprende del artículo 95.3 TCE (antiguo art. 100 A⁷).

Como seguidamente detallaremos, la política europea de armonización técnica de productos industriales tiene cronológicamente dos momentos. Inicialmente, en la llamada etapa de la "armonización total" la llamada normalización europea tiene un

⁶ Vid. "Libro Blanco de la Comisión sobre la plena realización del Mercado interior". COM (85) 310 final, de 14.6.1985.

⁷ "La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo". Un ejemplo lo constituye la Directiva "sobre máquinas" que garantiza un elevado nivel de seguridad en la utilización de aquéllas.

papel secundario en el proceso de integración europea, primando, en cambio, el establecimiento de una armonización técnica mediante el establecimiento de complejas y rigurosas regulaciones jurídicas. A partir de 1985 se produce un momento de inflexión con la denominada política del “nuevo enfoque” que deja a las instituciones comunitarias el establecimiento de criterios generales y otorga un papel preponderante a la normalización y, concretamente, a los organismos privados de normalización en lo que se refiere a los aspectos técnicos de la armonización.

2. De la regulación administrativa a la autorregulación regulada: el sistema europeo de normalización y certificación

2.1 La delimitación entre normalización administrativa y privada

Sin discutir los beneficios de su aplicación, la armonización técnica plantea su primer conflicto en atención a cómo debe ser llevada a término; bien mediante disposiciones jurídicas uniformes, o a través de normas técnicas comunes. Es decir, si el origen de la armonización sólo cabe encontrarse en niveles administrativos y, por tanto, jurídicos, o bien es posible radicarla en ámbitos privados, atendiendo entonces a un, en principio, sistema de autorregulación cuyo seguimiento vendría presidido por la nota de la voluntariedad. En el momento en que se planteó este tema no existía, dentro de la Comunidad Europea, un régimen común. Por el contrario, se daban considerables diferencias hasta el extremo de que lo regulado en un Estado por una norma jurídica, en otro lo era por una norma privada, la cual podía, ciertamente, ser contemplada expresamente por los poderes públicos como “regla reconocida de la técnica”, pasando de este modo a adquirir *de facto* en el mercado una eficacia similar a la de una norma jurídica.

Por tanto, bajo las circunstancias descritas, dos eran las alternativas para avanzar en el camino de la deseada unificación técnica del mercado interior; por un lado, el

establecimiento de disposiciones jurídicas de alcance obligatorio (Directivas); por otro, el recurso a normas técnicas privadas y de seguimiento voluntario. La opción por una u otra de estas alternativas iba a plantear diferencias con la práctica reguladora que hasta entonces había sido llevada a cabo en algunos Estados miembros. Así, en el caso de los Estados que tenían por ventajoso un modelo sustentado hasta entonces en las reglas técnicas se desprendían duras críticas contra un sistema burocrático que, además, comportase un *reglamentismo* excesivo por parte de la Comunidad Europea. Por el contrario, en otros Estados en los que primaba la regulación jurídica, el sistema de armonización mediante normas técnicas europeas era visto con recelo por suponer una desregulación que, en principio, se observaba como contraproducente.

También en lo que se refiere a la organización de los institutos de normalización existían –y siguen existiendo– notables diferencias según los Estados, especialmente en cuanto a su tamaño, a su grado de descentralización o régimen de relación con la Administración, a sus fuentes de financiación (entre las cuales, con mayor o menor importancia, destacan las subvenciones públicas), o al grado de incidencia de las regulaciones jurídico-públicas en el ámbito de autorregulación de esas asociaciones privadas. Ahora bien, y salvo casos muy concretos, desde un punto de vista material no se daban grandes diferencias en lo que se refería al trabajo normalizador, con independencia de una mayor preponderancia de regulaciones jurídicas sobre las de carácter autorregulativo o viceversa. Si existían diferencias las mismas eran fundamentalmente de procedimiento. De este modo la armonización técnica exigía–exige– dos cosas: una uniformidad en el establecimiento de las especificaciones técnicas que preste atención a la protección de trabajadores, consumidores y medio ambiente, y, en segundo lugar, una uniformidad europea respecto a la distinción y alcance entre regulaciones jurídicas y privadas.

2.1.1 El fracaso de la armonización integral mediante normas jurídicas

De modo retrospectivo puede decirse que en el inicio del proceso de integración pretendido por la armonización técnica, el papel jugado por la normalización europea era absolutamente secundario. En sus dos primeras décadas (años sesenta y setenta) el trabajo de los dos organismos europeos de normalización, el Comité Europeo de Normalización (CEN) y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC), fue insignificante en comparación con el que llevaban a cabo los institutos de normalización de los principales Estados miembros. Así, a finales de 1973 se habían presentado alrededor de treinta proyectos de normas europeas pero sólo dos propuestas habían sido aprobadas como tales normas. Casi una década después, en 1982, el número de normas europeas aprobadas ascendía sólo a 96. En cambio, los organismos nacionales de normalización proseguían sin problemas su ya por entonces elevada actividad⁸.

□ El Programa General de 1969 sobre la eliminación de obstáculos técnicos⁹

Con el Programa General, de 28 de mayo de 1969, para la eliminación de los obstáculos técnicos¹⁰ fue elevada en el ámbito comunitario la división ya practicada en algunos Estados entre instituciones legislativas y organismos de normalización. El Programa preveía que las Directivas ofreciesen una regulación administrativa única que combinara tanto el marco jurídico como el de las normas técnicas. El

⁸ Hasta 1983 el DIN, el instituto alemán de normalización, había adoptado 23.000 normas, la Asociación Francesa de Normalización 18.000, y 13.000 el "British Standards Institution".

⁹ Véase, M. LOPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos...*, op. cit., págs. 401-410.

¹⁰ Programa General de 28.5.1969 para la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios resultantes de las disparidades entre las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. DO nº C 76, de 17 de junio de 1969, págs. 24 y ss. ("Programme Général en vue de l'élimination des entraves techniques aux échanges résultant de disparités entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres"). Puede verse un planteamiento general sobre el tema, anterior a la entrada de España en la CEE, en: A. RAMBLA JOVANI y C. LAS HERAS SANZ, "La aplicación en España de la legislación comunitaria en materia de productos e instalaciones industriales", *DA*, núm. 201, 1984, pág. 597-604.

modelo propuesto por el Programa de 1969 perseguía la total armonización de todas las regulaciones nacionales en el marco del entonces artículo 100 TCEE (actual art. 94). Se trataba, pues, de lograr el establecimiento de una normativa administrativa de contenido idéntico en todos los Estados que integraban la entonces Comunidad Económica Europea. Este modelo armonizador de carácter centralizado y omnicompreensivo era de una complejidad extrema habida cuenta que debían ser objeto de atención detallada todas las especificaciones técnicas de un producto¹¹ cuya regulación iba a ser aplicada de modo uniforme en todos los Estados. El minucioso modelo de Directivas sectoriales para cada producto resultaba ciertamente poco flexible y operativo, y su finalidad de constituir un cuerpo jurídico de especificaciones técnicas obligatorias conforme y uniforme, significaba poco menos que la imposición de un auténtico “rodillo armonizador”¹². Finalmente, esta opción armonizadora suponía que el Consejo aprobase por unanimidad los proyectos elaborados por la Comisión. La necesidad de aprobación unánime resultaba consecuencia de que la base jurídica para realizar la armonización de las legislaciones técnicas era el citado artículo 100 del Tratado CEE¹³.

El Programa de 1969 preveía la adopción de algo más de 100 proyectos de Directivas que debían ser desarrolladas en diferentes fases y dentro de un plazo

¹¹ Como ejemplo de este perfeccionismo detallista pueden citarse las apretadas ochenta páginas de la muy completa propuesta de la Comisión para una Directiva relativa a la adopción por los Estados de prescripciones sobre asientos de conductores con dos jambas montados con sistemas de vuelco para máquinas de vía estrecha con neumáticos (DO nº C 222, de 22 de setiembre de 1985).

¹² Expresión tomada de E. PREVIDI y J. Mc. MILLAN, “Reglamentos técnicos, normalización y certificación en la Comunidad Europea”, en *Economía Industrial*, núm. 86, págs. 63-72. Sin embargo, este procedimiento se ha mantenido, por su eficacia, en los vehículos automóviles. Cfr. Dictamen del CES sobre “Normas técnicas y reconocimiento mutuo”, DO nº C 212, de 22.7.1996.

¹³ En su versión originaria, anterior a la modificación operada por el art. G del TUE, el artículo 100 del TCE establecía lo siguiente: “El Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. El Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social serán consultados sobre aquellas directivas cuya ejecución implique, en uno o varios Estados miembros, la modificación de disposiciones legales”.

de tiempo realmente ambicioso. Las Directivas perseguían el objetivo de eliminar los obstáculos técnicos a la libre circulación intracomunitaria de productos industriales y alimentarios¹⁴. Sin embargo, en 1973 se observó la existencia de un considerable retraso respecto a las previsiones hechas en el año 1969, esta realidad obligó a modificar el calendario previsto y a añadir una cuarta fase¹⁵. Así, en el marco de una Resolución relativa a la política industrial europea¹⁶ se aprobó un nuevo y rígido plan temporal para la armonización técnica. Pretensión nuevamente frustrada pues, pese a todos los intentos y aplazamientos, las insuficiencias del método armonizador quedaron nuevamente de manifiesto, al demostrarse tanto la incapacidad de adaptación de las Directivas a la rápida evolución del progreso técnico¹⁷ como la inadecuación del procedimiento de

¹⁴ La armonización de este último tipo de productos tuvo en los agrícolas su principal objeto. De hecho, la misma fue la primera y más rápida armonización llevada a cabo por la Comunidad (entre 1962 y 1968), especialmente en lo que se refiere a las normas aplicables en aquellos productos cuyos mercados se organizaban a partir de subvenciones y en el marco de la política agrícola común. Posteriormente, serían objeto de normalización aquellos productos no agrícolas pero ligados al sector primario. Es el caso de colorantes, conservantes, antioxidantes, agentes emulsivos, etc., cuya regulación se realiza entre el año 1962 y el año 1988. Posteriormente, a partir del año 1978 se prestaría atención a los materiales en contacto con los alimentos, su embalaje y etiquetaje. En los últimos años la legislación comunitaria en materia de alimentos ha prestado singular atención a los llamados “nuevos alimentos” ligados a la biotecnología, en este sentido se aprobó el Reglamento 258/97/CE, de 20 de enero de 1997 (DO nº L 43, de 14 de febrero de 1997), relativo a nuevos alimentos y a nuevos ingredientes alimentarios. Esta norma europea persigue una triple finalidad: proteger a los consumidores, garantizar la libre circulación de los artículos alimentarios en el interior de la Unión Europea y el funcionamiento del mercado interior, y tomar en cuenta el progreso técnico permitiendo la difusión de las tecnologías alimentarias en el sector alimentario. Véase, O. DEVAUX, “La politique européenne de lutte contre la fraude en matière de marchandises au regard de la protection des consommateurs et de la liberté des échanges”, en *Influence et impact du procès de construction européenne*, Toulouse-Gerona, 1998, págs.156-157; G. COZIGOU, “Un nouveau cadre juridique pour les applications biotechnologiques dans le secteur alimentaire: le règlement *Nouveaux aliments*”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 2, 1997, págs. 67-80.

¹⁵ Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1973, destinada a completar la resolución de 28 de mayo de 1969, relativa al programa para la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios de productos industriales, resultantes de las disparidades entre las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. DO nº C 38, de 5 de junio de 1973, pág. 1 y ss.

¹⁶ Resolución del Consejo de 17 de diciembre de 1973 relativa a la política industrial, DO nº C 117, de 31 de diciembre de 1973, pág. 1 ss.

¹⁷ Vid. J. FALKE, “Normungspolitik der Europäischen Gemeinschaften zum Schutz von Verbrauchern und Arbeitnehmern”, en *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, 1989, vol. 3, Baden-Baden, Nomos, pág. 220.

aprobación. Efectivamente, al ritmo llevado hasta entonces, los objetivos previstos sólo se habrían alcanzado tras algunas décadas—¡hasta el año 2050!, obligando por lo demás a una constante y atenta revisión de las Directivas ya aprobadas. Una tarea que, en palabras de DI FABIO¹⁸, equivale a los inútiles esfuerzos de Sísifo. En definitiva, la complejidad técnica en la uniformización o estandarización de productos y la constante adaptación al desarrollo técnico exigían demasiado de las formas administrativas de dirección técnica (*Techniksteuerung*)¹⁹.

2.1.2 El cambio de estrategia: el camino hacia el “nuevo enfoque”

a) El modelo de la Directiva 73/23/CEE de productos eléctricos de “baja tensión”

El más importante impulso para una necesaria reorganización de la normalización europea surgió también en el año 1973 mediante la aprobación de la Directiva 73/23/CEE²⁰, de 19 de febrero, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión, conocida bajo el nombre de Directiva “baja tensión”. En contraposición a la mayoría de Directivas hasta entonces aprobadas, la Directiva citada se limitaba a establecer sólo los requisitos esenciales de seguridad mediante la expresión de conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción era remitida a las normas técnicas armonizadas elaboradas, para ese caso, por el CENELEC. En ausencia de estas normas europeas se aplicaban, de manera transitoria, las normas técnicas internacionales²¹ o, en su defecto, las normas

¹⁸ Vid. U. DI FABIO, *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Heymanns, Colonia, 1996, pág.

¹⁹ En este sentido, véase H. VOELZKOW, *Private Regierungen in der Techniksteuerung*, Campus (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, vol. 24), Fráncfort del Meno, 1996, pág. 272.

²⁰ DO n° L 77, de 26 de marzo de 1973, pág. 29 y ss.

²¹ Según el artículo 6 de la Directiva 73/23/CEE, en defecto de las referidas normas armonizadas, debían ser aceptadas las normas de la “International Commission on the Rules for

técnicas nacionales del Estado de fabricación. En el año 1982 la Comisión destacará las ventajas ofrecidas por la citada Directiva para la consecución del mercado interior y manifestará la intención de utilizar ese modelo para la realización del mercado interior²².

Cabe señalar que el nuevo modelo armonizador previsto en la Directiva “baja tensión” era una imitación del sistema previsto en la ley alemana sobre seguridad del utillaje técnico (*Gerätesicherheitsgesetz*)²³ y ello explica, en buena medida, el hecho de que, en general, numerosas normas europeas y documentos de armonización sean semejantes a las normas alemanas.

La trasposición a los ordenamientos nacionales del sistema previsto en la Directiva 73/23/CEE no dejó de albergar algunas disconformidades en atención a las normas armonizadas. Este fue el caso que se suscitó en el litigio planteado ante el Tribunal de Justicia por la Comisión contra la República italiana²⁴. En el curso del procedimiento seguido contra ese Estado por un incumplimiento en el plazo de incorporación de la Directiva, su gobierno alegó que el procedimiento adoptado por los organismos notificados encargados de elaborar las normas armonizadas no era conforme a las exigencias contenidas en el artículo 5 de la Directiva²⁵. Tal precepto establece el “común acuerdo” de los organismos de normalización en la adopción de las normas técnicas armonizadas. Además, Italia argumentaba que las

the Approval of Electrical Equipment” (Comisión Internacional de Reglamentos para la aprobación del equipo eléctrico) y de la “International Electrotechnical Commission” (Comisión Electrotécnica Internacional).

²² Cfr. Comunicación de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 73/23/CEE, en DO n° C 59, pág. 2.

²³ Ley de 24 de junio de 1968 que ha sido objeto de sucesivas e importantes modificaciones debidas a la legislación comunitaria.

²⁴ Sentencia de 14 de julio de 1977. As. 123-76, pág. 1449 y ss.

²⁵ Este precepto en su segundo apartado dispone que: “Se considerarán armonizadas las normas cuando se publiquen con arreglo a los procedimientos nacionales, tras haber sido establecidas, de común acuerdo, por los organismos que notifiquen los Estados miembros conforme a lo establecido en el artículo 11. Las normas se actualizarán en función del progreso tecnológico y de la evolución del nivel técnico alcanzado en materia de seguridad”.

actividades de los organismos notificados en el marco del artículo 11 de la Directiva y en función de miembros del CENELEC, eran jurídicamente distintas de las que debían ejercer según el artículo 5. Es decir, el trabajo de los organismos de normalización en el seno del CENELEC podía seguir las reglas internas de esta organización, pero en el caso de la elaboración de las llamadas normas armonizadas el procedimiento de votación mayoritaria seguido no era compatible con el requisito del “común acuerdo” previsto en la Directiva. La defensa italiana juzgaba finalmente otros dos elementos que parecían deslegitimar el trabajo del CENELEC. Por un lado, la actuación de esta organización más allá del ámbito comunitario (los países de la AELC); por otro, el uso estatutario de sólo tres lenguas (francés, inglés y alemán) en los trabajos de normalización. Todas y cada una de estas cuestiones fueron señaladas en las conclusiones elaboradas por el *avocat général*²⁶ en este caso, y en especial el relativo al sistema de votación. Conviene advertir que en el año 1976, momento en que se dicta la sentencia comentada, no habían sido firmadas aún las directrices generales de colaboración entre el CENELEC y la Comisión. En todo caso, las alegaciones formuladas por el gobierno italiano no resultaron relevantes para el abogado general y tampoco no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal. Una de las razones es que la adopción de normas armonizadas se realizaba sobre la base de los llamados *documents d'harmonisation* (HD). La particularidad de estos documentos era, y sigue siendo, que si bien deben ser obligatoriamente transpuestos por los organismos nacionales de normalización, éstos pueden presentar “divergencias nacionales” a la hora de transponer los documentos armonizados a sus sistemas internos de normalización mediante su conversión en normas técnicas nacionales. Esto último junto al hecho de que son los propios Estados quienes deciden los organismos a notificar, eran para el abogado general argumentos suficientes para considerar que “ni el Cenelec, ni ningún miembro de esta organización tienen el poder de modificar el derecho nacional de un Estado miembro”²⁷. En cualquier caso el tema de la

²⁶ Pág. 1460 y ss.

²⁷ Pág. 1470.

eficacia y legitimidad democrática será un tema recurrente en la historia de la normalización europea.

b) *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Importante elemento para la superación de las barreras técnicas fue también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir del principio general de la libre circulación de mercancías. Principalmente la sentencia sobre el “Cassis de Dijon” permitió a la Comisión consagrar el principio del reconocimiento mutuo de reglamentaciones equivalentes²⁸. Según ese principio *“Todo producto legalmente producido y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro”*²⁹. Este principio general fue el que dio pie a la Comisión para convertir el reconocimiento mutuo en el instrumento alternativo a la ya entonces frustrada armonización de legislaciones. Ahora bien, pese a las indudables ventajas que tal principio parecía ofrecer, entre ellas el de tratarse de una técnica claramente inspirada en el principio de subsidiariedad³⁰ que hacía no imprescindible la elaboración de normas comunitarias de armonización técnica, lo cierto es que planteaba también ciertas dificultades. Especialmente, en atención a que la pervivencia de una multiplicidad y diversidad de reglamentaciones técnicas nacionales suponía aún la pervivencia de obstáculos técnicos y, además, en nada favorecía el desarrollo de la competitividad de los productos europeos.

²⁸ Vid. M. LOPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos...*, op. cit., págs. 412-419.

²⁹ Véase “Comunicación de la Comisión de 30.10.1980 relativa a las consecuencias de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 20.2.1979 en el asunto 120/78 (Cassis de Dijon)”, DO n° C 256, de 3 de octubre de 1980.

³⁰ Vid. M. LOPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos...*, op. cit., pág. 418.

c) *El procedimiento de información previsto en la Directiva 83/189/CEE (98/34/CE)*³¹

El cambio de estrategia que a inicios de los años ochenta lleva a cabo la Comunidad Europea para la eliminación de los obstáculos técnicos supone un fortalecimiento de los organismos europeos de normalización respecto a los nacionales, y una intensificación del trabajo normalizador en el ámbito europeo. En este sentido, el primer y más profundo paso encaminado a una reorganización de la armonización técnica fue la aprobación de la Directiva 83/189/CEE, por la que se establecía un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas³². La citada Directiva introducía un procedimiento de intercambio de información y fiscalización de los proyectos de reglamentos técnicos muy elaborado que gracias a posteriores modificaciones y, especialmente, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede ser considerado como el instrumento más eficaz de prevención de los obstáculos técnicos. Como más adelante veremos, la Directiva prevé dos procedimientos independientes de información, uno relativo a los proyectos de reglamentos técnicos, y otro que incide en las normas técnicas. Concretamente este último asegura el intercambio de información sobre sus actividades normalizadoras entre los organismos nacionales de normalización de los Estados miembros.

En lo que ahora nos interesa, conviene destacar que la Directiva 83/189/CEE ha comportado una clara revalorización de la normalización europea, convirtiéndose

³¹ La Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas ha sido modificada en diversas ocasiones de forma sustancial. En aras de una mayor claridad se procedió a la codificación de la Directiva mediante la Directiva 98/34/CE del Parlamento y del Consejo, de 22 de junio de 1998 (DO nº L 204, de 21 de julio de 1998, pág. 37 y ss.). A su vez, la Directiva 98/34/CE ha sido modificada por la Directiva 98/48/CE, que desde el 5 de agosto de 1999 amplía el procedimiento a los servicios de la sociedad de la información (DO nº L 217, de 5 de agosto de 1998).

³² Como señala CARRILLO DONAIRE este procedimiento de información encuentra su inspiración en el procedimiento de información y prevención que había sido ya adoptado en el marco del Acuerdo de 1979 sobre obstáculos técnicos al comercio (GATT) elaborado en la Ronda de Tokio sobre negociaciones comerciales multilaterales. *Op. cit.*, págs. 241-242.

para la Comisión en el objeto principal de su política de armonización técnica. La apuesta por los organismos europeos de normalización tuvo como primera meta una aceleración en la producción de normas europeas, a la cual iba a contribuir decisivamente el sistema de mayoría cualificada introducido por el Acta Única Europea en el año 1986. Ello, tenía que suponer—como fue— una descarga en el trabajo normativo de la Comunidad. Indudablemente la relevancia de la normalización, que claramente se vislumbraba a inicios de los años ochenta, obligaba a la Comisión a procurar para el trabajo de los organismos europeos de normalización un mínimo sustrato de legitimidad que debía tomar en consideración y garantizar los intereses públicos, así como delimitar los intereses o estrategias particulares de, por ejemplo, grupos empresariales.

d) *Conclusiones del Consejo concernientes a la normalización*

El abandono por la Comisión de la política de armonización técnica mediante regulaciones administrativas pormenorizadas, y la consiguiente opción por la normalización por organismos *ad hoc*, fue sancionado por el Consejo en sus conclusiones concernientes a la normalización, de 16 de julio de 1984³³. En ellas se decía que: *“El Consejo estima que la normalización constituye una importante contribución para la libre circulación de los productos industriales y, de manera creciente, para la creación de un medio ambiente técnico común a todas las empresas; además la normalización contribuye a la competitividad industrial tanto en lo que se refiere al mercado comunitario como a los mercados exteriores, notablemente en el de las nuevas tecnologías”*

³³ Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a un nuevo enfoque en materia de armonización y de normalización, DO nº C 136, de 4.6.85, pág. 2

e) *Las directrices generales para la cooperación entre la Comisión y los organismos europeos de normalización. El apoyo financiero a la normalización europea*

Destacada por el Consejo la importancia de la normalización, la Comisión Europea y los organismos europeos de normalización CEN/CENELEC suscribieron en otoño de 1984 un documento bajo el título de "Directrices generales para la cooperación".³⁴ La forma y objeto de ese convenio de colaboración es de características muy similares al acuerdo que casi una década antes (el 5 de junio de 1975) habían formalizado el Ministro de Economía alemán, en representación de la República Federal, con el Instituto Alemán de Normalización (DIN)³⁵. Las directrices suscritas por la Comisión suponen que en lo que atañe a los proyectos de armonización técnica aquélla hará remisión a las normas europeas elaboradas por los organismos europeos de normalización reconocidos, el CEN y el CENELEC, y, además, la Comisión adopta el compromiso de hacer difusión y exigir la aplicación de las normas europeas. Por su parte, los organismos europeos de normalización se obligan a llevar a cabo los "mandatos" de normas hechos por la Comisión, a disponer para tal fin de la necesaria infraestructura, y a garantizar que las normas europeas comprenden los requisitos esenciales contenidos en las Directivas. También está prevista la inclusión y participación en los trabajos de normalización de todos los sectores interesados. El CEN y el CENELEC modificaron además sus reglamentos internos en 1987 para posibilitar la adopción de normas europeas mediante un sistema de votación por mayoría ponderada que, sin embargo, difiere del previsto en el artículo 205 del Tratado CE.

En acuerdos adicionales aparecen fijados las modalidades para la aceptación y ejecución de los mandatos de normalización. Tales mandatos prevén su plazo de

³⁴ Firmado en Bruselas el 13 de noviembre de 1984. Un acuerdo de igual contenido fue cerrado el 30 de abril de 1985 entre el CEN/CENELEC y la EFTA.

³⁵ "Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, und dem DIN Deutsches Institut für Normung e. V., vertreten durch dessen Präsidenten". Este acuerdo aparece publicado por el DIN en *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, Beuth, Berlín, 1995, págs. 43-45.

ejecución y contienen ayudas de carácter financiero. Las subvenciones o ayudas pueden alcanzar hasta el cincuenta por ciento de los gastos organizativos del CEN/CENELEC para la elaboración de los encargos hechos por la Comisión. Efectivamente, la ayuda económica ha sido uno de los principales medios empleados por la Comisión para fomentar la normalización europea. Desde 1986 hasta 1997 se habían dedicado a los trabajos de normalización del “nuevo enfoque” unos sesenta millones de euros. Como consecuencia de los avances de los trabajos, la contribución económica a los organismos europeos de normalización se ha ido reduciendo de forma continuada en los últimos años.

La ayuda económica a la normalización europea tiene un carácter finalista y se descompone en cuatro objetivos³⁶: 1) El principal objetivo de la ayuda económica al proceso de normalización europeo es el mantenimiento de una estructura sólida. Así, las secretarías centrales del CEN, CENELEC y ETSI reciben ayudas para sufragar el 45%, el 17% y el 15% respectivamente de sus costes de funcionamiento; 2) Destacable es también la ayuda para los consultores que trabajan en relación con el nuevo enfoque y que son designados de común acuerdo entre la Comisión y los organismos europeos de normalización. Su función en cuanto expertos independientes es comprobar que las normas respetan los requisitos esenciales de las Directivas y las condiciones del mandato; 3) La traducción a las llamadas “lenguas minoritarias” –las “lenguas oficiales” del CEN/CENELEC son alemán, francés e inglés³⁷– absorbe una gran cantidad de los fondos destinados principalmente a ayudar a los organismos nacionales de normalización a traducir las normas europeas para incorporarlas a las normativas nacionales; 4) En la medida en que lo permiten las disponibilidades presupuestarias, se da prioridad a los trabajos de normalización en ámbitos nuevos tales como la protección de los consumidores y del medio ambiente.

³⁶ Véase el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre “Eficacia y legitimidad de la normalización europea de nuevo enfoque” (COM (1998) 291 final, de 13 de mayo de 1998), pág. 17.

³⁷ Véase el Reglamento interno del CEN/CENELEC, Parte 2: Reglas comunes para el trabajo normalizador, ed. 1994, pág. 17.

f) *El Libro Blanco para la consecución del mercado interior*

El 14 de junio de 1985, con la mirada puesta en el 31 de diciembre de 1992, la Comisión publicó a modo de piedra miliar el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior³⁸. En ese mismo documento quedaba también trazado el camino que iba a seguir la normalización europea. En sus cincuenta y cuatro páginas este documento contenía a modo de catálogo de medidas un total de 279 puntos referidos a la eliminación de los obstáculos que todavía impedían un pleno mercado interior. Los obstáculos o fronteras que se trataban en el Libro Blanco eran de tres tipos: a) físicos, b) técnicos, y c) fiscales. La necesaria armonización de legislaciones que a partir de ese momento se emprendería iba a realizarse conforme a las previsiones contenidas en el entonces artículo 100 TCE.

g) *El “nuevo enfoque” y el reconocimiento a la normalización privada*

Tal como destacaba la Comisión en el año 1991³⁹, la credibilidad y el éxito del Libro Blanco no provenían del hecho de que se hubiesen determinado trescientos temas a armonizar desde el punto de vista legislativo, sino de que hubiesen sido abandonadas más de un millar de Directivas necesarias si se hubiese seguido el antiguo enfoque basado en la armonización detallada.

El modelo del llamado “nuevo enfoque”, adoptado a partir de 1985⁴⁰, se basa en un principio diferente al previsto en la política de armonización total. *“En la medida de*

³⁸ COM (85) 310 final.

³⁹ Véase, “Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de la normalización europea”, más conocida por “Libro verde”, COM (90) 456 final (DO nº C 20, de 28 de enero de 1991, pág. 3). Este documento encuentra su continuación en la comunicación de la Comisión sobre “Normalización en la Comunidad Europea” publicada en el DO nº C 96, de 15 de abril de 1992, pág. 2 y ss.

⁴⁰ Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a un nuevo enfoque en materia de armonización y de normalización, DO nº C 136, de 4.6.85, pág. 1 y ss. De interés en este tema es el documento publicado por la Comisión: *Guía relativa a la aplicación de las directivas de armonización técnica comunitaria elaboradas con arreglo a las disposiciones del nuevo enfoque y del enfoque global*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas,

lo posible –señala MATTERA- las directivas no contendrán ya más reglas y especificaciones técnicas detalladas, sino que se limitarán a fijar exigencias esenciales en materia de seguridad, dejando a las normas europeas, y, de no existir éstas, a las normas nacionales, por la vía del reenvío a normas , la tarea de resolver los problemas técnicos. Así, el legislador se limitará a establecer las exigencias esenciales que deben observarse mientras que corresponderá a los especialistas, es decir, a los técnicos normalizadores, definir las soluciones técnicas que permitan alcanzar dichos objetivos⁴¹.

El “nuevo enfoque” se basa en dos principios: a) el reconocimiento mutuo de las normativas nacionales, el cual presupone que los objetivos de las normativas nacionales -sanitarias, de seguridad, etc.- son equivalentes y que únicamente varían los medios para alcanzarlos; b) la armonización legislativa en el ámbito comunitario que sólo se lleva a cabo excepcionalmente en aquellos ámbitos en los que los objetivos de las normativas nacionales no son equivalentes. Cuando la armonización es necesaria, la legislación comunitaria se limita a establecer, con carácter abstracto, los requisitos básicos de seguridad, sanitarios, etc. La descripción de las posibles soluciones técnicas reconocidas para cumplir con esos requisitos esenciales previstos en las Directivas, se realiza mediante remisión a las “normas armonizadas”⁴², es decir, normas técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización (CEN, CENELEC, ETSI) por encargo –mandato- de la Comisión.

Como señala la Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, “a los órganos competentes en materia de normalización industrial se les confía la tarea de

Luxemburgo, 1994.

⁴¹ A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo*, cit., pág. 217. Pese a la lentitud y pormenorización que implicaba el antiguo procedimiento, se ha mantenido en algunos sectores, por ejemplo en el de los vehículos automóviles.

⁴² La técnica del reenvío a normas elaboradas por los institutos de normalización encuentra su origen en la ya comentada más arriba Directiva 73/23/CEE, “baja tensión”, DO nº L 77, de 26.3.1973.

elaborar, según el estado de la tecnología, las especificaciones técnicas necesarias para producir y colocar en el mercado los productos conformes a las exigencias esenciales fijadas por las Directivas”

Una vez que la Comisión publica la referencia de esa norma en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y es trasladada por un organismo nacional de normalización, su cumplimiento, por parte del fabricante, da lugar a la llamada presunción de conformidad del producto con los requisitos esenciales correspondientes previstos en las Directivas. De esta manera, corresponde en su caso, a las autoridades públicas competentes el probar que el fabricante no ha cumplido con las exigencias esenciales. Efectivamente, las autoridades de los Estados miembros tienen la posibilidad de discutir la conformidad de un producto, así como la validez de una certificación o la calidad de una norma, a través de un procedimiento de salvaguarda gestionado desde la Comisión en colaboración con un comité permanente que cuenta con representantes de las Administraciones nacionales.

h) El papel de las normas técnicas europeas

Las “normas técnicas armonizadas”, elaboradas por los organismos europeos de normalización, tienen asignado un pretendido carácter voluntario. Efectivamente, los fabricantes son libres en la manera de cumplir los requisitos establecidos en las Directivas y, por tanto, libres de seguir o no las normas europeas. Sin embargo, existen circunstancias en que tales normas devienen *de facto* obligatorias en algunos casos. Por ejemplo, juegan un importante papel en el tema de la contratación pública⁴³. Así, la Directiva 93/36/CEE señala que las reglas técnicas

⁴³ Por ejemplo, en lo que se refiere a la Directiva 93/38/CEE (Directiva de servicios), los contratos celebrados hasta mediados de 1996 se cubrían hasta un 66,2% mediante normas europeas, normas europeas en desarrollo o normas internacionales. Concretamente, un 25% de normas europeas en desarrollo frente a un 18,3% de normas completamente adoptadas. Así mismo, un 40,4% de las normas europeas (adoptadas o en desarrollo) se referían a productos en los que existía un mandato de la Comisión, especialmente en apoyo de la Directiva sobre

que exigidas en la ejecución del contrato “*serán definidas por los poderes adjudicadores bien por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, o bien por referencia a documentos de idoneidad técnica europeos, o bien por referencia a especificaciones técnicas comunes;*” ello “*sin perjuicio de las normas técnicas nacionales obligatorias, siempre y cuando sean compatibles con el Derecho comunitario*” (art. 8.2 de la citada Directiva)⁴⁴. Por este motivo el artículo 1.9 de la Directiva 98/34/CE define a los reglamentos técnicos de facto como “*las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro que remiten bien a especificaciones técnicas u otros requisitos (...) cuyo cumplimiento otorgue una presunción de conformidad a las prescripciones fijadas por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.*”

Llegados a este punto resulta conveniente establecer una clasificación en atención al carácter vinculante que puedan tener las regulaciones técnicas. Pueden diferenciarse tres ámbitos:

- 1) el reglamentado, aquél en el cual la producción y comercialización de productos está regulada mediante leyes, reglamentos o disposiciones de carácter similar, con el fin de proteger la salud y seguridad de los

productos de la construcción (Directiva 89/106/CEE) o de la Directiva sobre contratación pública (Directiva 93/37/CEE). Véase DO nº C 373, de 9.12.1997, pág. 5.

⁴⁴ Las Directivas comunitarias establecen una jerarquía en los documentos a los cuales están obligados a remitirse en las licitaciones los poderes públicos, es decir, primero las normas europeas, después las normas internacionales y finalmente las normas nacionales. La Directiva 93/36/CEE (en igual sentido el art. 53 Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas) establece que figurarán en los documentos generales o en los documentos correspondientes a cada contrato. Véase, J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 142-143. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.9 de la Directiva 83/189/CEE: “(...) son reglamentos técnicos de facto : los acuerdos voluntarios en los que las autoridades públicas son parte contratante y que, por razones de interés público, tienen por objeto el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de otros requisitos, *con exclusión de los pliegos de condiciones de las contrataciones públicas* ” (cursiva nuestra). Finalmente, señalar que la Directiva 90/531/CEE, de 29.10.1990 (relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones) dispone que las especificaciones técnicas, a incluir en las condiciones generales o el pliego de condiciones propios de cada contrato, se definirán con referencia a especificaciones europeas, cuando éstas existan (art. 13.2).

ciudadanos (no obstante, este tipo de regulación no sólo obedece a razones de interés público, sino también de interés general). Dentro del ámbito reglamentado se distingue entre aquél que lo es mediante Directivas armonizadoras y el ámbito reglamentado no armonizado que comprende las distintas disposiciones nacionales. En este último caso rige el principio de reconocimiento mutuo de disposiciones jurídicas previsto en el artículo 28 del TCE. Señalemos que en aquellos productos o sectores armonizados mediante Directivas no es ya posible una obligatoriedad de prescripciones diferentes contenidas en reglamentaciones técnicas nacionales.

- 2) el de las “normas armonizadas” como especificaciones técnicas elaboradas por un organismo de normalización europeo en virtud de un mandato otorgado por la Comisión conforme a la Directiva 98/34/CE.
- 3) el no reglamentado, carente de una regulación legal en razón, por ejemplo, a la inexistencia de riesgo potencial en el producto.

2.2 El *enfoque global* en materia de certificación y pruebas: la sustitución de la homologación administrativa por sistemas de control autorregulados

El “nuevo enfoque” se completa y engarza con un “enfoque global” en materia de evaluación de conformidad de productos—certificación, inspección y pruebas— con las exigencias previstas en las Directivas “nuevo enfoque”⁴⁵. Esta tarea, tanto en su procedimiento como en los sujetos encargados de realizarla, no tiene en

⁴⁵ En su Resolución de 7 de mayo de 1985 el Consejo manifestaba la necesidad de una política de evaluación de la conformidad que complementase el nuevo planteamiento en materia de armonización técnica y normalización. Dicha declaración encuentra su posterior concreción en la Resolución de 21 de diciembre de 1989, relativa a un planteamiento global en materia de evaluación de la conformidad (DO nº C 10, de 16 de enero de 1990). Entre las directrices adoptadas por la citada Resolución destaca el fomento en la utilización generalizada de las normas europeas relativas a la garantía de la calidad (EN 29000 —la versión de 1994 de las normas EN ISO 9001, 9002 y 9003 reemplazó la versión de 1987, es decir a las normas EN 29001, 29002 y 29003-) y a los requisitos que deben cumplir dichos organismos (EN 45000), la creación de sistemas de acreditación y la utilización de técnicas de intercomparación.

absoluto un carácter exclusivamente administrativo. El novedoso procedimiento de certificación, que significa un abandono forzoso de la tradicional homologación administrativa⁴⁶, corresponde en su ejecución tanto a organismos públicos como privados que, como veremos seguidamente, deben ser en todo caso designados y notificados por cada Estado, aunque encuentran la acreditación de su solvencia técnica fuera de estructuras estrictamente administrativas. Advertamos que este sistema comunitario supone, como se irá percibiendo, un auténtico vuelco respecto a la concepción clásica de intervención estatal en las actividades industriales.

Por certificación se entiende la evaluación de la conformidad de un producto con las exigencias técnicas prescritas. El sistema de certificación y pruebas comunitario constituye el instrumento complementario para fomentar la aplicación de las normas armonizadas y posibilitar un reconocimiento recíproco de las reglamentaciones y normas nacionales. Efectivamente, aun cuando las normas armonizadas elaboradas por los organismos europeos de normalización no son vinculantes, sino de cumplimiento voluntario, producen, no obstante, una presunción refutable de conformidad con los requisitos esenciales de las Directivas⁴⁷. Ello supone que si el fabricante recurre, en el ámbito armonizado, a otras soluciones técnicas apropiadas como, por ejemplo, la utilización de otras normas, en ese caso no es aplicable la presunción de conformidad⁴⁸, o, en otras

⁴⁶ La homologación supone una función administrativa que “significa un control previo a la comercialización del producto, pero generalmente es obligatoria la realización de un seguimiento de la producción para comprobar que se siguen cumpliendo las condiciones que permitieron la homologación. La homologación comporta el *reconocimiento oficial* del cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas” (cursiva nuestra). Véase E. MALARET, “Comentario...”, cit., pág. 521.

⁴⁷ En este sentido la Directiva 89/392/CEE, sobre máquinas, establece en su artículo 5.2 que: “Cuando una norma nacional que recoja una norma armonizada cuya referencia se haya publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* satisfaga uno o varios requisitos esenciales de seguridad, la máquina que se haya fabricado con arreglo a esta norma se presumirá conforme con los requisitos esenciales de que se trate”. En igual sentido *vid.* el art. 5.2 del RD 1435/1992, de 27 de noviembre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva citada.

⁴⁸ Excepción hecha en el caso de materiales para la construcción (art. 4.2 de la Directiva 89/106/CEE, DO nº L 40, de 11.2.1989). En los demás casos *vid.* art. 5 Directiva 87/404/CEE; art. 5 Directiva 88/378/CEE; art. 7 Directiva 89/336/CEE; art. 5 Directiva 89/392/CEE; art. 5 Directiva

palabras, le incumbe la carga de la prueba de la conformidad de sus productos con las exigencias esenciales de la Directiva correspondiente.

Cabe pues advertir que las exigencias esenciales de seguridad previstas en las Directivas encuentran su establecimiento en tres niveles. Primero, en las cláusulas generales que se contienen en el texto mismo de la Directiva. Estas mismas exigencias pueden luego ser concretizadas en anexos a la Directiva. Finalmente, la propia regulación de los anexos acostumbra a ser precisada mediante normas europeas (EN) que, insistimos, no son de carácter obligatorio y por ello el fabricante tiene la posibilidad de recurrir a otras vías para cumplir con los requisitos esenciales de seguridad de las Directivas.

Ahora bien, en ocasiones, el fabricante puede verse obligado a recurrir a especificaciones técnicas no armonizadas por razones de mercado (comportamiento de compradores e instituciones privadas). Es, por ejemplo, el caso de las compañías de seguros cuando exigen la inclusión de determinadas especificaciones en los dispositivos antirrobo para vehículos automóviles, cascos de protección para ciclistas, las cortadoras de césped o, los hornos microondas⁴⁹.

89/686/CEE; art. 5 Directiva 90/385/CEE; art. 5 Directiva 93/42/CEE; art. 4 I Directiva 92/59/CEE (relativa a la seguridad general de los productos). El Anexo II de la Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, relativo a un nuevo enfoque en materia de armonización y normalización (DO nº C 136, de 4.6.1985), establece en su cuarto principio fundamental: "les administrations sont obligées de reconnaître aux produits fabriqués conformément aux normes harmonisées (ou, à titre provisoire, à des normes nationales) une présomption de conformité aux "exigences essentielles" établies par la directive (ce qui signifie que le producteur a la faculté de ne pas fabriquer conformément aux normes, mais que, dans ce cas, la charge de la preuve de la conformité de ses produits avec les exigences essentielles de la directive lui incombe).

⁴⁹ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social sobre "Normas técnicas y reconocimiento mútuo" (DO nº C 212, de 22.7.1996).

2.2.1 *El sistema de certificación previsto por las Directivas del nuevo enfoque*

La teórica adopción por parte de los fabricantes de las normas técnicas europeas armonizadas no garantiza *per se* su cierta y correcta aplicación. El seguimiento de las normas europeas debe ir respaldada por algún tipo de declaración formal que acompañe al producto en cuestión. Esta es la razón que explica la existencia del denominado marcado o marca "CE", expresión del correcto seguimiento de las normas "EN". El marcado "CE" puede ser colocado por el mismo fabricante o bien requiere su certificación por un tercero –el organismo de control- según la peligrosidad o exigencia de seguridad que requiera el producto. El tema de la certificación constituye el complemento ineludible para la correcta consecución de la ya comentada política normalizadora del "nuevo enfoque", y, al igual que ésta, requeriría también un "enfoque global" que permitiese una aceptación por parte de las autoridades administrativas nacionales de aquellas certificaciones emitidas por las entidades, públicas o privadas, de otros Estados de la Unión Europea. Ello suponía una necesaria armonización en los procedimientos de certificación. Por este motivo, la Comisión europea, mediante su Comunicación de 15 de junio de 1989⁵⁰, propuso una sistematización de los procedimientos de certificación, formulando los denominados módulos de evaluación de la conformidad. El mismo año, el Consejo aprobó, mediante su Resolución de 21 de diciembre⁵¹, un "planteamiento global" para la definición conceptual de la evaluación de la conformidad⁵². Posteriormente, la Decisión del Consejo, de 13 de diciembre de

⁵⁰ "Planteamiento global en materia de certificación y pruebas" (COM (89) 209 final- SYN 208), DO nº C 267, de 19.10.1989.

⁵¹ Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, DO nº C10, de 16.1.90.

⁵² Elementos fundamentales de esta política europea en el ámbito de la evaluación de la conformidad son: 1) el establecimiento de un sistema de módulos que cada Directiva define en atención al procedimiento más adecuado para la obtención del marcado "CE"; 2) la aplicación generalizada de normas de la serie EN 29000 como exigencia en los sistemas de aseguramiento de la calidad; 3) la aplicación generalizada de la norma correspondiente de la serie EN 45000 como exigencia para los organismos de acreditación y certificación, y los laboratorios de ensayo; 4) la exigencia de organizar un sistema nacional de acreditación; 5) el control en los Estados miembros de las infraestructuras existentes de control y certificación; 6) información de las negociaciones con terceros países acerca del reconocimiento mutuo de la evaluación de la conformidad. Este es el caso de la Decisión del Consejo, de 18 de junio de 1998, relativa al

1990⁵³, posteriormente derogada por la Decisión 93/465/CEE, de 22 de julio de 1993⁵⁴, vino a establecer los módulos correspondientes a las diversas fases de los procedimientos de evaluación de la conformidad y las disposiciones referentes al sistema de colocación y utilización del marcado "CE" de conformidad. Marcado previsto en las Directivas de armonización técnica y cuya fijación sobre el producto es realizada por el fabricante, su mandatario⁵⁵ o a partir de un organismo notificado⁵⁶, prescindiéndose así de todo procedimiento administrativo⁵⁷.

El procedimiento de evaluación de la conformidad en función de módulos se fundamenta en la aplicación de las técnicas de garantía de la calidad previstas en las normas EN ISO 9000, así como en la intervención de una primera parte (el fabricante) o de un tercero (el organismo notificado). El legislador comunitario debe, pues, escoger de entre los ocho módulos de certificación previstos en la Directiva 93/465/CEE⁵⁸, aquéllos que sean adecuados para su aplicación en las

Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación de la conformidad, la certificación y el marcado entre la Comunidad Europea y Australia, así como con Nueva Zelanda (DO nº L 229, de 17.8.1998, pág. 1 y ss.). También existe un acuerdo del mismo tenor con los Estados Unidos de América (DO nº L 31, de 4.2.1999, pág. 1 y ss.).

⁵³ Decisión del Consejo 90/683/CEE, de 13 de diciembre de 1990 (DO nº L 380, de 31.12.90), relativa a los módulos correspondientes a las diversas fases de los procedimientos de evaluación de la conformidad que deben utilizarse en las Directivas de armonización técnica.

⁵⁴ Decisión 93/465/CEE, DO nº L 220, de 30.8.1993 (corrección DO nº L 282, de 17.11.93, pág. 12).

⁵⁵ Por ejemplo, *vid.* el artículo 8 de la Directiva 89/392/CEE, sobre máquinas. *Vid.* MATTERA, *El Mercado...*, cit., ppág. 219 y ss.

⁵⁶ Usamos la terminología comunitaria, aunque en ocasiones ésta habla también de organismos de control. Sin embargo, no usamos esta expresión en razón de que los Organismos de Control previstos en nuestra legislación desarrollan su actividad tanto en los ámbitos voluntarios como reglamentados.

⁵⁷ En este mismo sentido véase J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad...*, *op. cit.*, pág. 288.

⁵⁸ El sistema modular comprende ocho módulos básicos, de los que 6 ofrecen alguna variante. Sucintamente cabe decir que los módulos de evaluación de la conformidad abarcan desde el más sencillo –A–, al más complejo –H–, ya que se entiende que no todos los productos representan el mismo nivel de riesgo para la seguridad, la salud de los consumidores o el medio ambiente. Así, los productos con menor riesgo requieren pocos controles (p. ej., declaración de conformidad del fabricante o "autocertificación" –módulo A–. Se trata de controles internos de producción que no exigen la intervención de un organismo notificado); los productos de riesgo

diferentes Directivas sectoriales en atención a la mejor consecución de las exigencias de seguridad previstas. El esquema se refiere básicamente a tres niveles de seguridad. En primer lugar, el producto debe responder a las exigencias de seguridad formuladas en las cláusulas generales de las Directivas; exigencias que a su vez, como se ha dicho anteriormente, son concretizadas en el anexo de la Directiva; y, finalmente, son las normas europeas las que permiten al fabricante cumplir con las exigencias anteriores.

La evaluación de la conformidad puede subdividirse en módulos que se refieren a dos fases: la fase de diseño y la de producción. Sin embargo, algunos módulos cubren automáticamente ambas fases, de modo que constituyen procedimientos completos en sí mismos. Cada Directiva establece la gama de posibilidades de elección: por ejemplo, se pueden aplicar varios módulos a la misma función siempre que se obtenga cierto grado de equivalencia entre los resultados (o sea, se asegure que el producto cumple una especificación técnica dada o respete determinado nivel de seguridad)⁵⁹. Los módulos van de una menor a mayor complejidad, en atención al riesgo potencial que ofrezcan los productos para la salud y seguridad de usuarios y consumidores. La elección de módulos abarca, desde la mera declaración del fabricante, hasta controles de aseguramiento de calidad total realizados por alguno de los organismos notificados por los Estados miembros⁶⁰ (para una mejor comprensión se aconseja la consulta del esquema

medio requieren controles iniciales por parte de un organismo notificado (p. ej., examen de tipo – módulos B, más los módulos C, D, E y F); finalmente, los productos de alto riesgo requieren controles más exhaustivos desde la fase de diseño del producto, pasando por la fabricación hasta las pruebas finales y el seguimiento de la producción. Cada uno de estos módulos y sus posibles variantes se recogen en las Directivas de armonización técnica de acuerdo con las necesidades del sector y las peculiaridades del producto. Sobre el “enfoque global” y el “mercado CE”, véase: J. A. CARILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad, op. cit.*, págs. 283-289, y 428-434; J. R. HIDALGO MOYA y M. OLAYA ADAN, *Derecho del producto industrial (Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante)*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 320-371. Finalmente, cabe destacar el documento elaborado por la Comisión europea, “Guide relatif à la mise en application des Directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l’approche globale” (capítulo 5), puede consultarse en: www.eotc.be.

⁵⁹ Cfr. COM (89) 209 final-SYN 208, cit., pág. 21.

⁶⁰ Los diferentes tipos de módulos son: módulo A (control interno de la fabricación), módulo B (examen “CE de tipo”), módulo C (conformidad con el tipo), módulo D (aseguramiento de

sobre “Procedimientos de valoración de la conformidad con la legislación comunitaria”, publicado en el DO nº L 220, de 30 de agosto de 1993, página 39). Todo ello supone que el sistema de módulos exige una apropiada estructura empresarial capaz de asumir las exigencias, más elevadas en la medida que mayores sean los riesgos potenciales del producto.

La certificación autoriza y posibilita al fabricante a usar el marcado “CE” a modo de un “pasaporte técnico” que permite la libre circulación del producto por los países de la CE y la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC). La colocación del marcado “CE” supone, como hemos dicho, una declaración de que los productos se corresponden con las exigencias establecidas en las Directivas⁶¹. No obstante, ello no significa necesariamente que se hayan seguido normas europeas, ya que puede tratarse de productos en los que sólo existan especificaciones técnicas nacionales (p. ej., el art. 4.2 de la Directiva 89/106/CEE, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción⁶²). En, otras palabras, en ocasiones el marcado “CE” significa que se presume la conformidad con los requisitos esenciales marcados por una Directiva, o bien se presume la adecuación para el uso previsto.

calidad de la producción), módulo E (aseguramiento de calidad del producto), módulo F (verificación de los productos), módulo G (verificación por unidad), módulo H (aseguramiento de calidad total). Véase DO nº L 220, de 30.8.1993, págs. 23, 28 y ss.

⁶¹ Existen Directivas en atención a los productos siguientes: recipientes a presión simples, seguridad de los juguetes, productos de construcción, compatibilidad electromagnética, máquinas, equipos de protección individual, instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático, productos sanitarios implantables activos, aparatos de gas, equipos terminales de telecomunicación, calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos, y material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión. Véase la Directiva 93/68/CEE, de 22 de julio de 1993, DO nº L 220, de 30.8.93, que modifica las respectivas Directivas de estos productos. Además existen Directivas armonizadoras en: explosivos con fines civiles (Directiva 93/15/CEE), productos sanitarios (Directiva 93/42/CEE), aparatos y sistemas de protección para uso en atmósferas potencialmente explosivas (Directiva 94/9/CE), y ascensores (Directiva 95/16/CE).

⁶² DO nº L, de 11 de febrero de 1989.

2.2.2 Organismos acreditados para la certificación

a) *La certificación en el marco de las Directivas del “nuevo enfoque”*

En lo que atañe a certificación y pruebas por tercera parte se persigue también que los organismos encargados ofrezcan la suficiente confianza en cuanto a su credibilidad técnica. Por ello, los organismos de certificación necesitan ser acreditados, lo que significa el reconocimiento de que cumplen con las previsiones de carácter subjetivo, institucional y material exigidas para poder realizar las actividades de ensayo, certificación y/o inspección previstas en el correspondiente módulo de aplicación. Estos organismos, que pueden ser de carácter público o privado, son notificados por los Estados miembros, aunque previamente deben haber sido acreditados (acto técnico), conforme a las normas europeas de la serie EN 45000⁶³, por una entidad de acreditación nacional previamente notificada a la Comisión⁶⁴. Dicha acreditación determina una presunción de conformidad con los citados criterios. Además de la conformidad con la correspondiente norma de la serie 45000, es necesario demostrar la capacidad técnica del organismo en el ámbito de la Directiva en que se pretenda actuar. Una vez acreditados deben ser, como se ha dicho, notificados (acto administrativo) a la Comisión europea como organismos responsables, en cada Estado, para la realización de los

⁶³ Las normas EN 45000 se componen, en general, de una parte relativa a la organización y gestión del organismo y de otra en la que se tratan las exigencias técnicas ligadas al funcionamiento del organismo. Las normas deben ser consideradas como un conjunto ya que las dos partes son indispensables para garantizar la fiabilidad y la capacidad de funcionamiento de los organismos de evaluación de la conformidad. Las normas esenciales que permiten evaluar la competencia de los organismos a notificar son las siguientes: EN 45001, EN 45004, EN 45011 y EN 45012. Por ejemplo, la norma EN 45004 hace referencia a los “Criterios generales para el funcionamiento de los diversos tipos de organismos que realizan inspección”. Este es el documento utilizado por la Entidad Nacional de Acreditación española (ENAC) en sus tareas de auditoría a los organismos de inspección, tanto a nivel voluntario como reglamentario. Esto es en el caso de los Organismos de Control previstos en la Ley 21/1992 que realizan inspecciones administrativas de carácter obligatorio.

⁶⁴ En el caso español, como veremos posteriormente, se trata de la “Entidad Nacional de Acreditación” (ENAC).

procedimientos de certificación⁶⁵. Es importante destacar que el fabricante es libre de elegir entre cualquiera de los organismos notificados⁶⁶, incluidos los de otro Estado⁶⁷. Por supuesto, la aplicación coherente de los procedimientos de evaluación de la conformidad exige una estrecha colaboración entre los organismos notificados, los Estados miembros y la Comisión europea que haga merecedor de confianza al sistema. Con tal fin la Comisión ha previsto en un documento el marco para la coordinación y la cooperación entre los organismos notificados, los Estados miembros y la Comisión europea⁶⁸. El citado documento advierte que todas las Directivas de armonización basadas en el “nuevo enfoque” y el “enfoque global” contienen unas disposiciones comunes relativas a: 1) los procedimientos de evaluación de la conformidad; 2) la notificación de los organismos implicados en los procedimientos de evaluación de la conformidad; y 3) los criterios de competencia que deben cumplir los organismos para ser notificables.

Además, al margen de las instituciones comunitarias, la Comisión europea ha alentado la creación de una organización supranacional de la conformidad. Se trata de la “European Organisation for Conformity Assessment” (EOTC), se trata de una asociación privada sometida a la legislación belga y que fue constituida el 21 de diciembre de 1989, con el objeto de fomentar los acuerdos de reconocimiento

⁶⁵ No existe un número determinado de organismos notificados por cada Estado miembro, pudiendo ser variable, ni, igualmente, es necesario que cada Estado miembro tenga organismos notificados en cada ámbito armonizado por Directivas. *Vid.* el documento de la Comisión europea “Guide relatif à la mise en application des Directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l’approche globale”, capítulo 6, pág. 14, cit.

⁶⁶ La denominación de estas entidades como “organismos notificados” no es unánime en las Directivas del “nuevo enfoque”; también son utilizadas las expresiones “organismo de control”, “organismo de certificación”, “organismo de inspección” (véase las Directivas relativas a equipos a presión, material de construcción, y juguetes).

⁶⁷ Si el número de organismos notificados por Directiva resulta excesivo, la Comisión puede invitar a los Estados miembros a establecer un mecanismo apropiado a su representación. Véase,

⁶⁸ Documento de la Dirección General III, Industria, de la Comisión europea: “Cadre pour la coordination et la cooperation entre les organismes notifiés, les Etats membres et la Commission dans le cadre des Directives d’harmonisation communautaire basées sur la nouvelle approche et l’approche globale” (Bruselas, 20 de febrero de 1998/ III/B/4)

mutuo entre las diferentes entidades nacionales de certificación y control que asumen las competencias de certificación de los productos en el ámbito de la política comunitaria de armonización técnica. Con este propósito, el 25 de abril de 1990, el CEN/CENELEC, la Comisión europea y la EFTA, firmaron una declaración de intenciones sobre el funcionamiento de la EOTC.

b) *La certificación fuera del marco de las Directivas del “nuevo enfoque”*

En el ámbito no reglamentado -inexistencia de Directivas de armonización y de legislación nacional- la eficacia en otro Estado de una certificación de producto, concedida por una entidad de certificación, se consigue mediante el reconocimiento que realice otra entidad de aquel Estado. No es éste el caso de la esfera reglamentada por disposiciones nacionales, donde rige el principio del reconocimiento mutuo. Efectivamente, por ejemplo, la sentencia del TJ “Biologische Produkten”, de 17 de diciembre de 1981⁶⁹, estableció que las autoridades públicas no tienen derecho a exigir “sin necesidad” la realización de pruebas que ya se hayan realizado en otro Estado miembro dado que ello supondría una falta de confianza.

Sin embargo, como advierte LOPEZ ESCUDERO, este principio se halla sometido a dos condicionantes⁷⁰: de un lado, la divergencia entre legislaciones nacionales debe provenir de la ausencia de “una reglamentación común, con lo cual nos encontramos en el ámbito no cubierto por la política comunitaria de armonización técnica; de otro, el reconocimiento mutuo sólo puede actuar cuando el nivel de protección de los intereses generales que se pretenden garantizar en las

⁶⁹ As. 272/80, *Rec.*, 1981, pág. 3277. Ante la autorización gubernativa y los análisis previos que las autoridades holandesas exigían a los pesticidas importados, el TJ estableció que “las autoridades del Estado importador no tienen derecho a exigir sin necesidad análisis técnicos o químicos, o ensayos de laboratorio, cuando los mismos (...) han sido efectuados en otro Estado miembro y los resultados están a disposición de sus autoridades y pueden ser demandados a ellas y puestos a disposición de las del Estado importador”.

⁷⁰ *Vid.* M. LOPEZ ESCUDERO, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. D-19, 1993, págs. 136-143.

normativas divergentes de dos o más Estados miembros “es reconocido equivalente entre sí”. Este tipo de doble condicionamiento fue puesto de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de enero de 1986, sobre “Homologación de máquinas de cortar madera”⁷¹. Esta resolución del Tribunal de Luxemburgo traía causa en una impugnación que, a instancia de los fabricantes alemanes de cortar madera, la Comisión europea llevó a cabo contra la legislación francesa que exigía a dichas máquinas una homologación administrativa con carácter previo a su comercialización con la finalidad de constatar el cumplimiento de las especificaciones técnicas galas. Asimismo, la legislación francesa requería que los ensayos técnicos, previos a la obtención de la homologación administrativa, fuesen llevados exclusivamente a término por laboratorios franceses que dispusieran de una autorización al efecto otorgada por el Ministerio de Trabajo. Frente a la postura de la Comisión claramente favorable al reconocimiento mutuo de los niveles de protección de la normativa francesa y alemana, el Tribunal afirmó que la exigencia de una homologación previa a la comercialización de tales productos no era contraria al principio de libre circulación de mercancías, porque, a pesar de provocar una restricción al comercio intracomunitario, la reglamentación en cuestión estaba justificada en la necesidad de proteger la seguridad de los trabajadores, ya que: *“en ausencia de una armonización técnica comunitaria, adoptada sobre la base del art. 100 (...) las autoridades francesas están legitimadas para rechazar en su territorio máquinas peligrosas que no garanticen suficientemente a los usuarios el nivel de protección exigido por la legislación francesa”*.

La confianza, pues, sólo puede imponerse legislativamente respecto al cumplimiento de las reglamentaciones de seguridad, es decir en el caso de la homologación administrativa, o en el caso de productos certificados en el marco de las políticas del “nuevo enfoque” y del “enfoque global”, pero no puede imponerse

⁷¹ As. 188/84, *Rec.*, 1986, pág. 436 y ss.

de igual forma a los llamados sistemas de certificación voluntaria o de calidad⁷². Es decir para aquellos productos—especialmente en el ámbito de la construcción—no armonizados y no sujetos a procedimientos administrativos de certificación, cada Estado cuenta con sistemas propios de certificación promovidos por los propios sectores implicados. En estos casos, el reconocimiento de una certificación en otro Estado europeo requiere la existencia de algún tipo de acuerdo de reconocimiento entre, por ejemplo, una entidad del país de origen y otra del lugar de destino del producto en cuestión. Para ese reconocimiento multinacional se ha creado EQNet -Red Europea para la Evaluación y Certificación del Sistema de Calidad— que agrupa a un conjunto de organismos de certificación que se reconocen entre ellos sus certificados. Como evidencia de este reconocimiento mutuo de certificados, todos sus miembros emiten una declaración EQNet a todas las empresas que han obtenido un certificado, con independencia del sector industrial y económico de que se trate. Entre estos organismos se encuentra la británica BSI “Quality Assurance”, la alemana “DQS Deutsche Gesellschaft zur Zertifizierung von Qualitätsmanagementsystemen”, la francesa AFAQ “Association Française pour l’Assurance de Qualité”, o la española AENOR⁷³. Principalmente, el objeto de esta certificación de tercera parte es acreditar que el sistema de aseguramiento de la calidad que se sigue responde a las exigencias definidas en las célebres normas internacionales de la serie ISO 9000 (EN 29000UNE 66-900) que se toman como referencia⁷⁴.

⁷² Sobre el tema de la certificación en el ámbito voluntario y su trascendencia para el Derecho público vid. G. IACONO, *La certification d’assurance qualité: de nouvelles questions pour le droit?*, “Droit Administratif”, mayo 1994; sobre los sistemas voluntarios (Managementsystem) de control de calidad vid. Th. M. J. MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, págs. 212-213.

⁷³ AENOR tiene reconocido el carácter de entidad de certificación desde el año 1985 (RD 1614/1985, de 1 de agosto). El RD 2200/1995 (RICSI) mantiene ese reconocimiento para una actividad cuya finalidad es la “de establecer la conformidad solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona definidos en normas o especificaciones técnicas” (art. 20 RICSI).

⁷⁴ La ISO 9000 contiene objetivos generales y sirve de directriz para otras prescripciones; la ISO 9001 regula el aseguramiento de la calidad en los ámbitos de la investigación, construcción, producción, montaje y servicio posventa; la ISO 9002 se limita a la producción y al montaje; la ISO

Debe señalarse que, en ocasiones, la empresa puede referir su control de calidad a un determinado tipo de normas (DIN p. ej.) y a una determinada entidad (es el caso de las TÜV alemanas), en razón del país de destino de los productos o al reconocimiento internacional que para determinados productos ofrece el certificado de un organismo determinado. En todo caso, y a la vista de cualquier periódico está, cada vez es mayor la importancia que adquieren los sistemas y controles de calidad en nuestras empresas. En el caso de Cataluña, por ejemplo, es significativa la labor realizada por el "Laboratori Geneal d'Assaigs i Investigacions", previsto en la Ley 23/1984⁷⁵. En este mismo contexto adquieren también importancia los sistemas de auditoría ambiental, especialmente a partir del Reglamento comunitario 1836/93, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema de gestión y auditoría medioambientales.

Todo ello permitiría hablar de una auténtica juridificación de las estructuras empresariales mediante delegados que ejercen funciones de carácter jurídico-público (por ejemplo, el establecimiento de los delegados de prevención que realiza la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales)⁷⁶, los controles de autorización y los sistemas voluntarios de gestión empresarial. Todos estos sistemas privados de inspección y autocontrol empresarial encuentran su sentido en los sistemas de responsabilidad del fabricante establecidos legislativamente en estos últimos tiempos⁷⁷ y en la

9003 a los controles finales; la ISO 9004 se refiere al mejoramiento del sistema de trabajo y a la organización.

⁷⁵ El tema de la calidad es cada vez más recurrente en las secciones de economía de la prensa. A finales de 1997 se informaba que en España ya cerca de 3.000 empresas habían obtenido la certificación ISO 9000 frente a las 19 existentes en el año 1990.

⁷⁶ Los delegados de prevención son representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art. 35.1). Entre sus facultades está la de "ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales" (art. 36.1.d). La Ley 31/1995 obliga, además, a que la empresa estructure la acción preventiva en materia de seguridad laboral a través de un servicio

⁷⁷ Singularmente, a nivel europeo la Directiva 85/374/CEE y en el ámbito estatal la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. El sistema de certificación permitiría establecer un sistema de responsabilidad en cascada. Sobre la posible consideración de responsable del *certifier*, véase: M. A. DOMINGUEZ GARCIA, *Responsabilidad*

consecución de la llamada competitividad. Ante esta semejante extensión de sistemas privados de autorregulación la acción administrativa aparece como superflua y parece dirigirse a una posición no ya de control material sino de supervisión general del sistema. El sistema de certificación, por ejemplo, constituiría un sucedáneo de la inspección estatal y un ejemplo práctico del principio de subsidiariedad⁷⁸.

2.2.3 *Aplicación y equivalencia de las certificaciones emitidas por organismos notificados sobre la base de las Directivas “nuevo enfoque”*

La presunción de conformidad con normas europeas sólo podrá darse cuando las normas nacionales hayan trasladado aquéllas y haya sido publicada su referencia⁷⁹. Ello no significa que deba esperarse a que todos los Estados miembros tengan las normas nacionales correspondientes, ni que un fabricante no pueda realizar el producto –caso de no publicación en su Estado– siguiendo las normas armonizadas. Sin embargo, no podrá obtener el certificado de conformidad por parte de los organismos nacionales de certificación, aunque nada obsta a que pueda obtenerla a través de los organismos de certificación de otro Estado (no sus filiales) que ya haya hecho traslación de las normas armonizadas. Así, una

civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma, en “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 920.

⁷⁸ Otro ejemplo lo constituye el tema de las auditorías ambientales (Reglamento CEE 1836/93, de 29 de junio). En este sentido *vid.* R. STOBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., § 29 IV 3a.

⁷⁹ La *Guía* lo argumenta del modo siguiente: “Por razones de transparencia y certidumbre jurídica, los Estados miembros tienen que publicar las referencias de las normas nacionales que trasponen las normas armonizadas. (...) De las disposiciones de las directivas de nuevo enfoque antes mencionadas se desprende que la presunción de conformidad depende también de la transposición de la norma europea a una norma nacional. Esto significa que no existirá tal presunción si las normas europeas no han sido transpuestas, aunque se haya publicado la referencia en el DOCE.” (pág. 37). En este sentido, el artículo 11.f) del RICS establece como obligación de AENOR el: “Remitir mensualmente al órgano competente de la Administración pública que lo reconoció la relación de normas aprobadas y anuladas en dicho período, identificadas por su título y código numérico, para su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

certificación de tercera parte puede obtenerla el fabricante no sólo por un organismo de su Estado sino también por otro.

2.2.4 Sistemas nacionales y europeos de acreditación de los organismos notificados⁸⁰

Todos los Estados europeos están obligados a institucionalizar un sistema nacional de acreditación⁸¹. En el caso español, la Ley 21/1992, de Industria, prevé en su artículo 17 la creación de Entidades de Acreditación cuyas condiciones y requisitos de constitución “se fijarán reglamentariamente, ajustándose a lo establecido en las normas de la Comunidad Económica Europea” (art. 17.3). Dicho desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el RD 2200/1995 (RICSI), estableciendo en sus artículos 14 a 19 el régimen jurídico de las entidades de acreditación. Sin embargo, la Disposición adicional tercera del RICSI ya reconoce y designa a la “Entidad Nacional de Acreditación” (ENAC)⁸² como entidad de acreditación “de las establecidas en el capítulo II del Reglamento”.

⁸⁰ En su Resolución de 21 de diciembre de 1989, el Consejo adoptó como una de las directrices de una política europea en materia de evaluación de la conformidad el fomentar “en todos los Estados miembros de la Comunidad y en la propia Comunidad, la utilización generalizada de las normas europeas relativas a la garantía de la calidad (EN 29000) y a los requisitos que deben cumplir dichos organismos (EN 45000), la creación de sistemas de acreditación y la utilización de técnicas de intercomparación”.

⁸¹ En el caso alemán existe, por ejemplo, desde su fundación el 4 de marzo de 1991, el Consejo alemán de acreditación (*Deutsche Akkreditierungsrat*). En él están representados la Federación, los *Länder* y representantes de ámbitos económicos.

⁸² La “ENAC” encuentra su origen en la modificación de estatutos de la Red Española de Laboratorios de Ensayo (RELE), asociación sin ánimo de lucro constituida conforme a la Ley 191/1961 y demás disposiciones reglamentarias. RELE, tenía ya reconocida por Resolución de 10 de marzo de 1993, de la Dirección General de Política Tecnológica (BOE 16.4.93), la capacidad para ejercer funciones de acreditación de entidades de certificación, entidades de inspección o auditores de calidad, de laboratorios de ensayo y laboratorios de calibración industrial, según lo establecido en los artículos 8.11, 19.1b) y 20.4 de la Ley 21/1992. Adviértase que la denominación actual, de manera consciente o no, puede provocar confusión llevando a pensar que se trata de un organismo público.

3. Aspectos institucionales de la normalización europea

El sistema europeo de normalización descansa en la cooperación de cuatro sujetos. En primer lugar, el Consejo y el Parlamento europeo, ellos son quienes deben definir los requisitos esenciales de seguridad que deben satisfacer de modo uniforme los productos que acceden al mercado. En segundo lugar, la Comisión, a quien corresponde impulsar y supervisar el sistema. En tercer lugar, los organismos de normalización encargados de elaborar las normas técnicas. Finalmente, los Estados miembros realizan el control sobre el proceso de normalización europea a través de diferentes comités⁸³. En este tercer apartado haremos referencia a la función de estos comités técnicos en los que están representados los Estados miembros (3.1), trataremos los procedimientos de información previstos para la elaboración de normas y reglamentaciones técnicas, así como la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia en este tema (3.2), finalmente, examinaremos los aspectos institucionales de los organismos europeos de normalización (3.3).

3.1 El papel de los comités en el sistema europeo de normalización

El anexo II de la resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985 establece la existencia de un comité permanente entre los elementos principales que deberían conformar las Directivas del "nuevo enfoque". Se trata, pues, de un comité *ad hoc* para cada una de las diferentes Directivas. Su composición responde a los mismos criterios que el comité previsto en la Directiva 98/34/CE: representantes designados por los Estados miembros y su presidente por la Comisión. Igualmente, los miembros del comité pueden ser asistidos por expertos o consejeros en el procedimiento de control de la conformidad de las normas

⁸³ Vid. E. CHITI, "La normalizzazione", en *Trattato di Diritto Amministrativo- Diritto Amministrativo Speciale*, t. III (S. CASSESE dir.), A, Giuffrè Editore, Milán, 2000, pág. 3072.

elaboradas a los requisitos esenciales de seguridad⁸⁴. El comité también puede ser consultado sobre cualquier cuestión relativa a la aplicación de la correspondiente Directiva.

La citada resolución de 7 de mayo de 1985 no contiene mayores concreciones en lo que respecta a este tipo de comités. En la práctica el legislador comunitario ha optado por establecer comités de carácter consultivo, con la importante excepción del comité permanente para los productos de la construcción y para los productos sanitarios, órganos que tienen atribuidas funciones reguladoras. También hay que destacar el hecho de que no todas las Directivas de armonización técnica han previsto el establecimiento del comentado comité permanente. Es el caso de las siguientes Directivas: 87/404/CEE (recipientes a presión simple), 89/336/CEE (compatibilidad electromagnética) y 90/396/CEE (aparatos de gas). Las mismas remiten al comité previsto en la Directiva 83/189/CEE, sustituido por el comité análogo previsto en la Directiva 98/34/CE.

Por su parte, la Directiva 98/34/CE, además de proceder a la sustitución de la Directiva 83/189/CEE, instituye un comité que desarrolla un importante papel en el procedimiento de información de las normas y reglamentos técnicos y de las regulaciones referentes a los servicios de la sociedad de la información. Se trata de un comité presidido por un representante de la Comisión y compuesto por representantes de los Estados miembros que, en su caso, pueden requerir la asistencia de expertos o de consejeros⁸⁵. El recurso a estos últimos se sujeta, sin embargo, a un deber de confidencialidad⁸⁶.

⁸⁴ En el caso de la Directiva 89/106/CEE, sobre los productos de construcción, su artículo 4.1 prevé que los mandatos de la Comisión al CEN/CENELEC para elaborar "normas armonizadas" se realizan sobre la base de un dictamen emitido por el Comité permanente sobre productos de la construcción. La complejidad para elaborar normas en este ámbito se demuestra en el hecho de que hasta la fecha sólo ha sido aprobada una norma armonizada, la EN 197-1:2000. Su referencia está publicada en el DO nº C 20, de 23 de enero de 2001.

⁸⁵ Art. 5

⁸⁶ El art. 6.7 establece que: "Los trabajos del Comité y las informaciones que a él deban someterse serán confidenciales. No obstante, tomando las precauciones necesarias, el Comité y

Los representantes nacionales –por regla general uno por Estado- acostumbran a ser funcionarios ligados al ámbito ministerial de industria. El Comité, conforme a lo previsto en la Directiva 98/34/CE, ejerce funciones consultivas. Así, adopta posiciones en torno a los informes sobre el establecimiento y la aplicación de los procedimientos previstos en la Directiva 98/34/CE y de las propuestas de la Comisión tendentes a eliminar los obstáculos a la libre circulación de productos. A la vista de estas comunicaciones y propuestas el citado órgano puede sugerir a la Comisión que, entre otras cosas, proponga a los organismos europeos de normalización la elaboración de una norma europea en un plazo determinado.

Además, el comité puede ser consultado por la Comisión sobre todo anteproyecto de reglamento técnico que haya recibido⁸⁷. También puede ser objeto de consulta por parte de su presidente o de un Estado miembro en lo que concierne a toda cuestión relativa a la aplicación de la Directiva⁸⁸. En otros casos, el comité debe ser consultado preceptivamente por la Comisión en determinados casos, por ejemplo en el momento de examinar nuevamente el funcionamiento del sistema aplicado por la Directiva, también en relación a los encargos dirigidos a los organismos de normalización.

Aunque las consultas al comité no son vinculantes, en la práctica aquél constituye el foro idóneo en el cual es posible un intercambio de opiniones entre los representantes nacionales y los representantes de la Comisión sobre aspectos importantes del sistema, en especial los relativos al funcionamiento del procedimiento previsto en la Directiva, sobre los reglamentos técnicos notificados, la oportunidad para que la Comisión invite a los organismos europeos de normalización para elaborar una norma europea.

las administraciones nacionales podrán consultar a personas físicas o jurídicas, incluso pertenecientes al sector privado, para recabar su opinión en calidad de expertos”.

⁸⁷ Art. 6.5

⁸⁸ Art. 6.6

- La extensión del sistema de comités a otros ámbitos

Es conveniente destacar que el recurso a comités permanentes no es privativo de las Directivas del “nuevo enfoque”, existen otras Directivas en las que se dispone la existencia de comités permanentes para la adaptación al progreso técnico de las Directivas. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 76/768/CEE⁸⁹ del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos. Esta última contempla en su redacción original un comité para la adaptación al progreso técnico de las Directivas encaminadas a suprimir los obstáculos técnicos que se oponen a los intercambios en el sector de los productos cosméticos (art. 9). Dicho comité está compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión. Posteriormente, la Decisión 78/45/CEE⁹⁰ de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, creó un comité científico de cosmetología que fue incorporado en el texto de la Directiva sobre cosméticos a través de la Directiva 82/368/CEE⁹¹, de 17 de mayo de 1982.

Pues bien, en relación al papel de los comités cabe referir que el propio Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 25 de enero de 1994⁹², destaca como las apreciaciones de carácter científico y técnico son en la mayoría de los casos complejas y no puede esperarse que la Comisión esté en condiciones de efectuarlas. Pero, de hecho, tampoco lo están los comités previstos para la adaptación al progreso técnico de las Directivas ya que, en la práctica, dichos comités deben estar, a su vez, asistidos por expertos delegados por los Estados miembros para las cuestiones científicas y técnicas que conforman los llamados

⁸⁹ DO nº L 262.

⁹⁰ DO nº L 13, del año 1978.

⁹¹ DO nº L 167.

⁹² Asunto C-212/91 “Angelopharm GmbH contra Freie und Hansestadt Hamburg”.

“comités científicos”⁹³. Ahí, ante las limitaciones técnicas y científicas, resurge nuevamente la relevancia del experto. El resultado final es que la consulta a los comités científicos pasa a ser obligatoria tanto para autorizar productos—en este caso cosméticos— como para prohibirlos. Corresponde escuchar, pues, a los expertos científicos no sólo en el trámite de la autorización de un producto, sino también para su misma prohibición. De esta manera, y en el caso de la Directiva sobre cosméticos, la Comisión no puede prohibir el uso de una sustancia que, *“habida cuenta de los resultados de la investigación científica y técnica más reciente, pueda considerarse no peligrosa.”* Nuevamente surge aquí el dilema sobre dónde debe radicarse la última decisión, si en el ámbito científico o en el político, siendo en este último donde reside la legitimidad democrática⁹⁴.

El recurso desde las Directivas del “nuevo enfoque” a comités de expertos forma parte del proceso regulador comunitario. Se trata, además, de un modelo que presenta numerosas analogías con otros sistemas administrativos que emergen en el ordenamiento comunitario. Una de las expresiones más claras la tiene en la creación de los llamados organismos europeos, especialmente de las agencias europeas, separados de la Comisión y competentes en sus ámbitos específicos de actuación. Según MAJONE⁹⁵, la existencia de este tipo de organismos trae causa en la “desconfianza” que puede existir en los Estados para reconocer y

⁹³ En la actualidad existen un total de ocho comités científicos sectoriales, cinco de los cuales cubren, directa o indirectamente, los ámbitos de la alimentación humana y animal, son los siguientes: alimentos; nutrición animal; salud veterinaria pública; plantas; salud y bienestar animal; productos cosméticos y productos no alimenticios; medicamentos y dispositivos médicos; toxicidad, ecotoxicidad y medio ambiente. Además, existe un Comité Director Científico que proporciona asesoramiento sobre cuestiones pluridisciplinares, la EEB (encefalopatía espongiiforme bovina), los procedimientos armonizados de determinación del riesgo y la coordinación de las cuestiones que entran en el ámbito de los mandatos de varios comités sectoriales (por ejemplo, la resistencia a los antibióticos).

⁹⁴ Lo que se plantea es perfectamente extrapolable a otros supuestos. En España el ejemplo más reciente sería la confusión generada durante el verano de 2001 en relación al aceite de orujo. Tras una decisión política amparada en la defensa de la salud de los consumidores y justificada en una recomendación de la Organización Mundial de la Salud sobre la no presencia de benzopireno en los alimentos, pudo leerse en la prensa “Los expertos ignoran el nivel de riesgo del aceite retirado. Los especialistas consideran imposible fijar el índice de peligrosidad del orujo de oliva” (*El Periódico de Catalunya*, de 5 de julio de 2001).

autorizar la comercialización de productos que pudieren serlo en otros Estados. En tales casos la asistencia comunitaria puede ser necesaria para asegurar que todos los miembros puedan alcanzar un nivel de competencia suficiente para garantizar la confianza recíproca y hacer posible el mutuo reconocimiento. Tal dificultad, por ejemplo, es la que ha motivado la creación de una Agencia europea para la evaluación de los productos sanitarios o la proyectada Agencia europea para los alimentos⁹⁶.

3.2 Los procedimientos de información establecidos por la Directiva 98/34/CE (83/189/CEE) en atención a la elaboración de normas y reglamentaciones técnicas.

La Directiva 83/189/CEE (actual 98/34/CE) vino a establecer, desde su entrada en vigor el primero de abril de 1984, dos llamados procedimientos de información. Un primer procedimiento entre la Comisión y los organismos nacionales y europeos de normalización relativo a las normas europeas; y, un segundo procedimiento que se articula a partir de la notificación de los Estados a la Comisión de los proyectos de reglamentos técnicos nacionales, esto es, de aquellas especificaciones técnicas cuyo cumplimiento sea obligatorio. En este segundo procedimiento están también llamados a participar el resto de Estados miembros. La Directiva 98/34/CE es reconocida como un instrumento fundamental para la realización del mercado interior, ya que no sólo permite a la Comunidad evitar la introducción de normativas técnicas nacionales que supongan obstáculos a la libre circulación de productos, sino que posibilita la correcta consecución de un espacio técnico común.

⁹⁵ A. LA SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bolonia, 2000, págs. 254-255.

⁹⁶ En el Libro Blanco sobre seguridad alimentaria presentado por la Comisión en enero de 2000 (COM –1999- 719 final) puede leerse: “La Comisión considera que la creación de un Organismo alimentario europeo independiente es el medio más apropiado para satisfacer la necesidad de garantizar un nivel elevado de seguridad alimentaria. A esta entidad se le confiarán una serie de tareas esenciales, que abarcarán la formulación de dictámenes científicos independientes sobre todos los aspectos relacionados con la seguridad alimentaria, la gestión de los sistemas de alerta rápida, la comunicación y el diálogo con los consumidores sobre las cuestiones sanitarias y de seguridad alimentaria, así como la creación de redes con las agencias nacionales y los organismos científicos”, pág. 3.

3.2.1 *El procedimiento de información previsto para la elaboración de los reglamentos técnicos nacionales*

a) *Objeto*

El primer procedimiento que vamos a tratar es el concerniente a la elaboración por los Estados de los reglamentos técnicos, es decir aquellas *“especificaciones técnicas u otros requisitos, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación, cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo”* (art. 1.9 de la Directiva 98/34/CE). El concepto de reglamento técnico incluye, pues, una doble realidad normativa; de un lado, las reglamentaciones o reglas técnicas incluidas en una disposición de Derecho público y cuyo cumplimiento resulta obligatorio *de iure*; de otro, aquellas remisiones que desde la norma jurídica se realizan a *“especificaciones técnicas u otros requisitos, bien a códigos profesionales o de práctica que se refieran ellos mismos a especificaciones técnicas u otros requisitos y cuyo cumplimiento otorgue una presunción de conformidad a las prescripciones fijadas por (...) disposiciones legales, reglamentarias o administrativas”*(art. 1.9 de la Directiva 98/34/CE).

A su vez, el artículo 1.3 de la Directiva define “una especificación técnica” como: *“una especificación que figura en un documento en el que se definen las características requeridas a un producto, tales como los niveles de calidad, el uso específico, la seguridad o las dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, los ensayos y los métodos de ensayo, el envasado, el marcado y el etiquetado, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad”*.

Mientras que por “otro requisito” el artículo 1.4 entiende: *“un requisito distinto de una especificación técnica impuesto a un producto, en particular por motivos de protección de los consumidores o del medio ambiente y que se refiere a su ciclo de*

vida con posterioridad a su comercialización, como sus condiciones de uso, reciclado, reutilización o eliminación, cuando dichas condiciones puedan afectar significativamente a la composición o naturaleza del producto o a su comercialización”.

b) *Procedimiento ordinario y plazos*

La obligación de notificar el proyecto de reglamentación técnica que previamente a su adopción se impone a los Estados miembros (artículo 8 de la Directiva 98/34/CE), constituye un procedimiento de control. Su finalidad es prestar atención a los efectos jurídicos y a los objetivos que persigue la “medida” notificada. Este procedimiento de control se enmarcaría entre los de simple información y los de autorización, existentes en el Derecho comunitario⁹⁷. La notificación a la Comisión europea se tramita a través del órgano designado por el ordenamiento interno de cada Estado⁹⁸.

El procedimiento, de carácter informativo, discurre en dos fases sucesivas: (1) la del procedimiento de notificación del proyecto de disposición técnica y (2) la de las ulteriores reacciones que puede provocar aquél tanto en la Comisión europea como en otros Estados miembros. El objeto de la notificación es el proyecto de reglamento técnico que, según el artículo 1.12 de la Directiva, será aquél *“que se*

⁹⁷ Véase E. G. FOURNIER y M. S. LA PERGOLA, “La nouvelle procédure d’information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l’intérieur de la Communauté”, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1996, ppág. 152 y ss.

⁹⁸ En el caso español, la comunicación de proyectos técnicos estatales y autonómicos, así como el intercambio de información con la Comisión europea se realiza conforme a la previsión contenida en el artículo 5.1 del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio. Este precepto establece que: “las Administraciones públicas, a través de la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea, creada por el RD 1567/1985, de 2 de septiembre, notificarán a la Comisión europea en los términos del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, todo proyecto de reglamento técnico”. El plazo de que dispone la Comisión interministerial para realizar la remisión del proyecto es de un mes desde que lo recibe, pudiendo en dicho plazo recabar información suplementaria de la Administración remitente (art. 6).

encuentre en un nivel de preparación que permita aún la posibilidad de efectuar modificaciones sustanciales”.

Así mismo, el Estado deberá comunicar *“simultáneamente el texto de las disposiciones legales y reglamentarias básicas de las que se trate principal y directamente, si el conocimiento de dicho texto es necesario para apreciar el alcance del proyecto de reglamento técnico”* (art. 8.1 párrafo 2)

Sin embargo, la propia Directiva establece una serie de excepciones al deber de notificación. Tal es el caso de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o incluso acuerdos voluntarios, en virtud de los cuales los Estados miembros (1) den cumplimiento a actos comunitarios o internacionales que tengan por resultado la adopción de especificaciones técnicas comunes en la Comunidad, (2) se acojan a cláusulas de salvaguardia previstas en actos comunitarios vinculantes⁹⁹ o, (3) se limiten a ejecutar una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Debemos destacar que, conforme al artículo 1.9 final¹⁰⁰ quedan también incluidos bajo la noción de reglamentos técnicos los establecidos por autoridades designadas por los Estados miembros. Con ello se elimina, desde el año 1994, la excepción a las especificaciones técnicas establecidas por las autoridades locales que contenía en su versión originaria la Directiva 83/189/CEE¹⁰¹. El artículo 1.9 final establece que las diferentes autoridades de los Estados miembros deben

⁹⁹ La cláusula de salvaguardia permite a un Estado miembro adoptar de pleno derecho cualquier medida necesaria (incluidas las administrativas y reglamentarias) para retirar un producto sospechoso del mercado o prohibir o restringir su comercialización. Esta facultad no necesita autorización previa, ya que responde a razones de urgencia. *Vid. “Guía”, cit., pág. 43.*

¹⁰⁰ Inexistente en la redacción inicial de la Directiva 83/189/CEE fue introducido por la Directiva 94/10/CE, DO nº L 100, de 19.4.1994.

¹⁰¹ Su anterior artículo 1.5 establecía por “reglamento técnico”: “Las especificaciones técnicas, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación y cuyo cumplimiento sea obligatorio, *de iure* o *de facto*, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, a excepción de las establecidas por las autoridades locales”, cursiva última nuestra.

constar en una lista elaborada por la Comisión antes del 1 de julio de 1995. Dicha lista, adoptada a través del Comité previsto en el artículo 5, comprende, en el caso español, a las Comunidades Autónomas¹⁰²

En el transcurso del plazo de tres meses, la Comisión y los Estados miembros pasan a examinar el texto notificado con la finalidad de verificar su compatibilidad con el derecho y las políticas comunitarias. En este plazo, los Estados miembros deben aplazar la adopción del proyecto de reglamento técnico (art. 9.1). Si transcurridos los tres meses no ha habido observaciones, opera un “silencio positivo” y el Estado “recupera” el derecho a adoptar la reglamentación propuesta. Ahora bien, el análisis del texto notificado puede también dar lugar a la formulación de observaciones (art. 8.2) que el Estado notificante deberá tener en cuenta en la elaboración de la reglamentación técnica.

Sin embargo, según el artículo 9.2, este plazo inicial de *statu quo* puede ser ampliado:

- 1) seis meses, en el caso que la Comisión o un Estado miembro emitan, en el curso de los tres meses siguientes a la fecha de recepción del proyecto, un dictamen razonado en el que se ponga de manifiesto que la medida prevista presenta aspectos que, en un momento dado, podrían crear obstáculos técnicos. Este plazo será sólo de cuatro meses cuando se trate de proyectos relativos a los servicios de la información o de proyectos que vayan a adoptar la forma de acuerdos voluntarios que impliquen el cumplimiento de especificaciones

¹⁰² La lista comprende también los 16 *Länder* en Alemania, las tres Regiones y Comunidades belgas, las 16 *Amtskommuner* en Dinamarca, las 13 Periferia griegas, las 26 Regiones en Francia, las 20 *Regioni* italianas, los *Bedrijfslichamen* en Holanda, los 9 *Bundesländer* austriacos, las dos *Regioes* Autónomas en Portugal, los *Ahvenanmaan Maakunta* de Finlandia y, las cuatro Naciones del Reino Unido de la Gran Bretaña.

técnicas y en los que las autoridades públicas sean parte, con exclusión de los pliegos de condiciones técnicas de la contratación pública;

- 2) doce meses, cuando la Comisión anuncie, en el transcurso de los tres meses siguientes a la recepción del proyecto, su intención de emprender una medida armonizadora—mediante Directiva, Reglamento o Decisión— en el sector al que el mismo se refiere, o bien cuando se trate de una materia ya cubierta por una propuesta armonizadora (arts.9.3 y 9.4).
- 3) dieciocho meses, cuando el Consejo adopte una posición común que suponga ampliar el periodo *destatuto quo* (art. 9.5)

c) *El procedimiento de urgencia*

Los periodos de *statu quo* no son aplicables cuando, por razones urgentes surgidas ante una situación grave e imprevisible y relacionadas con la protección de la salud de las personas y los animales, la preservación de la flora, o la seguridad, un Estado deba elaborar en un plazo muy breve reglamentos técnicos para su aprobación y puesta en vigor inmediata, sin que sea posible realizar el trámite de consulta (art. 9.7). Las medidas adoptadas para la protección del aire, el suelo y el agua, pueden ser incluidas en los supuestos descritos. En todo caso, la Comisión deberá comprobar la existencia de las razones que hayan justificado el procedimiento de urgencia. Si el supuesto de urgencia fuere rechazado, el Estado no podrá adoptar la reglamentación, si, pese a todo, lo hiciere, la Comisión puede adoptar las medidas previstas en el artículo 226 TCE, iniciando un procedimiento de infracción contra aquel país.

3.2.2 Consideración especial al incumplimiento de información por parte de los Estados: la sentencia "Security International" y la posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia

La Directiva 98/34/CE no hace previsión alguna para el caso de omisión de notificación de un reglamento técnico por parte de un Estado. En este sentido cabría pensar que las disposiciones no notificadas y ya en vigor son plenamente válidas y eficaces según el Derecho interno de cada Estado. Existe, ciertamente, en caso de incumplimiento, la posibilidad por parte de la Comisión de iniciar el procedimiento de declaración de incumplimiento previsto en el artículo 226 TCE y, en caso de no ser atendido su requerimiento por el Estado infractor, instar la vía de recurso ante el Tribunal de Justicia. En la práctica todo esto supone dos cosas, primero, que sin la colaboración de los Estados difícilmente puede conocer la Comisión –al menos de un modo formal– la existencia de proyectos de reglamentos técnicos; segundo, que el control sobre las reglamentaciones ya aprobadas obligaría a la Comisión a vigilar el torrente normativo de naturaleza técnica que los boletines oficiales de cada Estado publican. Pero, además, resulta que ni el procedimiento de requerimiento seguido por la Comisión, ni el posterior recurso por incumplimiento ante el Tribunal tienen efectos suspensivos. En consecuencia, el proyecto de reglamento técnico puede ser perfectamente adoptado por el Estado pese a esas actuaciones de la Comisión.

La primera respuesta dada desde la Comisión para intentar solventar la situación descrita se ofrece con su Comunicación interpretativa, de 1 de octubre de 1986, sobre la Directiva 83/189/CEE¹⁰³. En la misma establecía el principio de inoponibilidad frente a terceros de los reglamentos técnicos no notificados en los términos siguientes: *"La Comisión considera (...) que cuando un Estado miembro dicte una reglamentación técnica en el ámbito regulado por la Directiva 83/189/CEE sin informar del proyecto a la Comisión y sin respetar la debida*

¹⁰³ "Comunicación de la Comisión relativa al incumplimiento de determinadas disposiciones de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un

obligación, la reglamentación así adoptada será inaplicable contra terceras partes en el sistema legal del estado miembro de que se trate. La Comisión considera, por lo tanto, que los litigantes tienen derecho a esperar que los tribunales nacionales rehúsen aplicar las reglamentaciones técnicas nacionales que no hayan sido notificadas como el Derecho comunitario exige. La aplicación de este principio supondría que un tercero al que un Estado exigiese el cumplimiento de una reglamentación técnica no notificada conforme al procedimiento de la Directiva, o en cuya aprobación se hubiesen incumplido las obligaciones derivadas de la notificación (p. ej no respeto del período de *statu quo*, o no retirada del proyecto si es el caso) podría invocar ante las autoridades judiciales nacionales la “inoponibilidad” de la medida en cuestión. No obstante, el carácter jurídicamente no vinculante de la Comunicación referida significaba en la práctica que sólo el Tribunal de Justicia podía decidir si los incumplimientos estatales referidos podían acarrear las consecuencias pretendidas por la Comisión. Tal pronunciamiento judicial habría de esperar una década para su manifestación explícita con la sentencia, de 30 de abril de 1996, sobre el asunto “CIA Security International”¹⁰⁴.

procedimiento de información en el campo de las normas y reglamentaciones técnicas” DO nº C 245, de 1 de octubre de 1986, pág. 4.

¹⁰⁴ Asunto C-194/94, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por parte del Tribunal de *commerce* de Lieja, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 30 del Tratado CE y de la Directiva 83/189 del Consejo, de 28 de marzo. Su interés ha sido destacado en diferentes artículos y comentarios, así: J. FRONIA, “Keine Anwendung von nationalen technischen Vorschriften, die nicht zuvor der Kommission notifiziert wurden”, *EuZW*, 12/1996, págs. 379-384; E. GIPPINI FOURNIER y M. SERENA LA PERGOLA, La nouvelle procédure d’information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l’intérieur de la Communauté, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1996, pág. 145 y ss. Entre nosotros véase: M. LOPEZ ESCUDERO, “Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 23, 1996, pág. 839 y ss.; L. GONZALEZ VAQUE, “La anulabilidad de los reglamentos técnicos nacionales no notificados en el ámbito de la Directiva 83/189/CEE: efectos de la jurisprudencia *Security International* en la realización del mercado interior”, *Comunidad Económica Aranzadi*, núm. 11, 1996, pág. 37 y ss.; J. A. CARRILLO DONAIRE, “Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 98/34/CE. (La doctrina del TJCE sobre la “inoponibilidad” frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, pág. 127 y ss.

La Comisión europea recuerda en todos los textos en que se publican periódicamente las notificaciones recibidas de reglamentaciones técnicas la importancia de dicha sentencia en los siguientes términos: “Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de notificar un reglamento

a) *Planteamiento y antecedentes jurisprudenciales*

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ), de 30 de abril de 1996, tiene su origen en una cuestión prejudicial (at. 234 del Tratado CE)¹⁰⁵ planteada por el Tribunal de comercio de Lieja. Los antecedentes de hecho consistían en un litigio entre empresas belgas de seguridad, con motivo de la comercialización y venta de sistemas y centrales de alarma. Una de aquéllas, “CA Security International”, alegaba prácticas desleales debido a la difamación de su producto (un sistema antirrobo) por parte de las empresas competidoras en atención a su falta de homologación administrativa. Las otras sociedades reconvinieron, alegando la falta de autorización de “Security International” como empresa de seguridad, conforme a la legislación belga, y, en lo que a nosotros interesa, la mencionada falta de homologación del producto en cuestión.

El litigio traía, pues, causa en una supuesta práctica de comercio desleal que corría paralela a la falta de autorización administrativa del sistema de alarma de la parte demandante. La legislación belga prohibía su comercialización si no se ajustaba al procedimiento reglamentario previsto para su autorización. La cuestión radicaba en saber si ese reglamento (Real Decreto de 14 de mayo de 1991)¹⁰⁶ constituía un reglamento técnico en el sentido previsto en la entonces Directiva 83/189/CEE del Consejo¹⁰⁷.

técnico implica la inaplicabilidad de dicho reglamento y no será oponible a los particulares”.

¹⁰⁵ Dicho artículo establece: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (...)”.

¹⁰⁶ Dicho RD, fue objeto de un dictamen motivado emitido por la Comisión con arreglo al artículo 169 del Tratado (actual 226). El Gobierno belga notificó, en febrero de 1993, un nuevo proyecto de Real Decreto por el que se establecía el procedimiento de homologación de los sistemas y centrales de alarma.

¹⁰⁷ Debe tenerse en cuenta que los hechos son anteriores a las últimas modificaciones de la Directiva 83/189/CEE, con lo cual el Tribunal conoció de acuerdo con la versión que era la aplicable al caso. Las modificaciones ulteriores -que iremos refiriendo- no suponen, en principio, una alteración respecto al supuesto planteado al Tribunal.

La sentencia resulta sumamente importante en el extremo que declara, en su parte dispositiva, la inaplicación a los particulares, por parte del Juez nacional, de aquellos reglamentos técnicos nacionales que no hayan sido notificados a la Comisión con arreglo a la Directiva.

b) *Argumentación del Tribunal*

La decisión del Tribunal en el asunto “CIA Security International” se fundamenta en la interpretación de que la omisión del deber de notificación implica un vicio de procedimiento sustancial:

§ 48: *“(...) consta que el objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo y que la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario. La eficacia de dicho control se verá tanto más reforzada en la medida en que la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares .”*

La Sentencia usa, por un lado, argumentos objetivos: la eliminación o limitación de los obstáculos que supongan restricción a la libre circulación de mercancías; por otro, la notificación, tiene, reconoce el TJ, una carácter jurídico e instrumental que permite supeditar la entrada en vigor de los reglamentos técnicos nacionales al acuerdo o a la no oposición de la Comisión. Sin embargo no se desprende claramente de la sentencia si aquéllos son los elementos determinantes o los accesorios de la falta de notificación como “vicio de procedimiento sustancial”. De esta manera, el Tribunal parece no construir la “inoponibilidad”-esto es, el efecto directo “horizontal”- como una sanción contra el Estado miembro que ha incumplido la obligación de notificar, sino sobre la base de un vicio cualificado de procedimiento.

c) *Conclusión y aspectos a tomar en cuenta*

La Sentencia "CIA Security International" contesta a la cuestión sobre si el procedimiento de información es exactamente incondicional y si un Tribunal nacional debe rechazar la aplicación de un reglamento técnico, en el caso que no haya sido comunicado a la Comisión. La respuesta dada por el Tribunal de Justicia significa poner fin a larga controversia entre los Estados miembros y la Comisión, dando conformidad a la interpretación que la Comisión había realizado con su Comunicación del año 1986¹⁰⁸. Por ello dicha Sentencia ha sido especialmente considerada en cuanto supone un fortalecimiento del mercado interior y de los derechos de terceros¹⁰⁹.

El elemento clave radica, sin embargo, no tanto en la obligatoriedad de la comunicación a la Comisión, sino en que la entrada o no en vigor del texto normativo propuesto depende del consentimiento o falta de oposición de la Comisión. A partir de ahí nace la consecuencia jurídica de considerar la existencia de un vicio de procedimiento. La consecuencia práctica que se deriva de esta interpretación es que, a partir de ahora, todos aquellos reglamentos técnicos a punto de entrar en vigor pero que no han seguido el procedimiento de información de la Directiva 83/189/CEE¹¹⁰, son susceptibles de ser recurridos y pueden ser declarados como no aplicables.

¹⁰⁸ Vid. nota 105.

¹⁰⁹ En este sentido véase J. FRONIA, *Keine...*, cit. pág.383.

¹¹⁰ En este sentido, es interesante resaltar que el artículo 12 de esta Directiva establece que los Estados, en la adopción de reglamentos técnicos deberán hacer mención a la Directiva en su publicación. Este es el modo para que el ciudadano, los operadores económicos, puedan saber si su Estado ha seguido o no el procedimiento de información, garantizándoseles así su derecho a un espacio económico (técnico) unificado.

d) *La posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia y efectos de la sentencia "CIA Security International"*

Pese a la rotundidad de la sentencia "CIA Security" seguían existiendo tras ella algunas dudas sobre la aplicación de la Directiva 98/34/CE. Concretamente, el Tribunal de Justicia no se había pronunciado en torno a las consecuencias que podía acarrear la omisión de otras obligaciones que impone la Directiva, las contenidas en el artículo 9. Por ejemplo, si la referida "inoponibilidad" sería igualmente procedente en el caso de que, una vez notificado el proyecto, se incumpliese del plazo de *statu quo*, o se aprobase la reglamentación técnica apartándose de los dictámenes que hubieren podido realizarse. La posterior evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo permitiría dar una respuesta afirmativa a estas cuestiones. En este sentido, la Sentencia "fô-gras", de 22 de octubre de 1998¹¹¹, afirma que el desconocimiento de las recomendaciones efectuadas en un dictamen razonado de la Comisión en el curso del procedimiento de la Directiva 98/34/CE constituye una infracción al mismo.

Más explícita resulta aún la reciente Sentencia "Unilever Italia v. Central Food", de 26 de septiembre de 2000¹¹². La misma trae causa en una cuestión prejudicial planteada por el *Pretore* de Milán acerca si incumbe al juez nacional, en el marco de un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, negarse a aplicar un reglamento técnico nacional adoptado durante un período de aplazamiento previsto en el artículo 9 de la Directiva 98/34. El Reglamento técnico origen del litigio en este asunto era la Leydel Parlamento italiano número 313, de 3 de agosto de 1998, por la que se establecían disposiciones en materia de etiquetado de origen del aceite de oliva extra virgen, del aceite de oliva virgen y del aceite de oliva. El proyecto de ley había sido remitido por las autoridades italianas tras haber sido requeridas a ello por la Comisión. Sin embargo, pese a la advertencia hecha por la Comisión durante el período inicial *destatu quo* de que

¹¹¹ As. C-184/96, Rec. I-1998, pág. 6197.

¹¹² As. C-443/98, Rec. I-2000, pág. 7535.

iba a legislarse en la materia, el Parlamento italiano prosiguió la tramitación del proyecto que culminó con su aprobación aún antes de haber transcurrido los primeros tres meses previstos en el artículo 9.1 de la Directiva¹¹³. Finalmente, el 29 de agosto de 1998, la referida ley se publicó en la *Gaceta ufficiale della Repubblica italiana*, número 201, y entró en vigor al día siguiente. Pues bien, al amparo de esta ley, una empresa “Central Food” rechazó una partida de aceite de oliva suministrado por “Unilever” al no estar etiquetada de conformidad con aquélla, cosa que esta última empresa rechazó. La controversia se plantea ante los órganos judiciales italianos quienes para su resolución plantean una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo sobre dos aspectos: primero, el carácter de reglamento técnico de las normas sobre etiquetado recogidas en la ley italiana; en segundo lugar, sobre los efectos del incumplimiento del artículo 9 de la Directiva 83/189 (actual 98/34). En lo que atañe a la primera cuestión la respuesta es afirmativa, la ley italiana “*contiene normas que deben calificarse de “especificaciones técnicas” en el sentido de la Directiva 83/189.*” Respecto al segundo tema, la respuesta del Tribunal es inequívoca en dos sentidos: por un lado, la inaplicabilidad de un reglamento técnico se deriva tanto en el caso que no haya sido notificado (art. 8 de la Directiva) como en el supuesto que aun siéndolo se incumplan las exigencias del artículo 9 de la Directiva; además, por otro, las infracciones a la Directiva 98/34/CE pueden invocarse tanto en litigios entre particulares en materia de competencia desleal -caso del asunto “CIA Security International”, como en los litigios entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, como en el asunto expuesto.

Ahora bien, cabe preguntarse si esa inoponibilidad a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas opera en todo tipo de disposiciones de esta naturaleza, o bien existen excepciones. En este sentido cabe señalar que el objeto de la Directiva 98/34 extiende la obligación de notificar a un amplio abanico de productos y métodos de producción de los mismos, así: productos industriales,

¹¹³ El proyecto había sido remitido en 4 de mayo de 1998 y el plazo previsto en el artículo 9.1 de la Directiva 98/34/CE vencía el 5 de agosto de 1998.

fármacos y cosméticos, productos agrícolas y de alimentación, y ciertos servicios de la “sociedad de la información”. Para el TJ existe excepción al principio de inoponibilidad en aquellos casos en que no hay posibilidad de crear un obstáculo técnico a los intercambios comunitarios, ya que la finalidad contemplada en la Directiva 98/34/CE es la de dar a conocer a la Comisión y al resto de los Estados miembros la legislación técnico-industrial o comercial que cada Estado se dispone a aprobar a fin de evitar restricciones injustificadas a la libre comercialización de mercancías. Tal es el argumento que el Tribunal de Justicia utiliza en las sentencias “Bic Benelux”¹¹⁴, de 20 de marzo de 1997, “Lemmens”¹¹⁵, de 16 de junio de 1998, y en la reciente “Roelof Donkersteeg”¹¹⁶, de 16 de noviembre de 2000. Así, en el caso “Lemmens” –el Sr. Lemmens se encontraba incurso en un proceso penal por presunta conducción en estado de embriaguez, el TJ considera que la utilización por las autoridades nacionales de un alcoholímetro–homologado por las autoridades holandesas pero cuyas especificaciones técnicas no habían sido notificadas a la Comisión– no es susceptible de crear un obstáculo técnico a los intercambios comunitarios, y en este sentido considera que *“si bien la falta de notificación de reglamentos técnicos (...) hace que éstos no puedan aplicarse en la medida en que obstaculizan la utilización o la comercialización de un producto que no se ajusta a esos reglamentos, no hace, por el contrario, ilegal toda utilización de un producto que se ajuste a los reglamentos no notificados”* (§ 35). En este sentido, el Tribunal reconoce la posibilidad de que existan normas que impongan

¹¹⁴ As. C-13/96, Rec. 1996-I, pág. 1755. Esta sentencia se centra en la obligación de un marcado que informe al consumidor de la sujeción del producto a un impuesto ecológico. El Tribunal destaca que la calificación de una medida nacional como norma técnica no está relacionada con los motivos que la han originado. Por consiguiente, que una medida nacional no aplique una norma técnica, que a su vez pueda plantear obstáculos a la libre circulación de mercancías, o se haya adoptado para proteger el medio ambiente, no implica que no se pueda considerar una norma técnica. Dado que el marcado en cuestión tenía como objetivo informar al público de los efectos de un producto en el medio ambiente, como cualquier otra etiqueta de calidad, el Tribunal decidió que no podía considerarse simplemente una medida complementaria de carácter fiscal.

¹¹⁵ As. C-226/97, Rec. 1998-1, pág. 3711. Un comentario a esta sentencia lo realiza L. GONZALEZ VAQUE, “Inaplicabilidad por los jueces nacionales de las reglamentaciones técnicas no notificadas a la Comisión Europea: la sentencia *Lemmens* del TJCE”, en GJ de la UE y de la competencia, núm. 201, 1999, págs. 45 a 50.

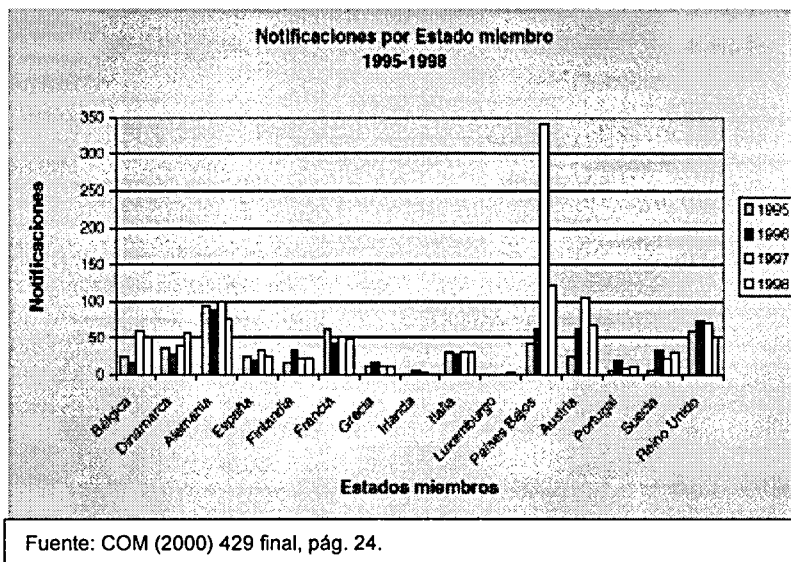
¹¹⁶ As. C-37/99.

especificaciones técnicas a un producto destinado a un grupo concreto de usuarios. Así, cuando las especificaciones en cuestión tienen escasa relación con la producción y la comercialización del producto, el TJ considera que la norma no se puede calificar de técnica. Además, señala que la Directiva también se aplica a las normas que pertenecen al ámbito del Derecho Penal, pues su alcance no se limita a productos destinados a usos que no dependen de las prerrogativas de los poderes públicos.

Por su parte en el asunto “Rœlof Donkersteeg”, aunque se señala que unas normas en materia de vacunación de cerdos contra la enfermedad de Aujeszky constituyen un “procedimiento” de producción, el Tribunal de Luxemburgo considera que en todo caso para ser calificado de reglamento técnico a efectos de la Directiva, *“la norma controvertida (...) debe contener, conforme al artículo 1, punto 5, de la citada Directiva, unas especificaciones técnicas “cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, a excepción de las establecidas por las autoridades locales” (§ 32).* En el caso que nos ocupa, el TJ añade que *“una disposición (...) en la que se establece que todo empresario está obligado a vacunar a los cerdos criados en su explotación contra la enfermedad de Aujeszky, no constituye un reglamento técnico a efectos de la Directiva que hubiera debido ser notificado a la Comisión antes de su adopción” (§ 34)*

Cabe concluir este apartado señalando que la jurisprudencia iniciada con el asunto “Security International ha supuesto un punto de inflexión en atención al volumen de notificaciones de reglamentaciones técnicas que recibe la Comisión europea. De este modo, en 1995 la Comisión recibió 439 proyectos de normas técnicas, 523 en 1996, 900 en 1997 y 604 en 1998. El notable aumento producido en el año 1997 (ver gráfico) se explica por la denominada operación de “recuperación” que llevaron a cabo las autoridades holandesas con inmediata posterioridad a la citada sentencia “Security International” . Los incrementos de años posteriores obedecerían a tres factores: la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia a la Unión

Europea, la entrada en vigor de la Directiva 94/10/CE que amplió notablemente el ámbito de aplicación¹¹⁷ de la Directiva 83/189/CEE, y los continuos pronunciamientos del TJ en el tema.



3.2.3 El procedimiento de elaboración de las normas europeas (EN) en el marco de la Directiva 98/34/CE

Pese a cierta complejidad que presenta el procedimiento de normalización seguido por el CEN y el CENELEC, intentaremos describirlo brevemente. Los organismos europeos de normalización se hallan estructurados mediante comités técnicos sectoriales en los cuales participan como miembros cada organismo nacional de normalización, con un máximo de tres representantes. Las propuestas para nuevos proyectos de normas pueden ser presentadas por cada miembro del CEN/CENELEC, la Comisión Europea, el Secretariado de la EFTA o por una organización internacional o europea de carácter económico o científico. Cuando comienza el trabajo para definir una norma determinada, existe una especie de

¹¹⁷ Desglosando por sectores el mayor número de notificaciones entre 1995 y 1998 se centraron en: telecomunicaciones (17,3%), agricultura y productos alimenticios (17,2%), transportes (16,1%), industria mecánica (16,6%) e industria de la construcción (12,1%). Véase el "Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social, sobre el funcionamiento de la Directiva 98/34/CE de 1995 a 1998" –COM (2000) 429 final-.

compromiso de moratoria mediante el cual los organismos nacionales se obligan durante un plazo determinado a no publicar ninguna norma nacional sobre ese tema (*vid.* art. 4.1 de la Directiva 83/189/CEE y, en el caso español, art. 3.3.d) del RD 1168/1995, sobre remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas)¹¹⁸. Finalizado el proyecto se publica por parte de los organismos nacionales siendo posible tomas de posición –el artículo 11.e) del RICS I establece la obligación por parte de AENOR de: “remitir mensualmente al órgano competente de la Administración pública (...) la relación de proyectos de normas en fase de aprobación, para su sometimiento a información pública en el Boletín Oficial del Estado”. No existe, pues, un procedimiento europeo de contradicción.

La aceptación final de una norma EN se produce mediante una votación de carácter cualificado¹¹⁹. Fundamental resulta que, a partir de ese momento, todos los miembros están obligados a trasladar la norma EN como nacional; las normas nacionales existentes y que difieran la europea deben ser retiradas.

El primer procedimiento señalado contiene una prohibición expresa para los organismos nacionales de normalización¹²⁰; éstos no pueden aprobar normas en

¹¹⁸ “El organismo español de normalización: (...) d) No se opondrá a que un campo de normalización de su programa de trabajo sea tratado a nivel europeo según las normas que definan los organismos europeos de normalización, ni emprenderá acción alguna que pueda prejuzgar una decisión a este respecto”.

¹¹⁹ En el supuesto de que una norma no obtenga el voto favorable de una mayoría de la totalidad de los miembros del CEN/CENELEC, los votos de los organismos de los Estados miembros de la CE se cuentan por separado y, si la *mayoría cualificada* se pronuncia a favor de la adopción de la norma, la adoptan todos los organismos de los Estados miembros de la CEE y aquellos organismos de países de la AELC que hayan votado a su favor. Hay que señalar, sin embargo, que el procedimiento de votación por mayoría ponderada que se emplea en el CEN/CENELEC no es idéntico al del Tratado CE. En particular, la condición de que una propuesta será aceptada si no votan en contra más de tres miembros, constituye un planteamiento más restrictivo que el del artículo 148.2. Cfr. “Libro verde”, pág. 9.

¹²⁰ En el caso de España, el único organismo de normalización reconocido es AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación). Así lo establece el RICS I y así aparece en la lista de organismos de normalización que figura en el Anexo II de la Directiva 83/189/CEE, cuya última modificación en este punto es la Decisión de la Comisión 96/139/CE (DO nº L 32, de 10.2.96, pág. 31-32).

aquellos ámbitos en que la Comisión haya realizado un mandato¹²¹ a los organismos europeos de normalización¹²². La razón, como hemos comentado anteriormente, es que *a posteriori* los organismos nacionales deberán dar traslación de las normas armonizadas.

Señalemos, finalmente, que el seguimiento de la norma técnica en el ámbito de las Directivas “nuevo enfoque” supone una obligación para las autoridades públicas estatales. Esta obligación se materializa en aceptar que el producto cumple con los niveles de seguridad exigidos. Caso contrario, la divergencia no deberá sólo ser demostrada, sino que deberá iniciarse un procedimiento comunitario especial (procedimiento de salvaguardia) previsto en las Directivas y que tiene como sujetos al resto de Estados y a la Comisión. Concretamente, el Estado que considere que la norma armonizada no satisface plenamente los requisitos esenciales, deberá recurrir al “Comité permanente” previsto en el artículo 5 de la Directiva 83/189/CEE, alegando sus razones¹²³. A la luz del dictamen del Comité, la Comisión informará a

¹²¹ El término mandato o encargo debe ser interpretado como un instrumento, mediante el cual la Comisión, previa consulta al Comité previsto en la Directiva 83/189/CEE, invita a los organismos europeos de normalización a presentar normas armonizadas a los efectos del nuevo enfoque. En los mandatos debe indicarse con la mayor precisión posible lo que se solicita a los organismos de normalización y el marco legal en que deben presentarse las normas. Este marco legal está relacionado no sólo con la Directiva para la que se van a elaborar las normas armonizadas, sino también con otras Directivas o medidas comunitarias que deben tener presentes los organismos de normalización para presentar las normas. Por ejemplo, un mandato puede especificar que determinados aspectos los tratará la legislación comunitaria y, por lo tanto, no serán objeto de normalización con arreglo al mandato. Cfr. “Guía”, cit. , ppág. 33-34. Puede verse un listado de los mandatos de normalización otorgados al CEN y al CENELEC desde 1986 hasta 1990, en COM (90) 456 final, DO nº C 20, de 28.1.1991, págs.30-31.

¹²² El artículo 7.1 de la Directiva 83/189/CEE establece que: “Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para garantizar que, durante la elaboración de una norma europea (...), o con posterioridad a su aprobación, sus organismos de normalización no emprendan ninguna acción que pueda perjudicar la armonización buscada y, en particular, que no publiquen en el sector en cuestión una norma nacional nueva o revisada que no sea enteramente conforme a una norma europea existente”. En este mismo sentido el artículo 4.1 de la Directiva dispone: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para que sus organismos de normalización: (...) -no se opongan a que un campo de normalización de su programa de trabajo sea tratado a nivel europeo según las normas que definen los organismos europeos de normalización y no emprendan ninguna acción que pueda prejuzgar una decisión a este respecto”.

¹²³ En este sentido, art. 5.1 Directiva 89/392/CEE, “sobre máquinas”, y el art. 6 del RD 1435/1992, de 27.11.92, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la citada

los Estados miembros de si es necesario o no retirar las referencias a dichas normas.

En síntesis el procedimiento de normalización realizado a partir del “nuevo enfoque” se desarrolla en las etapas siguientes:

- 1) La Comisión, tras realizar las consultas oportunas con los Estados miembros, elabora un mandato.
- 2) El mandato es comunicado a los organismos europeos de normalización.
- 3) Los organismos europeos de normalización aceptan el mandato¹²⁴.
- 4) Los organismos europeos de normalización elaboran un programa común.
- 5) El Comité técnico prepara un proyecto de norma.
- 6) Los organismos europeos de normalización y los organismos nacionales de normalización organizan una consulta pública.
- 7) El Comité técnico examina los comentarios.
- 8) Los organismos nacionales de normalización votan y los organismos europeos de normalización ratifican
- 9) Los organismos europeos de normalización comunican las referencias a la Comisión.
- 10) La Comisión publica las referencias.
- 11) Los organismos nacionales de normalización transponen la norma europea.
- 12) Las autoridades nacionales publican las referencias de las normas nacionales.

3.3 La normalización europea

3.3.1 *Consideración previa en torno a los tipos de normas técnicas europeas*

La norma técnica armonizada es elaborada por los organismos europeos de normalización en virtud de un mandato hecho por la Comisión dentro de la política del “nuevo enfoque”. Sin embargo, cabe advertir que el recuso a las normas técnicas europeas va más allá de lo que prevé aquella política. En este sentido, la Comisión puede invitar a los organismos europeos de normalización a

Directiva.

¹²⁴ Sin perjuicio de su derecho a rechazar el mandato.

elaborar normas en el marco de políticas de armonización distintas del “nuevo enfoque” o, incluso, en ámbitos distintos a la armonización técnica. Del mismo modo, los organismos europeos de normalización no se limitan a realizar normas técnicas en los ámbitos armonizados, sino también lo hacen en otros. En este último caso, la aprobación de la normas obedece al principio de consenso, y no al de mayoría cualificada que exige la norma técnica armonizada. Ello no excluye, por supuesto, que la mayor parte de normas técnicas armonizadas han sido previamente aprobadas como meras normas europeas. Para una mayor claridad conviene describir brevemente las diferencias entre la norma técnica europea y la norma técnica armonizada.

a) *La norma técnica europea*

La norma técnica europea es una especificación técnica aprobada como norma europea (EN) o documento armonizado (HD) según las normas del CEN o del CENELEC, o bien como norma europea de telecomunicación por el ETSI y según sus propias reglas. En el caso del CEN/CENELEC existe un reglamento interno estructurado en tres partes y que es el fundamento de su trabajo normalizador¹²⁵. La primera parte trata de la organización y administración, en la segunda se establecen las reglas comunes para la elaboración de normas técnicas y, finalmente, en la tercera se disponen las reglas para la redacción y la presentación de las normas europeas. Pues bien, precisamente es en el apartado 1.1.2 de la segunda parte del reglamento interno en el que se establece que las publicaciones del CEN/CENELEC ofrecen una contribución común de los miembros del CEN/CENELEC para la armonización de las normas nacionales en Europa occidental sobre la base del consenso. Esto significa que, en realidad, las normas europeas no tienen sustantividad propia, sólo la tienen a partir de la publicación que como tales realiza cada uno de los organismos nacionales

¹²⁵ El contenido del reglamento puede consultarse en la publicación del Instituto Alemán de Normalización (DIN) Grundlagen der Normungsarbeit des DIN. Las referencias que aquí se reproducen son las allí contenidas y que traducimos del alemán.

miembros del CEN/CENELEC¹²⁶. La incorporación de una norma técnica europea como norma nacional sólo puede hacerse de tres modos: 1) reproducción¹²⁷, 2) declaración de conocimiento¹²⁸ y 3) traducción¹²⁹. Cabe destacar que los idiomas alemán, inglés y francés hacen las versiones oficiales de las normas europeas¹³⁰. La propiedad intelectual (copyright) de las normas europeas corresponde conjuntamente al CEN/CENELEC y a los comités técnicos nacionales.

Los documentos fruto de la actividad desarrollada en el seno del CEN y del CENELEC son los siguientes: 1) Norma Europea (EN); 2) Documento de Armonización (HD); y Norma Experimental Europea (ENV).

1) La norma europea tiene como objetivo establecer unas disposiciones claras y exentas de ambigüedad que faciliten el comercio y la comunicación. Para ello la norma europea: a) debe ser lo más completa posible en atención a su ámbito de aplicación; b) debe ser también coherente, clara y precisa; c) debe tener en cuenta las *reglas del arte*; d) debe ofrecer un marco para el futuro

¹²⁶ El apartado 6.1 de la Tercera Parte del Reglamento interno del CEN/CENELEC declara que las normas europeas sólo son publicadas como normas nacionales idénticas en el contenido técnico y presentación, debiéndose seguir unas reglas precisas y uniformes para la trasposición en las respectivas normas nacionales.

¹²⁷ La reproducción de la norma europea consiste en añadir una página con el título nacional de la norma. También se permite una introducción nacional y unos anexos nacionales. Los elementos nacionales deben añadirse de tal modo que si son retirados permitan que la norma europea permanezca intacta (apdo. 6.2.1 Parte 3 del Reglamento Interno CEN/CENELEC).

¹²⁸ En lugar de reproducir una norma europea, un miembro del CEN/CENELEC puede emitir una declaración de reconocimiento nacional de aquélla. Esta declaración o noticia de reconocimiento debe precisar el estatus de norma nacional y, además, donde puede consultarse la norma europea en cuestión (apdo. 6.3 Parte 3 del Reglamento Interno CEN/CENELEC).

¹²⁹ Las normas europeas y los proyectos de normas europeas publicados en otras lenguas que no sean las tres oficiales del CEN/CENELEC tienen el valor de traducciones de las que son responsables los organismos nacionales. Estos últimos también son responsables de asegurar que la norma traducida se corresponda con el estado actual de la norma europea. Las normas traducidas tienen el mismo estatus que la norma original si son notificadas al Secretariado General del CEN/CENELEC (apdo. 6.4 Parte 3 del Reglamento Interno CEN/CENELEC; también apdo. 1.1.4 de la Parte 2 del Reglamento Interno CEN/CENELEC).

¹³⁰ Alemán, inglés y francés son, además, las únicas lenguas oficiales del CEN/CENELEC (apdo. 3.2 de la Parte 2 del Reglamento Interno CEN/CENELEC).

desarrollo técnico; e) debe ser comprensible para las personas cualificadas que no han tomado parte en su elaboración.

Con la finalidad de facilitar la comprensión de la norma se ofrecen incluso unas obras de referencia en relación a los tres idiomas oficiales. Se trata, en lengua inglesa, del *The Shorter Oxford English Dictionary*, *The Concise Oxford Dictionary* y del *Dictionary of Science and Technology* (Chambers); para el francés, el *Robert*, el *Larousse* y el *Dictionnaire des difficultés de la langue française* (Thomas); para el alemán el *Duden*, y el *Standardwerk zur Deutschen Sprache* (*Bibliographisches Institut*)¹³¹. Todos los proyectos de normas europeas tienen que redactarse previamente en estos tres idiomas.

La adopción de la norma europea implica, como se ha dicho, la obligación de incorporarla por parte del organismo nacional. Por tanto, las normas europeas pueden tanto innovar el “corpus normalizador nacional” como proceder a la sustitución de normas nacionales ya existentes. Con ello se logra la pretensión de una plena armonización de las normas nacionales entre sí. En este sentido, el apartado 4.4.1 de la Parte 2 del Reglamento Interno del CEN/CENELEC establece que: *“La armonización de normas nacionales se logra cuando los productos fabricados de acuerdo con la norma nacional de un miembro pueden ser considerados, sin modificación alguna, como conformes a las normas de los otros miembros y viceversa. En la práctica, sin embargo, en numerosas ocasiones los miembros requieren modificaciones o excepciones que obstaculizan la armonización. Aquéllas son designadas como divergencias”*¹³². Las divergencias no son posibles en el caso de una norma europea, en cambio sí es posible que una norma nacional contenga condiciones nacionales especiales.

¹³¹ Apartado 1.2 de la Parte 3 del Reglamento Interno CEN/CENELEC.

¹³² “Die Harmonisierung von nationalen Normen gilt als erreicht, wenn die gemäss den nationalen Normen eines Mitgliedees hergestellten Erzeugnisse ohne Änderung als auch den Normen übrigen Mitglieder entsprechend angesehen werden können und umgekehrt. In der Praxis werden jedoch von Mitgliedern in vielen Fällen Abänderungen oder Ausnahmen gewünscht, die eine Harmonisierung behindern. Sie werden als Abweichungen bezeichnet”.

2) Los Documentos de armonización son los que refieren las posibles divergencias que sobre una norma puedan existir. Son pues, normas con variantes nacionales que han sido previamente discutidas en el correspondiente comité técnico y, por tanto, no suponen una armonización total. El CEN/CENELEC elabora un Documento de armonización cuando observa que una norma europea no será aceptada, si no se toman en consideración las divergencias nacionales¹³³.

Esas divergencias nacionales pueden ser debidas, por una parte, a la existencia de reglamentaciones internas divergentes, en cuyo caso permanecen mientras lo hagan éstas o, de otra, a razones técnicas que aconsejan mantener un período transitorio hasta su aplicación. De esta manera, los miembros que hayan votado a favor de un Documento de armonización lo asumen en seis meses como norma nacional. Los que han votado en contra no lo asumen.

3) Las normas experimentales o prenormas europeas constituyen proyectos de normas de aplicación provisional que se ofrecen en aquellos ámbitos en los que existe un alto grado de innovación (p. ej. tecnologías de la información), o bien en los casos en que existe una apremiante necesidad de directrices técnicas especialmente en aquellos extremos en que no se compromete la seguridad de las personas o bienes¹³⁴. Los miembros del CEN/CENELEC no están obligados a retirar sus normas contradictorias hasta que la ENV se convierta en EN. El período de validez de una ENV es de un máximo de tres años prorrogables a dos más por una sola vez¹³⁵. Se trata, pues, de normas de naturaleza experimental que en un futuro pueden ser el fundamento para la elaboración de normas europeas. En cualquier caso, los miembros no están obligados a trasponer las

¹³³ Apartado 4.3.9 de la Parte 2 del Reglamento Interno del CEN/CENELEC.

¹³⁴ Apartados 1.1.5 y 7.1.1 de la Parte 2 del Reglamento Interno del CEN/CENELEC.

¹³⁵ Apartado 7.7 de la Parte 2 del Reglamento Interno del CEN/CENELEC.

ENV en los sistemas internos de normalización y pueden mantener normas técnicas que no se ajusten a las mismas.

b) La norma técnica armonizada

Una norma armonizada, según la Resolución de 7 de mayo de 1985 sobre el “nuevo enfoque”, es una especificación técnica aprobada por un organismo europeo de normalización reconocido (CEN, CENELEC o ETSI), elaborada a partir de un mandato de la Comisión. El mandato es efectivamente el requisito inexcusable de toda norma técnica armonizada y consiste en un encargo, formalizado en el oportuno contrato, que realiza la Comisión a los organismos europeos de normalización para elaborar y adoptar normas europeas conforme a determinados requisitos esenciales.

Las normas nacionales que son trasposición de normas armonizadas y cuyas referencias hayan sido publicadas por la Comisión en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, sirven para establecer la presunción de conformidad con los requisitos esenciales de la correspondiente Directiva del “nuevo enfoque”. Esas normas armonizadas, al igual que las normas europeas son adoptadas por los organismos nacionales de normalización, en el caso español por AENOR.

3.3.2 Los organismos europeos de normalización

El segundo tipo de procedimiento informativo previsto en la Directiva 98/34/CE es el relativo a las normas técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización. Antes de entrar a considerar sus características conviene hacer breve referencia a la historia y régimen de esos organismos.

Los organismos europeos de normalización que refiere la Directiva 98/34/CE son: el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización

Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI).

a) *El Comité Europeo de Normalización (CEN)*

El CEN fue fundado en París durante una reunión de los comités nacionales de normalización de la Comunidad Económica Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) que se celebró los días 22/23 de marzo del año 1961. Su denominación originaria era la de “Comité Européen de Coordination des Normes”. La aparición de dicho Comité encuentra sus antecedentes en los contactos que desde 1957 venían manteniendo los directores de las diferentes asociaciones europeas de normalización. Sin duda, el Tratado de Roma, y su entrada en vigor a partir del día primero de enero de 1958, constituyó el auténtico revulsivo para lograr un primer foro común dirigido al fortalecimiento de una ya considerada necesaria armonización técnica europea. Con el cambio de denominación (“Comité Européen de Normalisation”) que opera en el año 1974 quiso significarse la voluntad de que el CEN fuese algo más que un mero organismo de coordinación, sino un auténtico elaborador de normas que a su vez resultasen asumidas por las asociaciones nacionales de normalización.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el CEN es, desde el año 1971, una asociación privada sin ánimo de lucro sujeta a la legislación belga que tiene, desde 1975, su sede en Bruselas (art. 3 de los Estatutos). Del CEN forman parte los organismos nacionales de normalización de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio¹³⁶. Los Estatutos del CEN fueron publicados el 29 de enero de 1976 en el Boletín oficial belga (*Moniteur Belge*)¹³⁷.

¹³⁶ Vid. Decisión del Consejo 90/518/CEE, de 29.9.1990, DO nº L 291, de 23.10.90. Actualmente forman parte de la AELC los Estados siguientes: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

¹³⁷ La última modificación de los Estatutos del CEN aparece publicada en el *Moniteur Belge* de 18 de marzo de 1993.

b) *El Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC)*

El CENELEC¹³⁸, fundado en diciembre de 1972, es fruto de la unión entre el CENEL (organismo de normalización de los países de la AELC)¹³⁹ y el CENELCOM (organismo de normalización de los Estados miembros de la CE)¹⁴⁰. Al igual que el CEN, el CENELEC es una asociación sin ánimo de lucro regida por el derecho belga y que tiene su sede en la ciudad de Bruselas. Desde su constitución el CENELEC realiza una doble actividad, primero en el ámbito de la normalización europea en materia electrotécnica y, en segundolugar, ocupándose también en los esfuerzos de unificación de normas a escala internacional a través de su participación activa en la "International Electrotechnical Commission" (IEC).

c) *Aspectos comunes del CEN y el CENELEC en su composición, funcionamiento y relación con la Comisión europea*

En sus dos primeras décadas de existencia, es decir en los años sesenta y setenta, el trabajo de los dos organismos europeos de normalización, CEN y CENELEC, era sumamente reducido. A inicios de los setenta el CEN sólo ofrecía algunas recomendaciones armonizadoras que carecían de toda obligatoriedad. También la posibilidad abierta de publicar normas europeas (EN) apenas había sido utilizada. Hacia finales de 1973 se habían presentado alrededor de 30 proyectos de normas europeas, pero sólo 2 propuestas habían sido publicadas como Normas Europeas. Este triste balance produjo en el comité directivo del CEN una discusión para aumentar la capacidad de la normalización europea mediante la introducción de una regla de votación mayoritaria. Lo cierto es que hasta 1982 el número de normas publicadas sólo llegó a 96. Por su parte el CENELEC en ese

¹³⁸ Sobre la historia del CENELEC, véase R. WINCKLER, *Electrotechnical Standardization in Europe. A Tool for the Internal Market*, Bruselas, 1994.

¹³⁹ "Comité Européen de Normalisation Électronique"

¹⁴⁰ "Comité Européen de Coordination des Normes Électriques des Pays Membre de la Communauté Européenne"

mismo período había concluido sólo 37 normas europeas y 303 documentos armonizadores (textos que contienen elementos comunes pero que permiten divergencias nacionales). En la actualidad ambos organismos están ligados mediante convenios, especialmente tienen reglas de procedimiento comunes en lo que respecta al trabajo de normalización¹⁴¹.

Estructura organizativa del CEN/CENELEC

- a) Asamblea General
- b) Secretario General y Secretariado General
- c) Consejo Técnico
- d) Consejos Técnicos sectoriales
- e) Comités Técnicos
- f) Comité de Programas
- g) Organismo de Control de Normas
- h) Comité Permanente para normas

c.1) Miembros

Pertenecen como miembros del CEN/CENELEC los organismos de normalización pertenecientes a los actuales diecinueve Estados de la Comunidad Europea y de la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA)¹⁴². Desde 1997 los organismos europeos de normalización cuentan también con la participación, en calidad de asociados o afiliados, de los organismos de normalización de varios Estados del este de Europa: Albania, Bulgaria, Croacia, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía. La participación de estos últimos organismos en el CEN/CENELEC es con carácter de

¹⁴¹ Reglamento interno CEN/CENELEC 2ª Parte: Reglas comunes para el trabajo de normalización, enero 1988; también, CEN/CENELEC-Memorandum 3 "Convenio de colaboración entre CEN y CENELEC".

¹⁴² Vid. Decisión del Consejo 90/518/CEE, de 29.9.1990, DO nº L 291, de 23.10.90. Los Estados miembros actualmente son: Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca,

observadores, sin que tengan la obligación de adoptar las normas elaboradas¹⁴³. Además, tienen la consideración de organizaciones corresponsales (*corresponding organisations*) los organismos de normalización de Egipto, Sudáfrica, Ucrania y Yugoslavia.

El estatuto de miembro en el CEN/CENELEC no integra a personas físicas, ni empresas, ni a otro tipo de asociaciones que no sean organismos de normalización, a las que, en cambio, sí se les reconoce, el estatuto de observadores sin derecho a voto. España está representada en los tres organismos de normalización únicamente a través de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR)¹⁴⁴. Cada delegación nacional puede estar representada por un máximo de tres miembros. Las asociaciones miembros están obligadas a trasladar, de forma invariable, como nacionales las normas aprobadas. La propia Comisión participa como invitada en el CEN/CENELEC, pero sus representantes tienen únicamente el estatuto de observadores sin derecho al voto.

Debemos remarcar, como aspecto importante, la presencia de los organismos nacionales de normalización en cada uno de los comités técnicos que elaboran las normas técnicas sectoriales. Sólo de esta manera parece garantizarse *a posteriori* que el organismo nacional pueda interpretar el contenido de la norma.

España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia, y Suiza.

¹⁴³ Como señalan F. NICOLAS y J. REPUSSARD, “el estatus de miembro afiliado confiere, en concreto, y previo pago de la correspondiente cuota anual, tanto el derecho de participar en las reuniones de los distintos órganos del CEN, como el derecho de acceso a las distintas publicaciones de los organismos europeos de normalización”, en *Normas comunes para las empresas*, Comisión Europea, 1994, pág. 168.

¹⁴⁴ El artículo 10.i) del RICS establece como requisito del “Organismo de normalización”: “Integrarse en las organizaciones europeas e internacionales de normalización existentes y participar en la elaboración de normas dentro de dichas organizaciones, asumiendo, cuando proceda, responsabilidades técnicas directas en las mismas”. Por el RD 1449/1995, de 4 de agosto, AENOR ha asumido también la representación española ante la Comisión Electrotécnica Internacional. Ilustrativa es la consideración que se realiza en la exposición de este RD: “AENOR ha solicitado la representación en la Comisión Electrotécnica Internacional, como es habitual en otros países, toda vez que no son las instancias públicas las que son miembros de dicho organismo, sino las entidades de normalización”.

Efectivamente, la presencia de los organismos nacionales de normalización en los diferentes comités técnicos de sus homólogos europeos es un dato que interesa principalmente a las mismas Administraciones públicas de cada Estado. Un ejemplo nos lo ofrece las indagaciones que, desde el Departamento de Medio Ambiente de la *Generalitat* de Cataluña, se realizaron en el año 1996 sobre un supuesto de contaminación radioeléctrica que tenía como origen las conocidas -y hoy inutilizadas- instalaciones de "Radio Liberty" en la localidad de Pals (Gerona). Un informe realizado en febrero de 1996, por el Centro Nacional de Condiciones de Trabajo (CNCT), a solicitud del "Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball" de Gerona, ponía de manifiesto, a partir de las mediciones realizadas, la existencia de puntos en la playa en los que se sobrepasaba los límites recomendados por la norma elaborada por el CENELEC (27,5 voltiospor metro en el caso del campo eléctrico y 0,07 amperios respecto del campo magnético). El problema radicaba, sin embargo, en saber si dicho exceso superaba o no el llamado mínimo tolerable de la "tasa de absorción específica" (SAR)-cantidad de energía electromagnética que absorbe el cuerpo humano. El propio CNCT en su informe manifestaba: *"Entendemos que la exposición del público en general a radiofrecuencias en la playa de Pals contiene peculiaridades que la hacen atípica dentro de la aplicación de la normativa vigente, por lo cual sería prudente someter la interpretación de la misma a la opinión del propio Cenelec."* Por otro lado, la empresa propietaria aportó un informe en el que argumentaba el no exceso del SAR. Finalmente, el Departamento de Medio Ambiente trasladó una consulta de dicho informe al CENELEC para que confirmara o desmintiera la posibilidad de que en determinadas condiciones ambientales de calor y humedad en la citada playa se pudieran sobrepasar los valores SAR permitidos. El citado organismo europeo de normalización contestó que dicha consulta había sido trasladada a AENOR como representante suya en España. Sin embargo, AENOR informó a la Administración autonómica que no podían emitir ningún informe sobre el tema porque no habían

tenido ningún representante en el comité que había elaborado la norma sobre radiofrecuencias¹⁴⁵.

El caso comentado nos sirve para observar como las normas técnicas no sólo constatan un estado de cosas sino que deciden la misma fijación de valores límite o precisan las condiciones exigidas en una cuestión jurídica de importancia (existencia o no de riesgo para la salud). Así, los organismos de normalización pueden llegar a valorar y responder a cuestiones tales como en qué medida deben o no ser permitidas posibles lesiones ambientales, amenazas a la salud o riesgos de seguridad. En otras palabras dónde se establece el límite concreto entre el “riesgo permitido” y “el peligro ilegal”.

c.2) Procedimiento y sistema de votación

Según procedimiento interno del CEN/CENELEC, el comité técnico competente elabora la oportuna especificación técnica que es sometida a un período de información pública de seis meses¹⁴⁶ durante el cual los sujetos interesados pueden evaluar su aceptabilidad. En caso que el resultado sea positivo se propone la adopción formal de la especificación técnica.

El sistema de votación seguido en el CEN/CENELEC para la aprobación de las normas europeas sigue aproximadamente el criterio de mayoría cualificada, o voto mayoritario ponderado, previsto en el artículo 205 TCE para la adopción de acuerdos por el Consejo¹⁴⁷. Sin embargo, el sistema de votación por mayoría ponderada que se emplea en el CEN/CENELEC no es idéntico al del Tratado CE.

¹⁴⁵ Puede verse una noticia sobre el tema publicada en el periódico “EL PUNT” de 13 de noviembre de 1996.

¹⁴⁶ Apartado 4.3.5 del Reglamento interno del CEN/CENELEC (Parte segunda: Reglas comunes para la normalización), 1994-03.

¹⁴⁷ En la nueva numeración seguida tras el Tratado de Amsterdam (art. 148 en la numeración anterior).

En particular, la condición de que una propuesta será aceptada si no votan en contra más de tres miembros¹⁴⁸, constituye un planteamiento más restrictivo que el del artículo 205¹⁴⁹. Según las reglas del trabajo de normalización previstas por el CEN/CENELEC puede considerarse que las normas europeas, dada su voluntariedad, se basan en el consenso, es decir en la ausencia de objeciones reiteradas¹⁵⁰. El consenso es, pues, el principio rector del proceso que concluye en la votación de una propuesta final por las representaciones nacionales.

Según las reglas del CEN/CENELEC, un proyecto de norma europea que recibe el voto favorable de una mayoría cualificada de organismos afiliados se considera aprobado y es puesto en práctica por todos. En el supuesto de que una norma no obtenga el voto favorable de una mayoría de la totalidad de los miembros del CEN/CENELEC, los votos de los organismos miembros de la Comunidad Europea se cuentan por separado y, si la mayoría cualificada prevista se pronuncia a favor de la adopción de la norma, lo es por todos los organismos de los Estados miembros de la CE y aquellos organismos de países de la EFTA que hayan votado a favor.

¹⁴⁸ Véase el apartado 5 de las "Reglas comunes para el trabajo normalizador", en la Parte 2 del Reglamento interno del CEN/CENELEC, pág. 35.

¹⁴⁹ Prescindiendo de las nuevas reglas previstas tras la cumbre de Niza, el procedimiento vigente para la adopción de acuerdos por el Consejo requiere: -sesenta y dos votos, cuando en virtud del Tratado deban ser adoptados a propuesta de la Comisión; -sesenta y dos votos, que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo, en los demás casos. En cualquier caso, las abstenciones de los miembros presentes o representados no impedirán la adopción de los acuerdos del Consejo que requieran unanimidad.

¹⁵⁰ Véase el documento "Eficacia y legitimidad de la normalización europea de nuevo enfoque" (1998), cit., pág. 14.

El número de votos asignados –coincidente con el previsto en el artículo 205 TCE para la adopción de acuerdos por el Consejo y el número exigido para la aprobación de las normas europeas es el siguiente:

País del organismo miembro	Votos
Alemania	10
Francia	10
Gran Bretaña	10
Italia	10
España	8
Austria	5
Bélgica	5
Grecia	5
Holanda	5
Portugal	5
Suecia	5
Suiza	5
Dinamarca	3
Finlandia	3
Irlanda	3
Noruega	3
Luxemburgo	2
Islandia	1
Suma total:	96
De países de la CE:	87

Requisitos para la adopción de una propuesta:

- 1 Mayoría simple sin tomar en cuenta las abstenciones
- 2 Mínimo de 25 votos favorables
- 3 Máximo de 22 votos negativos
- 4 Máximo de tres votos negativos de miembros

Si en el caso de los Estados de la CE representados se cumplen estas condiciones, la norma pasa a ser de adopción obligatoria para los organismos nacionales de normalización.

c.3) Relación con la Comisión europea

Los organismos europeos de normalización –fundamentalmente el sistema CEN/CENELEC- se encargan de realizar la relación y discusión de las normas técnicas europeas en el marco de sus estatutos y procedimientos reglamentados. La relación entre el CEN/CENELEC y la Comisión viene definida sobre la base de las ya referidas “Directrices generales para la cooperación entre la Comisión de las Comunidades Europeas y los organismos de normalización europeos CEN y CENELEC”, suscritas el trece de noviembre de 1984⁵¹, que contienen una serie de principios y compromisos en atención a la normalización y el uso de las normas en la armonización técnica⁵². Entre otros, recordemos, la obligación para la Comunidad Europea de delegar la elaboración de normas en estos organismos.

d) *El ETSI y breve referencia a otros organismos privados de normalización*

d.1) El ETSI

Como hemos dicho, el “Comité Européen de Normalisation” (CEN) y el “Comité Européen de Normalisation Electrotechnique” (CENELEC) forman un sistema único. Otro organismo de normalización es el “European Telecommunications

¹⁵¹ El contenido de estas directrices no aparece publicado -hasta donde sabemos- en ningún documento de la Comunidad; la propia “Guía” (pág. 34) hace mención a un “Memorandum 4”, publicado por el mismo CEN/CENELEC. También es citado en el “Libro verde”, pág. 9. Nuestros intentos para hacernos, de primera mano, con este documento, y sus ulteriores modificaciones, han resultado, hasta la fecha, infructuosos. La bibliografía alemana consultada, donde el documento es frecuentemente citado, remite a la publicación periódica del Deutsch Institut für Normung *DIN-Mitt.* 64 (1985), pág. 78 y ss. Nosotros hemos consultado la traducción al alemán de este documento publicada también por el DIN en *Grundlagen der Normungsarbeit des DIN*, Beuth, Berlín, 1995, págs. 507-509. El, ciertamente, no fácil acceso a este tipo de documentos es uno de los ejemplos -menores, sin duda- que pueden suscitar algunas de las reservas, como veremos, hacia el importante papel que estos organismos privados están asumiendo. En este sentido, *vid.* N. Anselmann, *Die Rolle...*, cit. pág. 940. Véase también, U. DI FABIO, *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Heymanns, Colonia, 1996, pág. 33 y ss.

¹⁵² Esas mismas directrices fueron también acordadas en un convenio entre la EFTA y el CEN/CENELEC de fecha 30 de abril de 1985.

Standards Institute” (ETSI), fundado en marzo de 1988, al margen de la estructura del CEN/CENELEC, por los miembros de la “European Conference of Postal and Telecommunications Administrations”. Su ámbito de actuación lo constituye la elaboración de especificaciones técnicas en el sector de las telecomunicaciones¹⁵³ y particularmente aquellas necesarias para el funcionamiento de las redes ISDN (“Integrated Digital Services Network”). El ETSI es también una asociación sin ánimo de lucro pero, a diferencia de sus otros dos homólogos europeos, regulada por el Derecho francés al tener su sede en las proximidades de Niza—en Sofía Antipolis- (Francia)¹⁵⁴.

Forman parte de este organismo los Estados de la CE, la EFTA, así como Chipre, Malta y Turquía. Su función es la consecución de normas europeas comunes en el sector de las telecomunicaciones a partir de la participación de todos los grupos interesados. Existe, pues, una radical distinción con el *modus operandi* del sistema CEN/CENELEC, ya que en el ETSI se prevé la participación de todos aquellos ámbitos interesados en el trabajo normalizador y no sólo de una representación nacional de los respectivos organismos de normalización¹⁵⁵.

La creación del ETSI fuera del marco del CEN/CENELEC podía llegar a plantear diversos problemas para la coherencia de la normalización europea. Esta preocupación indujo a la Comisión a lograr una coordinación entre los tres organismos de normalización. Con ello se trataba de evitar una duplicidad de esfuerzos especialmente en la normalización de las tecnologías de las telecomunicaciones, cuya importancia y progresivo desarrollo en años posteriores ya se atisbaba a finales de la década de los ochenta. En

¹⁵³ Véase la Decisión de la Comisión 92/400, de 15 de julio de 1992.

¹⁵⁴ Vid. V. ALVAREZ GARCIA, *op. cit.* pág. 374

¹⁵⁵ Ello explica que dos años después de su fundación el ETSI contase ya con un elevado número de miembros; un total de 212 miembros y 31 observadores representantes de las administraciones postales, telefónicas y telegáficas, operadores de redes públicas, fabricantes, usuarios y demás organizaciones, así como con un programa de trabajo destinado a crear cerca

consecuencia operó entre el ETSI y, de manera singular, con el CENELEC un reparto de funciones que ha permitido la integración de las normas del ETSI como normas europeas (EN). La colaboración entre esta tríada de organismos de normalización se articula mediante un Grupo conjunto de presidentes en el que se discuten asuntos de interés común y se negocian los acuerdos de colaboración para llevar a cabo el trabajo técnico. De igual modo, la Comisión ha suscrito también con el ETSI acuerdos marco y le ha otorgado diversos mandatos de normalización.

Las reglas del ETSI para la elaboración de las especificaciones técnicas prevén un procedimiento similar al del CEN/CENELEC. Sin embargo, su aprobación requiere la obtención de como mínimo el setenta y uno por ciento de votos de los miembros. Ello se explica por las materias de actuación del ETSI: las telecomunicaciones. Éstas y, en particular, las redes ISDN requieren un elevado grado de compatibilidad entre los sistemas.

d.2) Miembros asociados y Organismos de normalización asociados

En el año 1992 se introdujo la categoría de miembros asociados (*Associated Members*) para aquellas organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en el ámbito europeo que tuviesen un interés legítimo en la normalización europea y tuvieran capacidad para contribuir a los trabajos del CEN. Entre los miembros asociados se encuentran la "Association de Normalisation Européenne pour les Consommateurs (ANEC)", el "European Chemical Industry Council (CEFIC)", la "European Confederation of Medical Devices Associations (EUCOMED)", la "European Construction Industry Federation (FIEC)", la "European Office of Crafts, Trades and Small and Mediumsized Enterprises for Standardisation (NORMAPME)" y la "European Trade Union Technical Bureau for Health and Safety (TUTB)".

de 300 normas europeas de telecomunicaciones. Vid. *Libro Verde sobre el desarrollo de la normalización europea*, cit., pág. 11.

Los Estatutos del CEN/CENELEC prevén bajo ciertas condiciones el trabajo conjunto con otros organismos de normalización. Se trata de los ASB (*Associated Standardizing Bodies*) que tienen reconocida por el CEN/CENELEC la tarea de elaborar documentos técnicos en determinados sectores, bajo el compromiso de garantizar el acceso a todas las partes interesadas en el trabajo normalizador. Los documentos técnicos elaborados por estos organismos no son propiamente normas europeas (EN), sino especificaciones técnicas que tras un período de información pública son aprobadas, mediante votación, por el CEN/CENELEC y se convierten en normas europeas. Entre los diferentes organismos que han obtenido la categoría de ASB cabe destacar los siguientes:

AECMA¹⁵⁶:

La Asociación europea de constructores de material aeroespacial es la más importante organización con el estatuto de ASB en lo que se refiere a sus estándares técnicos.

CEB¹⁵⁷:

El Comité europeo del hormigón desarrolla también normas técnicas europeas.

ECISS¹⁵⁸:

Se trata del Comité europeo de normalización del hierro y el acero.

ECMA¹⁵⁹:

Asociación europea de fabricantes de ordenadores.

¹⁵⁶ "Association Européenne des Constructeurs de Matériel Aérospatial".

¹⁵⁷ "Comité Européen du Béton".

¹⁵⁸ "European Committee for iron and steel standardization".

¹⁵⁹ "European Computer Manufacturing Association".

EWOS¹⁶⁰:

El foro europeo de trabajo sobre sistemas abiertos fue fundado por señaladas empresas europeas para tratar todas aquellas actividades relacionadas con el ámbito de las tecnologías de la información. Principalmente se ocupa de las especificaciones OSI (*Open Systems Interconnection*) para computadoras.

e) *Valoración del modelo europeo de normalización*

El artículo 100 A.1 del TCE autoriza al Consejo a adoptar las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. La normalización, atendiendo a los Estados miembros, podría ser considerada en un sentido material como una actividad normativa. Esa consideración no contradice el hecho de que el contenido de las normas técnicas no sea jurídicamente vinculante, al resultar de adopción voluntaria en lo que respecta a los fabricantes. Esta eficacia limitada de las normas técnicas no excluye, sin embargo, el carácter “legislativo” de la normalización ya que las normas europeas (EN) despliegan efectos jurídicos en los Estados miembros.

Conforme a los principios del “nuevo enfoque”, las Administraciones de los Estados miembros están obligadas a asumir la presunción de que los productos fabricados según las normas armonizadas cumplen con los “requisitos esenciales” de las Directivas. Así, la Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, cuando refiere el esquema sobre los principios y elementos principales que conforman las Directivas del “nuevo enfoque”, prohíbe a los Estados miembros que establezcan medidas de control previo a la entrada en el mercado de aquellos productos que contengan un certificado de conformidad con las

¹⁶⁰ “European Workshop for Open Systems”.

Directivas¹⁶¹. Para los Estados la prueba de conformidad de los productos deriva del hecho de que los certificados declaren la conformidad con las normas europeas armonizadas¹⁶². Este supuesto pone ya de manifiesto que las normas armonizadas previstas en el “nuevo enfoque” están lejos de tener el carácter de meras recomendaciones no obligatorias. Al contrario, las normas europeas representan la concreción de las exigencias esenciales que las Directivas establecen para los productos. Por consiguiente, los organismos europeos de normalización deciden de modo terminante sobre el contenido de las exigencias concretas que permiten la conformidad de un producto con las Directivas y su libre circulación.

El sistema europeo de normalización se presenta como un modelo complejo de organización en el cual concurren sujetos nacionales y supranacionales, públicos y privados. Como señala CHITI¹⁶³, el rasgo característico es la integración funcional y la separación estructural de los diferentes sujetos que componen el sistema. Efectivamente, por un lado todos ellos desarrollan conjuntamente la misma función; pero, por otro, se trata de sujetos pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes, que expresan intereses diversos y tienen diferente naturaleza jurídica, ora pública, ora privada.

A su vez, el modelo de normalización europea presenta ciertas similitudes con otras estructuras administrativas que emergen en el ordenamiento comunitario. Se trata, más concretamente, de las numerosas agencias europeas que han ido surgiendo en los últimos años. Este fenómeno, carente de una conceptualización jurídica apropiada, ofrece un carácter reticular que ha sido definido desde la doctrina italiana como un modelo de “coadministración” (*coamministrazione*), caracterizado por el hecho de que la titularidad de la función es atribuida a

¹⁶¹ JO nº C 136, de 4 de junio de 1985, Parte B, apartado II 2, pág. 4.

¹⁶² *Ibid.*, Parte B, apartado V 1 a, pág. 5.

¹⁶³ E. CHITI, “La normalizzazione”, en *Trattato di Diritto Amministrativo Speciale*, t. III (dir. S. Cassese), Milán, 2000, pág. 3075.

múltiples sujetos distintos con el objetivo de lograr un fin unitario propio de la Comunidad¹⁶⁴.

4. La extensión del enfoque comunitario a la Organización Mundial del Comercio

La bondad del sistema europeo de armonización técnica parece ser una realidad si atendemos al hecho de que muchos de sus principios, entre ellos el anteriormente descrito procedimiento de información para reglamentos y normas técnicas, han sido también seguidos en otros ámbitos. Especialmente significativa en este sentido es la adopción por la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁶⁵ de un acuerdo mediante el que se establece un procedimiento para la superación de los obstáculos técnicos al comercio¹⁶⁶ que cubre a los reglamentos y normas técnicas así como a los procedimientos de evaluación de la conformidad. El objetivo del acuerdo es el de minimizar los referidos obstáculos a la vez que intentar asegurar la consecución de fines de interés general tales como la protección de la salud y el medio ambiente. Otra finalidad del referido acuerdo, que realiza una atención especial al trabajo de la ISO, es la de evitar la marginación comercial de los países del Tercer Mundo. Para la consecución de este objetivo se prima el uso de normas técnicas comunes y el establecimiento de procedimientos de evaluación de la conformidad. Cabe destacar, sin extendernos más, que el modelo europeo ha

¹⁶⁴ Vid. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padua, 1992. Para este autor son cinco los elementos característicos de la "coadministración": a) la atribución de la titularidad de la función a dos sujetos diferentes; b) el objetivo de un fin unitario propio de la Comunidad europea; c) el confiar, a partir de una expresa previsión comunitaria, las competencias necesarias a un sujeto determinado para la efectiva realización en el ámbito nacional de los objetivos perseguidos; la naturaleza mixta de los organismos de intervención; la necesidad y la normalidad de las relaciones que se establecen entre aquellos organismos y las instituciones comunitarias (págs. 217-229).

¹⁶⁵ La World Trade Organization se constituye en el año 1995 en sustitución del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade).

¹⁶⁶ "Agreement on Technical Barriers To Trade" hecho en el año 1994 en el marco de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Al respecto véase la comunicación de la Comisión europea "COMMUNITY EXTERNAL TRADE POLICY IN THE FIELD OF STANDARDS AND CONFORMITY ASSESSMENT", pág. 5, en <http://europa.eu.int/comm/trade/pdf/mra1.pdf>

sido también seguido por otras organizaciones de ámbito regional, la NAFTA¹⁶⁷ y la APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*)¹⁶⁸, organización que, a partir de la cooperación económica, pretende lograr hacia el 2010 una zona de libre cambio.

- El Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio¹⁶⁹

El acuerdo de la OMC parte de la doble consideración que pueden tener las normas técnicas¹⁷⁰, de un lado como instrumento proteccionista, pero, por otro, como mecanismo para el desarrollo de una producción de calidad que permite posibilitar la transferencia de tecnología de los países avanzados a los que están en vías de desarrollo. El acuerdo se aplica a todos los productos agrícolas e industriales y, con reservas, a los sanitarios y fitosanitarios.

Además, en lo que nos interesa, se prevé un procedimiento de información que contiene tres puntos relevantes.

- a) En primer lugar, se refiere a los reglamentos técnicos¹⁷¹ dictados por los diferentes Estados. En este sentido, los proyectos de reglamento que se aparten

¹⁶⁷ Agrupa a Estados Unidos, Canadá y México.

¹⁶⁸ Véase <http://www.apecsec.org.sg/>. Sus miembros son: Australia, Brunei, Canadá, Chile, República Popular China, Estados Unidos, Hong Kong- China, Indonesia, Japón, Corea, Malasia, México, Nueva Zelanda, Guinea Nueva Papua, Perú, Filipinas, Rusia, Singapur, Taiwan, Thailandia, Vietnam.

¹⁶⁹ La versión española de este documento puede consultarse en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/final_s.htm

¹⁷⁰ A los efectos del Acuerdo se entiende por Norma el "(D)ocumento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y *cuya observancia no es obligatoria*. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas" –cursiva nuestra–.

¹⁷¹ Por Reglamento técnico se entiende el "(D)ocumento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y *cuya observancia es obligatoria*. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o

notablemente de las normas internacionales y tengan un efecto sustancial sobre el comercio internacional, deben ser notificados a los otros miembros de la OMC para que puedan formular eventuales observaciones que deberán ser tomadas en cuenta. En el caso que concurran en la aprobación del reglamento motivos urgentes ligados a motivos de seguridad, salud, protección ambiental, o seguridad ambiental, deberá fijarse un período de tiempo razonable entre la publicación y la entrada en vigor. Esta última previsión tiene como fin permitir a los fabricantes de los países exportadores el adaptar sus productos o métodos productivos a los requisitos del Estado importador.

b) Existen también previsiones respecto a los organismos privados de normalización (*non-governmental standards bodies*) y a las normas voluntarias por ellos adoptadas. Concretamente, se establece para estas entidades un Código de buenas prácticas (*Code of Good Practice*) anexo al acuerdo¹⁷². En el mismo se prevé la publicación, al menos cada semestre, de un programa de trabajo que contenga referencia de las normas publicadas en ese período y de aquellas que se encuentren en fase de elaboración. Dicho trabajo debe ser notificado al centro de información de la ISO¹⁷³. Antes de adoptar una nueva norma, los organismos de normalización deberán conceder un plazo mínimo de sesenta días para permitir las alegaciones que quieran formular aquellas partes interesadas en el propio territorio; alegaciones que deberán tomarse en cuenta durante el procedimiento de elaboración de la norma. Se prevé, sin embargo, una excepción para aquellos casos de urgencia por motivos de seguridad, salud y protección del medio ambiente.

etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas" –cursiva nuestra-.

¹⁷² Se trata del Anexo 3 en el que se establece el "Código de buena conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas".

¹⁷³ Véase la "Decisión relativa al proyecto de entendimiento sobre un sistema de información OMC-ISO sobre normas", en la misma se establece que el Centro de Información de la ISO publicará regularmente la información recibida en las notificaciones que se le hayan hecho en virtud del Código de Buena Conducta. Además, se prevé que esta publicación, por la que podrá cobrarse un derecho razonable, estará a disposición de los miembros de la ISO y, por conducto de la Secretaría, de los Miembros de la OMC.

c) Deberán ser también notificados los proyectos de los esquemas de certificación en caso de que no se trate de guías o recomendaciones internacionales de referencia, o en caso de que las certificaciones propuestas puedan tener un efecto significativo sobre el comercio internacional. Cabe destacar que el acuerdo dedica una especial atención a los procedimientos de certificación, así como a los organismos públicos o equivalentes encargados de evaluar la conformidad de los productos a las reglamentaciones técnicas. Los procedimientos de certificación deberán efectuarse de tal modo que garanticen un trato equivalente a los productos nacionales y a aquellos de otros países miembros de la OMC. Así mismo, atendiendo a la existencia de guías o recomendaciones para los procedimientos de la conformidad elaboradas por los organismos internacionales de normalización, los poderes públicos de cada Estado deberán referirse a tales guías en el desarrollo de la certificación¹⁷⁴. Además, los Estados miembros de la OMC deberán reconocer la validez de los procedimientos de certificación que difieran de aquéllos aplicados en el propio territorio siempre que sea prevista una garantía de conformidad equivalente a aquella obtenida con los procedimientos internos. En este sentido, será nota común la previa consulta para verificar la competencia técnica de las entidades de certificación de los países exportadores, por ejemplo a partir de la acreditación según normas o guías internacionales.

El seguimiento de cada uno de los extremos reseñados es objeto de seguimiento por parte de un comité creado *ad hoc* en el seno de la OMC. El acuerdo del año 1994 prevé que el denominado Comité de los obstáculos técnicos al comercio proceda cada tres años a un examen sobre el funcionamiento del citado acuerdo¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Es el caso de las normas de la serie EN 45 000, a las cuales, por ejemplo en el caso español, hace frecuente referencia el RICSÍ.

¹⁷⁵ En el examen del año 1999 se trataron los siguientes aspectos: a) puesta en funcionamiento y administración del acuerdo; b) funcionamiento de los procedimientos de notificación; c) aceptación y puesta en funcionamiento del código de buenas prácticas para la preparación, adopción y aplicación de las normas; d) normas internacionales, guías y

Finalmente, para la plena aplicación del acuerdo, está prevista la creación en cada uno de los Estados miembros de la OMC de un centro de referencia para satisfacer las necesidades de información provenientes de los países miembros o de las partes interesadas. El centro deberá poder suministrar y cotejar los reglamentos técnicos, normas técnicas y procedimientos de certificación existentes o en fase de proyecto. En España tal cometido corresponde a AENOR.

5. Importancia de la política europea de normalización y aspectos problemáticos que se plantean

La Guía de la Comisión, relativa a la aplicación de las Directivas de armonización técnica, realiza una consideración que, en atención a lo que expondremos, resulta interesante reproducir con carácter preliminar:

“El hecho de que estas directrices-entre CEN/CENELEC y la Comisión- prevean la participación de las autoridades públicas reviste gran importancia. La participación se basa en el hecho de que dichas autoridades son partes interesadas en la aplicación de las directivas de nuevo enfoque y representan el interés público. Por estas razones, cabe esperar legítimamente su participación efectiva. Sin embargo, las autoridades públicas no tienen una posición “jerárquica” en el proceso de normalización.” (redondilla nuestra)

A la vista de la relación que a partir del Derecho comunitario se establece entre la Comisión y los organismos europeos de normalización, se observa que: 1) los organismos de normalización tienen naturaleza privada; 2) el derecho comunitario establece y fomenta la armonización de normas técnicas mediante aquellos organismos, pero la actividad de normalización es autónoma y sobrepasa el nivel europeo; 3) las normas técnicas son susceptibles de producir efectos jurídicos. Los

recomendaciones; e) preparación, adopción y aplicación de los reglamentos técnicos; f) procedimientos de evaluación de la conformidad; g) asistencia técnica; h) trato especial y diferenciado; e i) otros elementos. *Vid.* “Rapport au Parlement européen sur les activités de la Communauté européenne au sein de l’OMC en 1999”, pág. 35.

dos primeros puntos se han expuesto ya de manera suficiente, veremos ahora que trascendencia tienen esos elementos desde una perspectiva jurídica y, especialmente, para el Derecho interno de los Estados. La incidencia de la normalización pivota, no obstante, en dos direcciones; una de carácter general, esto es la de aquellos ámbitos técnico-económicos actuales en que se justifica la necesidad de una normativa técnica; después, la estricta relevancia jurídica del fenómeno.

5.1 Aspectos técnico-económicos.

La actividad normalizadora tiene un alcance que sobrepasa a los productos industriales *strictu sensu* y se sitúa en todos los niveles de actividad vital propios de nuestra sociedad. Hoy día, por ejemplo, algo tan cotidiano como el automóvil plantea muchos más riesgos que los que se desprenden de la mera conducción. En su interior se encuentran dispositivos electrónicos tales como el ABS, Airbag, teléfonos...que pueden causar perturbaciones electromagnéticas de consecuencias inesperadas. Frente a estos otros riesgos, el mecanismo que se ha articulado es, respecto a las Directivas, el establecimiento de procedimientos que evalúen la conformidad de los productos con los requisitos (especificaciones técnicas) de protección relativos a la compatibilidad electromagnética¹⁷⁶. En otro orden, existen aspectos ligados a tecnologías de la información como son la prestación digital de servicios televisivos o, el comercio electrónico mediante Internet¹⁷⁷, que plantean problemas cuando no son realizados con un carácter compatible. Por ejemplo, actualmente una misma tarjeta con banda magnética nos

¹⁷⁶ Vid. el RD 444/94, de 11 de marzo.

¹⁷⁷ Las consecuencias jurídicas relativas al fenómeno INTERNET no se limitan, como se sabe, al tema del comercio electrónico. La preocupación se ha trasladado al mismo contenido de la información que circula por la "red". En el caso de la Comunidad el tema es objeto de una especial atención. Vid. INFO 2000 *Illegal and harmful content on the Internet*. Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions". Puede consultarse en:

<http://www2.echo.lu/legal/en/internet/content/communic.html>.

permite operar en distintas entidades. Evidentemente ello tiene un coste pero nadie niega ya el beneficio de que una tarjeta de crédito expedida en España pueda ser utilizada en un cajero automático situado en un remoto pueblo de Escandinavia. Pues bien, tanto la televisión digital como el comercio electrónico son servicios que necesitan ser prestados mediante sistemas de encriptación que aseguren la identificación de las partes y la segura transacción del dinero, o la recepción de aquellos servicios contratados¹⁷⁸. Ello requiere sistemas de descodificación que deben ser compatibles e interoperables¹⁷⁹, garantizando un control de acceso sólo a quien haya pagado el servicio. La actividad normalizadora europea en estos últimos años ha prestado especial atención a estos aspectos, destacándose así el importante papel que desarrolla en la determinación de las nuevas tecnologías de la información¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Existe un Libro verde de la Comisión sobre *La protección jurídica de los servicios codificados en el mercado interior*. El Comité Económico y Social ha elaborado un dictamen publicado en el DO nº C 30, de 30.1.1997. En este informe se entiende por "servicios codificados": "los que recurren a la codificación de su señal para garantizar el pago de un canon. En esta categoría entran los servicios de radiodifusión tradicionales codificados (por cable, por vía hertziana o por satélite), los nuevos servicios de radiodifusión (televisión digital, "pay-per-view" -televisión de pago por visión-, vídeo a la carta) y los servicios de la sociedad de la información, es decir, los servicios prestados electrónicamente a distancia, previa solicitud individual de un destinatario (en particular el vídeo a la carta, el comercio electrónico y los servicios de información multimedia). Más información sobre este tema en:

<http://europa.eu.int/en/record/green/gp004dx.html>

¹⁷⁹ Interesante en este tema es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *La normalización y la Sociedad mundial de la información: el enfoque europeo* (COM (96) 359 final), en este documento se dice: "En efecto, la utilización de numerosos productos y servicios del ámbito de las TIC (Tecnologías de la información y de las telecomunicaciones) a menudo se ve condicionada por la capacidad de los productos(,) puestos a punto por fabricantes diferentes(,) a funcionar de forma conjunta (*interoperabilidad*)". Ejemplificativa es también, en el referido caso de las tarjetas de crédito, la Recomendación 87/598/CEE: "la interoperabilidad sería aquella situación en la cual las tarjetas emitidas en un Estado miembro y/o pertenecientes a un determinado sistema de tarjetas puedan utilizarse en otros Estados miembros y/o en las redes de otro sistema; esto presupone una compatibilidad tecnológica de las tarjetas y los lectores utilizados en los distintos sistemas, así como una apertura de los mismos mediante acuerdos basados en el principio de reciprocidad".

¹⁸⁰ "Las normas no constituyen solamente una cuestión técnica. Determinan la tecnología que permitirá hacer realidad la sociedad de la información y, por lo tanto, la forma en que se beneficiarán empresas, usuarios, consumidores y administraciones. Las normas desempeñan una función importante en la cooperación y competición entre las empresas, son un elemento destacado de la eficacia del mercado interior y resultan fundamentales para la competitividad de la industria europea", *La normalización...*, cit. pág. 2.

Resumiendo, las especificaciones técnicas pueden presentar una cuádruple perspectiva: primero, como mecanismos para garantizar la explicada interoperabilidad (descodificadores); segundo, al establecer la seguridad (máquinas); tercero, afectan la esfera de intereses públicos: la protección del medio ambiente, de los consumidores y los trabajadores; cuarto, concretizan la misma fijación de estándares, a los cuales remiten, en el caso europeo, las Directivas y las normas jurídicas nacionales de trasposición.

5.2 Aspectos jurídicos de las normas técnicas europeas

Este apartado plantea un aspecto problemático a partir de la cesión que se hace a las normas europeas para la concretización de las exigencias previstas en las Directivas. Como se ha visto, la acción concertada entre los organismos europeos y nacionales de normalización implica que éstos trasladan las normas europeas como nacionales. En consecuencia, la recepción de su contenido implica que su estatuto jurídico es, en principio, el que tienen las normas técnicas nacionales, esto es, básicamente, no obligatorias. La remisión a normas europeas no deja, efectivamente, de plantear algunas cuestiones que hacen conveniente un estudio más pormenorizado.

La normalización europea supone un sistema mixto en el que se combinan elementos jurídico-públicos con otros de carácter económico-privados¹⁸¹ -tal como señalábamos más arriba-, cuyo fundamento se encuentra en la Comunidad Europea y que repercute de notoria en los sistemas nacionales de normalización. De esta forma, la pretendida desregulación administrativa comporta finalmente sólo una sustitución de estructuras burocráticas estatales por otras nuevas, eso sí de carácter privado, que desarrollan una desbordante actividad reguladora que no

¹⁸¹ En otras palabras, la Comunidad habría sustituido una política estatal de normalización por otra de carácter corporativo. En este sentido, véase J. FALKE, *Technische normung in Europa: zieht sich der Staat wirklich zurück?*, en "Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche", Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Bremen, 1991, pág. 84.

deja de causar cierta impotencia y desconcierto tanto a fabricantes como en instancias públicas. Por razones ligadas al derecho de la competencia en el primer caso y en lo que se refiere a la articulación de mecanismos de supervisión en el segundo.

5.2.1 La remisión a las normas técnicas europeas

La elección de la forma y los medios para conseguir los objetivos de las Directivas “nuevo enfoque” no corresponde, conforme al artículo 189 TCE, a los Estados¹⁸². Estos se ven en la tesitura de trasladar el contenido de las Directivas a sus leyes y reglamentos y hacer remisión a normas técnicas de origen privado y supranacional, convirtiéndolas así en jurídicamente relevantes. Y aunque el cumplimiento con las exigencias esenciales previstas en las Directivas no obliga, como hemos visto, al fabricante a seguir aquellas normas técnicas, de hecho el cumplimiento de las normas europeas armonizadas está fuertemente alentado. Especialmente, en el caso de exportaciones a otros países de la Comunidad las normas armonizadas ofrecen la ventaja del efecto de la conformidad y permiten evitar objeciones por parte de las autoridades del Estado importador¹⁸³.

La existencia de una remisión por parte de las Directivas hacia las normas técnicas armonizadas europeas ha sido reconocida por el propio Tribunal de Justicia. En los asuntos 123/76¹⁸⁴ y 815/79¹⁸⁵ el Tribunal de Luxemburgo tuvo ocasión de tratar los

¹⁸² El artículo 189 TCE en su tercer párrafo dispone que: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Asimismo, señala ANSELMANN para aquellos Estados con una elevada regulación legal en el ámbito de productos la “nueva concepción” comporta una desreglamentación y una transferencia en el establecimiento de reglas técnicas al ámbito de las normas privadas. *Die Bezugnahme...*, cit. pág. 105.

¹⁸³ *Vid.* MARBURGER/ENDERS, *Technische Normen...*, cit. pág. 352.

¹⁸⁴ Sentencia de 14 de julio de 1977 (Comisión v. Italia), pág. 1449 y ss. En este proceso la República italiana, parte demandante, alegaba entre otros aspectos que las normas elaboradas por el CENELEC no constituían normas armonizadas en el sentido del artículo 5 de la Directiva 73/23/CEE, de “baja tensión” (ver nota 115), ya que el procedimiento de adopción de los acuerdos seguía el principio de mayoría, mientras que el artículo 5 de la Directiva disponía el

efectos que se derivaban para los Estados de la Directiva 73/23/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión. En estos casos el Tribunal no tuvo ninguna duda en reconocer la práctica por esta Directiva de una técnica de remisión¹⁸⁶. Así, en el segundo asunto, el Tribunal de Justicia afirmó que una norma técnica europea adoptada sobre la base de una remisión legal de carácter genérico prevalece sobre los ordenamientos nacionales que no hayan adoptado la Directiva. Y ello aún en el caso de que el ordenamiento nacional contenga disposiciones legales que incorporen niveles de seguridad más severos que la norma técnica europea.

Por tanto, aunque no tienen naturaleza de obligación legal, las normas técnicas ofrecen una significación jurídica especial. Por ello, debe plantearse la cuestión de hasta qué punto el legislador comunitario está legitimado para ceder a organismos no estatales de carácter privado el establecimiento y fijación -con carácter dinámico- e interpretación de estándares técnicos que afectan a la seguridad de las personas, su salud y al medio ambiente y que tienen un efecto obligatorio para los Estados miembros. Esta cuestión, bajo nuestro punto de vista, sólo puede ser respondida en un sentido afirmativo si se garantiza, por un lado el carácter fáctico no obligatorio de las normas técnicas y, por otro se aseguran unos mínimos de transparencia en el procedimiento normalizador. Sólo así sería posible asegurar que dichas remisiones y sus efectos no constituirían una vulneración a los principios del Estado de Derecho y, por tanto, no resultarían inconstitucionales¹⁸⁷.

establecimiento "de común acuerdo". Sin embargo el Tribunal eludió en su sentencia tratar esta cuestión. Sobre este aspecto véanse las conclusiones del *avocat general* J.-P. Warner, pág. 1460 y ss.

¹⁸⁵ Sentencia de 2 de diciembre de 1980 (Italia v. Cremonini y Vrankovich), pág. 3583 y ss.

¹⁸⁶ El artículo 5 de esta Directiva establece en su párrafo segundo que: "Se considerarán armonizadas las normas cuando se publiquen con arreglo a los procedimientos nacionales, tras haber sido establecidas, de común acuerdo, por los organismos que notifiquen los Estados miembros conforme a lo establecido en el artículo 11. Las normas se actualizarán en función del progreso tecnológico y de la evolución del nivel técnico alcanzado en materia de seguridad".

¹⁸⁷ *Ibidem*, ppág. 359-361.

El compromiso de los Estados miembros con las normas técnicas europeas afecta también a los Tribunales. Estos no tienen ninguna otra posibilidad que recurrir a otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de conformidad con las Directivas. Así, como señala ROßNAGEL, al no tratarse de un acto jurídico de la Comunidad sino de una organización privada, los Tribunales nacionales no tienen la posibilidad de someter la cuestión al Tribunal de Justicia sobre si una norma europea es o no conforme con una Directiva¹⁸⁸.

Se demuestra de este modo que aunque las normas técnicas europeas no deberían tener ninguna relevancia jurídica formal, sin embargo la tienen a partir de la remisión a ellas, como normas armonizadas, que realizan las Directivas. Desde este punto de vista, el “nuevo enfoque” podría suponer una delegación fáctica de competencias normativas en los organismos privados de normalización.

La existencia de un mandato parece sugerir la misma idea de una delegación. El mandato es el acto mediante el que la Comisión invita al CEN a elaborar una norma armonizada, indicando su objeto-producto o género de productos-, el plazo para su disponibilidad, y la finalidad—el cumplimiento con los requisitos esenciales de seguridad contenidos en la Directiva y que la norma deberá poder satisfacer-. Aparentemente, pues, el mandato ofrece una clara analogía con la delegación, la de una transferencia de competencias. Sin embargo, la hipótesis de un poder normativo conferido a los organismos de normalización no tiene, como más adelante veremos, cabida en el Derecho comunitario.

Ahora bien, el hecho de que las normas armonizadas impliquen dotar de cierta eficacia jurídica a las normas técnicas europeas no deja de plantear la cuestión sobre una posible creación mediata o indirecta de Derecho. Se trata, en definitiva, de considerar que el proclamado “reenvío a las normas” pueda ser tomado como expresión de la técnica jurídica del reenvío. Sin embargo, no parece que ese

¹⁸⁸ Vid. A. ROßNAGEL, *Europäische Techniknormen...*, cit., pág. 1184.

reenvío a las normas armonizadas pueda ser incluido en alguna de las posibles formas de relación entre el ordenamiento jurídico y el “ordenamiento de la técnica” –unas relaciones que, por lo demás, no difieren de aquéllas previstos entre ordenamientos jurídicos-.

En primer lugar, cabe excluir la posibilidad de un reenvío de tipo recepticio¹⁸⁹, aquél en el que la norma reenviada –recibida- es incorporada en el seno del ordenamiento reenviante–remitente- como si se tratase de una norma propia. La norma reenviada pierde su autonomía para convertirse en parte integrante del acto normativo reenviante¹⁹⁰. El contenido de la norma reenviada no es, pues, asumido como tal norma, sino como un dato de hecho; por ello la modificación o derogación de la norma recibida es irrelevante: la norma remitente seguirá teniendo el mismo contenido que poseía la norma remitida, antes de su modificación o derogación¹⁹¹. El reconocimiento de este tipo de reenvío en el caso de las normas armonizadas nos llevaría a reconocer la existencia de una delegación de poderes normativos, ya que habría operado una juridificación de la norma técnica armonizada, una absorción de esta última por la norma jurídica. Esta posibilidad, sin embargo, sería incompatible con el propio ordenamiento comunitario que en este tema opta por distinguir entre un ámbito reservado a la técnica y otro propio del derecho. Más adelante examinaremos con más atención la existencia o no de una delegación de competencias por parte de la Comisión en los organismos europeos de normalización.

¹⁸⁹ La técnica del reenvío recepticio o material responde a la problemática del Derecho internacional privado. Escribe GARCIA DE ENTERRIA como esta técnica “se extendió más tarde a la relación entre ordenamientos diversos, aun fuera de la relación internacional y hoy ha concluido por aplicarse a la esfera “intra-institucional” o en el seno de un mismo ordenamiento con lo cual ha concluido su evolución como técnica abstracta”, en “Legislación delegada y control judicial”, publicado en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, págs. 164-165. Téngase en cuenta además la abundante bibliografía allí citada, especialmente A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milán, 1966; PICCARDI, “La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio”, en *Studi vari di Diritto Pubblico*, Milán 1968, pág. 45 y ss.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 164.

¹⁹¹ *Vid.* J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ceura, Madrid, 1991, págs.356-357.

Tampoco parece aceptable considerar la existencia de una remisión o reenvío formal, aquél en virtud del cual una norma remite a lo dispuesto en otra norma ya existente. En este caso la norma reenviante no asume como propio el contenido material de la norma reenviada, sino en términos formales, es decir, el que ésta tenga en el momento de aprobación de la norma reenviante, pero también el que aquélla pueda tener en el futuro, cualquiera que sea. En palabras de GARCIA DE ENTERRIA, el contenido del acto reenviado permanece extraño a la voluntad reenviante. El objeto del reenvío formal no es, pues, un contenido normativo material concreto, sino un texto normativo formal; más exactamente, el contenido que tenga o pueda tener en cada momento dicho texto normativo formal¹⁹².

El reenvío formal comportaría una distinción entre la norma jurídica y la norma técnica y no la mera absorción de la segunda por la primera. La norma reenviada—la norma técnica armonizada—conserva entonces su plena autonomía en el ordenamiento reenviante —el Ordenamiento comunitario—. Puede decirse que en este caso se pone de relieve una observación que hiciera S. ROMANO, la existencia en el ordenamiento reenviante de una declaración por la que “*ciertas materias o relaciones quedan excluidas de su esfera, abandonadas así a la regulación de otro ordenamiento*—el reenviado—”¹⁹³. De este modo, podría significarse que la remisión del ordenamiento comunitario al ordenamiento de los organismos de normalización responde a un “abandono” por parte del primero de los aspectos técnicos de las Directivas. Tal planteamiento, sin embargo, resulta incompatible con la presencia en el procedimiento de formación de la norma armonizada del mandato de normalización. Tal mandato, como es sabido, consiste en una invitación que la Comisión realiza a los organismos europeos de normalización para que elaboren una norma técnica que asegure el respeto a los requisitos esenciales indicados en

¹⁹² *Ibidem*, pág. 357.

¹⁹³ *Vid.* S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (traducción de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo), IEP, Madrid, 1963, pág. 137. Observación también recogida por E. García de Enterría quien reproduce lo escrito por BERNARDINI sobre esta cuestión: “el reenvío no recepticio implica una determinación de parte del ordenamiento en el sentido de la propia incompetencia en relación

la correspondiente Directiva. Cabe recordar que, en este sentido, la redacción del artículo 4.1 de la Directiva 89/106/CEE nos ofrece una precisa definición del objeto del mandato en atención a la formación de la norma armonizada: *“(A) los efectos de la presente Directiva, se entenderá por “normas armonizadas” las especificaciones técnicas adoptadas por el CEN o por el CENELEC o por ambos, con arreglo a mandatos de la Comisión, de conformidad con la Directiva 83/189/CEE, sobre la base de un dictamen emitido por el Comité-permanente de la construcción, y de acuerdo con las disposiciones generales relativas a la cooperación entre la Comisión y estos dos organismos, firmadas el 13 de noviembre de 1984”*. Así, el CEN como organismo privado de normalización puede elaborar cuantas normas técnicas desee, pero sólo podrá hacer normas técnicas europeas armonizadas cuando exista la invitación de la Comisión sobre la base de un mandato legitimado en una Directiva. De este modo, el mandato no es una mera invitación y, por tanto, no es tampoco un acto jurídicamente irrelevante, ya que el mandato dota a la futura norma armonizada de una incuestionable relevancia jurídica. Además, la existencia de los respectivos comités contemplados en cada una de las Directivas del “nuevo enfoque” supone la existencia de un consenso de las autoridades nacionales respecto a la formulación del mandato. En definitiva, sólo si el mandato fuese una mera invitación o un acto oficioso podría considerarse la existencia de un auténtico reenvío formal a otro ordenamiento.

5.2.2 La publicación de las normas técnicas europeas

Como ya sabemos, el seguimiento por parte del fabricante de las normas armonizadas supone una presunción de conformidad de que el producto cumple con los requisitos esenciales contenidos en la oportuna Directiva. Ahora bien, la presunción de conformidad no depende en sí de la norma, sino, en principio, de su acto de publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea. Efectivamente, el de la publicación es uno de los diferentes actos necesarios para que la norma

a determinadas esferas de hechos y relaciones sociales”, en “Legislación delegada y control judicial”, cit., pág. 199, nota 35.

armonizada pueda generar la presunción de conformidad. Existen, además, otras dos actuaciones que se desarrollan no en el ámbito comunitario, sino en el nacional. Se trata de la comentada adopción de la norma armonizada por parte del organismo nacional de normalización competente, y la correspondiente publicación de sus aspectos identificativos en el diario oficial del Estado correspondiente.

Sin embargo, el contenido de la publicación no deja de ofrecer cierta singularidad en atención a que sólo afecta a los meros extremos identificativos de la norma. Este sería un dato que vendría a confirmar la naturaleza no jurídica de la norma armonizada, así como la clara separación de competencias existente entre la Comisión y los organismos europeos de normalización en lo que respecta a la formación del contenido de la norma. Lo cual, por lo demás, también ayudaría a confirmar la efectiva separación que en el trabajo normalizador existe entre técnica y derecho.

El trámite de publicación de las normas europeas se prevé en la ya conocida Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985. La misma establece como requisito de la conformidad el que las normas adoptadas, conforme a las directrices generales suscritas entre los organismos europeos de normalización y la Comisión, sean objeto de una publicación de sus referencias en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. La Resolución añade que la norma armonizada deberá ser también objeto de publicación por los Estados miembros¹⁹⁴.

Lo cierto es, sin embargo, que el referido requisito de la publicación ha jugado de modo diferente según el momento en que fuera aprobada la correspondiente Directiva armonizadora. En el caso de la Directiva 73/23/CEE (sobre material

¹⁹⁴ “(...) ces normes sont adoptées conformément aux orientations générales ayant fait l’objet d’un accord entre cet organisme et la Commission et ont fait l’objet d’une publication de leurs références au *Journal officiel des Communautés européennes*, cette publication devant être également effectuée, par ailleurs, par les États membres” (DO nº C 136, de 4 de junio de 1985, pág. 5).

eléctrico de “baja tensión”) cuyo artículo 5 considera armonizadas las normas “cuando se publiquen con arreglo a los procedimientos nacionales, tras haber sido establecidas, de común acuerdo, por los organismos que notifiquen los Estados miembros (...)”, añadiendo que “(L)a lista de las normas armonizadas con sus referencias correspondientes se publicarán, a título informativo, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.” Este esquema se mantiene con posterioridad, así, por ejemplo, la Directiva 90/384/CEE¹⁹⁵ establece en su artículo 5 que “(L)os Estados miembros presumirán la conformidad... de aquellos instrumentos que respeten las normas nacionales pertinentes que, a su vez, apliquen las normas armonizadas que cumplan los requisitos esenciales,” para ello “(L)a Comisión publicará las referencias de las normas armonizadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas” y, además, “(L)os Estados miembros publicarán las referencias de las normas nacionales.” De este modo la conformidad del producto con las normas europeas sólo opera bajo el presupuesto de su publicación como normas nacionales en los correspondientes boletines oficiales de cada Estado¹⁹⁶. La publicación en el DOCE de las referencias de las normas se realizaría, pues, a título meramente informativo¹⁹⁷. No obstante, este planteamiento fue cuestionado en el ya citado “Libro verde sobre el desarrollo de la normalización europea”, publicado en enero de 1991. En el punto 83 de este documento podemos leer: “(L)a Comisión considera que todas las normas europeas futuras deberían existir por derecho propio y que no deberían tener que ser incorporadas a las normativas nacionales en forma de normas propias adaptadas antes de poder utilizarse.” En este sentido

¹⁹⁵ Directiva, de 20 de junio de 1990, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático (DO nº L 198, de 20 de julio de 1990).

¹⁹⁶ En un sentido similar la Directiva 97/23/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos a presión (DO nº L 181, de 9 de julio de 1997).

¹⁹⁷ Las referencias de normas armonizadas son publicadas en la serie C del Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Desde noviembre de 1998 la Dirección General III de la Comisión realiza una publicación consolidada de las referencias en lo que respecta a las Directivas más relevantes. Puede consultarse en <http://europa.eu.int/comm/dg03/directs/dg3b/newapproa/eurstd/harmstd/reflist.html>.

encontramos otra redacción en las Directivas aprobadas en los últimos años, en el sentido de que una norma cuya referencia haya sido publicada en el DOCE confiere ya la conformidad a las exigencias esenciales. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Directiva 99/5/CE¹⁹⁸ sanciona que *“(C)uando un aparato responda a las normas armonizadas, o a partes de las mismas, aplicables, cuyos números hayan sido publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, los Estados miembros presumirán que cumple aquellos requisitos esenciales (...) que estén cubiertos en dichas normas armonizadas”*

Un caso aparte, y de mayor complejidad, se presenta con la Directiva 89/106/CEE¹⁹⁹, sobre materiales de construcción. La misma constituye una auténtica excepción al principio general de reconocimiento mutuo que preside el “nuevo enfoque”. En el caso de estos productos, el seguimiento de las normas armonizadas no les confiere una presunción de conformidad con las exigencias esenciales, sino que les confiere una presunción de idoneidad²⁰⁰.

En suma, siguiendo el tenor de las últimas Directivas, la publicación de la referencia en el DOCE tiene por objeto el precisar la fecha exacta a partir de la cual nace la presunción de la conformidad. De esta manera, la publicidad de la referencia de la norma ejercería una función de certeza para sus posibles destinatarios. Más dudoso, en cambio, resulta que la publicación permita algún tipo de control jurídico sobre la norma.

El tema del control sobre la normalización europea constituye, sin duda, uno de los aspectos más problemáticos de la normalización europea. La publicación

¹⁹⁸ Directiva sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de conformidad.

¹⁹⁹ Directiva, de 21 de diciembre, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción (DO nº L 40, de 11 de febrero de 1989 –modificada por la Directiva 93/68/CEE-).

²⁰⁰ Una primera excepción a este principio es la recientemente aprobada Norma EN 197-1:2000 sobre composición, especificaciones y criterios de conformidad de los cementos comunes.

referencial de la norma armonizada no significa, en términos jurídicos, ningún control previo de la Comisión sobre el contenido técnico de la norma. Aun así la Comisión entiende que con anterioridad a dicha publicación tiene reservado el derecho de verificar que las cláusulas del mandato han sido cumplidas²⁰¹. En cualquier caso, parece que las instituciones comunitarias carecen de un poder discrecional en atención a la publicación de la norma, ésta constituiría para la Comisión un acto debido. En contrapartida, sería difícil considerarla responsable por el contenido de la norma cuya referencia publica. En este sentido, no cabe olvidar que la elaboración de las normas europeas se desarrolla en el seno de los organismos privados de normalización y que la participación de la Comisión opera a partir de los diferentes comités previstos en las Directivas. Efectivamente, la Comunidad no entra en el procedimiento de formación de la norma, ésta es íntegramente tratada en el seno del CEN con el único límite formal de respetar el contenido del mandato. La consecución de ese objetivo se ve, en cierta medida, garantizado *a posteriori* por la ya comentada participación en los comités técnicos de normalización de expertos provenientes de la Administración comunitaria o de los Estados miembros.

Cabe decir que en el tema del control existen dos posturas, la que entiende la propia Comisión considerando que sólo debe mantener un control de carácter extrínseco y la sostenida por las asociaciones de fabricantes. Esta última tiende por el contrario a desear una implicación más estrecha de la Comisión en la elaboración de la norma, sosteniendo que aquélla no puede no ser considerada responsable por haber publicado una norma armonizada en el caso que no respete suficientemente los requisitos de seguridad fijados en la Directiva. Esta última posición supone concebir el control como una verificación jurídica del contenido técnico de la norma, es decir como una aprobación. Esta opción, sin embargo, encaja poco con la previsión explícita del sistema extrajudicial de contradicción

²⁰¹ Véase en este sentido el documento "Guide relatif à la mise en application des Directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l'approche globale" (octubre 1999), apartado 4.3.

sobre las normas previsto en el procedimiento de salvaguarda. Este es, como se ha visto anteriormente, el instrumento específico que permite invalidar la presunción de conformidad de que se benefician los productos en el marco del “nuevo enfoque”.

La publicación se configuraría, pues, como un acto declarativo de lo que GIANNINI llama *certezze notiziali* (certeza noticiaria)²⁰², es decir de propagación de un hecho relevante jurídicamente.

La publicación no juridificaría la norma técnica ni haría de ella un acto o hecho generador de consecuencias jurídicas. La cognoscibilidad jurídica del acto y el hecho atributivo de su eficacia general que comporta la publicación no puede ser de aplicación en este caso.

Ahora bien, junto a la certeza noticiaria, la publicación tiene también otro efecto jurídico, el de obligar a asumir como cierto el acto. La publicación crea la obligación de tomar como cierta la particular calidad de la norma técnica, sirviendo para dar certeza de un hecho jurídico relevante: el de la norma armonizada. El trámite de la publicación funciona, pues, a modo de un marchamo de calidad de la norma técnica, confirmando su origen y calidad, de la cual se desprende una peculiar eficacia jurídica consistente en la presunción de conformidad a los requisitos de seguridad.

Resulta así que es la publicación, no la norma armonizada, la que produce efectos jurídicos. O mejor dicho, la norma técnica es susceptible de producirlos, pero la norma armonizada no produce los efectos jurídicos derivados de un acto normativo emanado de los poderes públicos. Es decir, la norma armonizada no es un acto normativo, no supone una manifestación de ejercicio de un poder jurídico. A la luz de esto cabe decir que la calificación como norma armonizada no supone dotar de

²⁰² Vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2ª ed., Milán, 1988, págs. 975-978.

normatividad jurídica a la norma técnica; por el contrario comporta una relevancia jurídica de la norma en atención a las determinadas características que debe cumplir en función del mandato hecho por la Comisión al CEN. Más precisamente, ese constituye el hecho jurídicamente relevante de la publicación, el de hacer cierto *erga omnes* el cumplimiento del mandato. Por tanto, cabe definir el mandato como el acto jurídico que habilita a la norma a asumir la calidad de armonizada y posteriormente como norma técnica jurídicamente relevante que debe ser objeto de publicación. El mandato es un acto jurídico y, en ningún caso, tiene carácter normativo, por lo cual no supone ninguna modificación del orden jurídico objetivo.

5.3 Consideración a la delegación fáctica de competencias jurídico-normativas que supone la técnica de remisión del “nuevo enfoque” a las normas de los organismos europeos de normalización

Atendiendo a la envergadura de los efectos jurídicos y fácticos que nos ofrecen las normas armonizadas es lógico que se suscite la cuestión en torno a la trascendencia que supone la incorporación de asociaciones privadas de normalización en lo que atañe a la política comunitaria de aproximación legislativa en cuestiones técnicas. Concretamente a si la misma puede ser o no considerada una delegación, si se trata de una delegación de competencias soberanas, y si tal tipo de delegación es compatible con el Derecho comunitario. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia no ha tenido hasta el momento ocasión para pronunciarse en esta cuestión.

5.3.1 *El concepto de delegación*

El de delegación es un concepto polivalente, pluriacepcional, dentro de la literatura jurídico-pública europea y ha sido definido en nuestra doctrina como

uno de los conceptos más complejos y confusos del Derecho público²⁰³, cuando no, en palabras de HAURIUO, la plaga del Derecho público²⁰⁴. La noción de delegación aparece dotada de una pluralidad de acepciones: constitucional y administrativa. En todo caso, desde una perspectiva de Derecho público, la delegación hace referencia a uno de los supuestos de traslación de competencias aplicable tanto a niveles de relación intersubjetiva (entre administraciones públicas) como interorgánica. Habría un tercer supuesto, el referido a la delegación de funciones públicas en sujetos privados. En términos generales, por delegación se entendería el desplazamiento de una competencia en el sentido de un traslado de atribuciones de su titular a otro sujeto.

a) *El concepto de delegación desde la perspectiva jurídico-administrativa*

Desde la vertiente del Derecho administrativo la delegación puede ser observada desde el marco de la Administración pública individualmente considerada (delegación interorgánica) y en relación a otras (delegación intersubjetiva). Desde la primera perspectiva, la razón de la institución va estrechamente ligada a la organización administrativa, a su racionalización y eficacia. La delegación permite adaptar la distribución competencial administrativa a las exigencias de la realidad sin necesidad de modificar las normas atributivas

En España, el régimen de la delegación interorgánica se encuentra regulado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 149.1.18 CE, en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC). El artículo 12.1 de este texto legal establece el carácter irrenunciable de las competencias atribuidas a los órganos administrativos *“salvo los casos de delegación”*; el artículo 13.1 establece su forma y fundamento: *“Los*

²⁰³ Así, A. GALLEGU ANABITARTE, “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, *RAP*, núm. 122, pág. 49; L. MORELL OCAÑA, *La delegación entre entes en el Derecho público español*, IEAL, Madrid, 1972, pág. 41.

²⁰⁴ M. HAURIUO, *Principes de Droit Public*, 2ª ed., 1916, pág. 640 –citado por E. García de Enterría, en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pág. 119.

órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas. La novedad de esta regulación, respecto a la contenida en la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, radica en la posibilidad de delegar en órganos no jerárquicamente dependientes. Esto significa que nos encontramos ante dos tipos de delegación interorgánica: delegación horizontal y delegación en diagonal²⁰⁵. En este último caso, la LRJPAC guarda silencio respecto a la concurrencia de autorización de los superiores jerárquicos del órgano delegante y de aquél en que se realiza la delegación. No obstante, la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), dispone en su Disposición adicional 13ª que, cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente, la delegación requiere la previa autorización del órgano superior común si ambos pertenecen al mismo Ministerio o, en el caso de tratarse de órganos de diferentes Ministerios, del órgano superior del que depende el delegado. Cabe entender además, y en coherencia con el primer párrafo de la misma Disposición adicional, que será también necesaria la previa aprobación del superior jerárquico del delegante. La generalización de este tipo de delegación en diagonal permite, en palabras de ORTEGA, una mayor flexibilidad en el momento de concentrar en un único órgano gestor el ejercicio de competencias materialmente homogéneas pero dispersas entre diversos centros jerárquicamente dependientes²⁰⁶.

La delegación administrativa ofrece, pues, unos contornos netamente diferenciados de aquéllos otros que la definen, con carácter general, en el Derecho público. En la delegación administrativa el delegado no ejerce ninguna

²⁰⁵ Véase J. J. LAVILLA RUBIRA, voz "Delegación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1964-1973.

²⁰⁶ Véase L. ORTEGA, en *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1 (L. Parejo et alii), Ariel, Barcelona, 1996, pág. 238.

competencia propia, sino la competencia de otro órgano, actúa así *in nomine alieno*. Así, los actos dictados por el delegante se entiende que lo son por el titular originario de la competencia, manteniendo su rango en la jerarquía administrativa.

En definitiva, la delegación administrativa viene caracterizada por el principio jerárquico²⁰⁷ que impregna a toda la organización administrativa, esto hace muy difícil equiparar aquélla con técnica del mandato²⁰⁸. Efectivamente, la delegación que ahora tratamos es ajena al consensualismo que preside la conclusión del contrato de mandato, por el contrario resulta fruto de una decisión unilateral.

b) *El concepto de delegación en el Derecho público*

Dentro de la doctrina del Derecho público europeo existente en este tema, el estudio de TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht (Eine kritische Studie) –Delegación y Mandato en Derecho Público (Un estudio crítico)*-²⁰⁹,

²⁰⁷ No así, por supuesto, los casos de delegación intersubjetiva que exigen la aceptación por parte de la Administración receptora de la competencia delegada. La delegación intersubjetiva significaría un auténtico ejercicio en nombre propio de la competencia delegada. Así, por ejemplo, la STC 9/1985, referida a competencias estatales delegadas en las Comunidades Autónomas, se manifiesta favorable a que los recursos ante las resoluciones en materia competencial delegada sean resueltos por el órgano superior de la propia Administración autonómica. Véase A. MARTINEZ MARIN, *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 106-114.

²⁰⁸ Postura contraria es la mantenida por GALLEGRO ANABITARTE. Este autor considera que en el marco jurídico-administrativo español el órgano delegado actúa *nomine alieno*, de modo que lo que existe no es una auténtica delegación, esto es traslado o modificación de competencias, sino una "delegación para el ejercicio de determinadas competencias". Por lo tanto, afirma, esa delegación de competencias debería ser calificada más precisamente como mandato, "una relación por la cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra" (arts. 1709 y 1710 del Código Civil), en "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", cit., págs. 53-54.

²⁰⁹ Obra dada a la imprenta en 1941 y publicada en el año 1942 por la editorial Kohlhammer (Stuttgart y Berlín). Se trata efectivamente de un trabajo señero, concebido en el año 1901 y que a lo largo de cuatro décadas irá ganando poso en la mente del citado jurista para adquirir forma en ciento cincuenta y una sugestivas páginas. Un estudio crítico puede verse en K. E. HEINZ, "Delegation und Mandat. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung", en *Der Staat*, 1997, pág. 495 y ss. Entre nosotros la obra de Triepel ha sido estudiada por E. GARCIA DE ENTERRIA en su trabajo "Legislación delegada y control judicial", cit., págs. 30 y ss.

constituye una inexcusable referencia. De forma resumida, el iuspublicista alemán entiende por delegación desde una perspectiva del Derecho público²¹⁰ el acto jurídico mediante el cual el titular de una competencia –el Estado, el municipio, o uno de los órganos locales o estatales-, transfiere total o parcialmente su competencia a otro sujeto. Delegación significa, pues, un desplazamiento de una competencia, y, al mismo tiempo, en sentido estricto es una “expulsión” y atribución de una competencia por voluntad de quien la pierde. El delegante tiene que estar en posesión de la competencia sobre la cual dispone en favor del delegado quien pasa a ejercerla como competencia propia; en consecuencia la delegación constituye una modificación del “ordenamiento competencial establecido por el Derecho objetivo”²¹¹ y, por tanto, tiene que ser observada como un acto de ordenación jurídica.

En contraposición a la delegación que significaría operar *in proprio nomine*, el mandato, en cambio, significaría el ejercicio de una competencia ajena y a diferencia de aquélla –que exige un acto normativo de atribución– dependería siempre de un negocio jurídico; en este caso, la regulación competencial no sufriría ninguna modificación, ya que el mandatario actúa siempre *in alieno nomine*.

Siguiendo a TRIEPEL habría aún que hacer dentro de la delegación una última distinción entre la legítima o auténtica delegación (*echte Delegation*) y la delegación impropia (*unechte Delegation*). La primera tiene un carácter traslativo que supone la pérdida de la competencia para el delegante, a reserva de una

²¹⁰ “Unter *Delegation* im Sinne des öffentlichen Rechts verstehe ich den Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats-, der Gemeindeorgane seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, und zwar enthält sie, im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschreibung einer Zuständigkeit, beides beruhend auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert.”, *ibid.*, pág. 23.

²¹¹ “Vielmehr ist jede Delegation von Zuständigkeiten eine Aenderung der durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung”, *ibid.* pág., 29.

supervisión del ejercicio o de una revocación²¹². Mientras, el caso de la delegación impropia²¹³ consiste en que el traslado de la competencia al delegado no implica que el delegante no pueda ejercitar como propia esa misma competencia en otros casos –o en los mismos en que el delegado ha actuado-²¹⁴ ya que el delegante sigue en posesión de la competencia²¹⁵. Este tipo de delegación no puede equipararse con la delegación de ejercicio (*Delegation zur Ausübung*), ya que en la delegación conservativa el delegatario ejerce la competencia no *alieno nomine*, sino en nombre propio. De este modo existen en la delegación conservativa dos titulares sobre la misma competencia²¹⁶.

Ese tipo de delegación conservativa que se correspondería, en palabras de GARCIA DE ENTERRIA, con la habilitación legal para la producción de Reglamentos, podría explicar también cómo opera técnicamente el denominado “mandato” de la Comisión europea a los organismos europeos de normalización para elaborar normas técnicas. Ahora bien, antes de considerar esta posibilidad cabe que prestemos breve atención a cómo se configura desde el Derecho comunitario el concepto de delegación.

²¹² “Delegation führt in erster Linie einen Kompetenzverlust herbei. Der Verlust braucht kein endgültiger zu sein. Es gibt Delegationen, die unter einer Resolutivbedingung vorgenommen werden, oder die befristet sind, und die Möglichkeit eines Widerrufs ändert nichts daran, dass bis zur erfolgten Zurückziehung die Kompetenz des Deleganten aufgehört hat und auf den Delegatar übergegangen ist.”, *ibid.*, págs. 51-52.

²¹³ Dentro de este tipo de delegación Triepel distingue hasta cuatro supuestos: 1) delegación conservativa –*konservierenden Delegation*-; 2) *Delegatio a iure*; 3) delegación ficticia; 4) delegación de ejercicio. *Ibid.*, pág. 53.

²¹⁴ “Bei der *konservierende Delegation* überträgt der Delegant eine Kompetenz, behält sich aber vor, nach Gefallen die gleiche Kompetenz auch selber auszuüben”, *ibidem*.

²¹⁵ “Die konservierende Delegation ist nicht etwa eine Delegation unter Vorbehalt des Widerrufs; denn der Delegant ist auch ohne Widerruf im Besitze der bisherigen Kompetenz.”, *ibid.*, pág. 54.

²¹⁶ *Ibidem*

5.3.2 El concepto de mandato desde la perspectiva jurídico-administrativa

La institución del mandato tiene una raíz puramente privada, por este motivo la pretensión de tratarla desde el Derecho administrativo debe tener en cuenta ese origen. Se trata de la más característica técnica jurídico-privada de representación, así como la descentralización, la desconcentración y la delegación lo son en el Derecho público.

Sea o no ejercido a título gratuito el mandato comporta implícitamente una confianza del mandante en la persona y en la actuación del mandatario. Esa confianza supone en positivo que el mandante espera que el mandatario realice su cumplimiento en la forma esperada (art. 1719 Cc.), en negativo implica que el mandante no queda obligado en lo que el mandatario se haya excedido (art. 1727 Cc). El mandatario, por su parte, tiene también la confianza de que le serán reembolsados los gastos ocasionados en el ejercicio del mandato (art. 1728 Cc.), así como será indemnizado por los daños y perjuicios que le hubiese podido causar el cumplimiento del mandato (art. 1729 Cc.).

Pese a su falta de positivización en el Derecho administrativo y a su práctica ausencia de tratamiento doctrinal, el instituto del mandato debiera ser objeto de atención por las posibilidades que ofrece. No se trataría de implantar el mandato civil en el ámbito administrativo, sino de considerar la posible existencia de un mandato administrativo.

La virtualidad de un mandato adaptado a exigencias administrativas radica en la inoperancia o inadecuación que ofrecen en la actualidad determinados títulos para explicar la relación de los particulares con la Administración. Cierta y brevemente puede decirse que la concesión de servicio público resulta insuficiente para explicar situaciones que se asemejan más a una habilitación o delegación de auténticas funciones públicas en las que, sin embargo, la responsabilidad recae en la Administración. Es por esta razón que no puede hablarse de una auténtica delegación de funciones públicas ya que ésta supone

que el sujeto privado ejerce en nombre propio y bajo su propia responsabilidad la función pública. Situación diferente sería en el caso del mandato administrativo en el que junto a la presencia de una persona pública existiría una actuación a favor de un interés público ejercida en nombre de la Administración por un particular.

Respecto a la concesión, no cabría equiparación con el mandato pues ambas instituciones difieren en su origen y efectos jurídicos. El concesionario realiza su actividad con una amplia autonomía y bajo el principio de “riesgo y ventura”, interpretado a su vez de un modo ciertamente amplio; el mandatario, por el contrario, se ciñe a los términos del mandato. El primero obtiene su remuneración del usuario del servicio público, mientras el segundo debiera obtenerla del “mandante” –la Administración-. Finalmente, el régimen de extinción es claramente diferente: el mandatario puede ser revocado *ad nutum*.

5.3.3 La delegación desde la perspectiva del derecho comunitario

a) La existencia del concepto en el Tratado de la Comunidad Europea

La expresión “delegación” existe en el TCE según cual sea la versión consultada de entre las que se contemplan en el artículo 248 del Tratado²¹⁷. Concretamente el término se encuentra en relación con el artículo 150 sobre representación del voto en el Consejo. En sus versiones francesa e italiana dicho artículo habla de “délégation” y “delegata” respectivamente. En cambio, los otros dos idiomas previstos en el artículo 248, el alemán y el holandés, dicen “übertragen” y “worden gemachtigd”. Por su parte la traducción española del artículo 150 TCE es la siguiente: *“En caso de votación, cada miembro del Consejo podrá actuar en*

²¹⁷ “El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lengua alemana, lengua francesa, lengua italiana y lengua neerlandesa, cuyos cuatro textos son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios”.

representación de uno solo de los demás miembros”. El uso de la expresión “representación” es, desde luego, mucho más acorde con el contenido del referido precepto ya que, como entre nosotros señala DE LA VALLINA VELARDE, “la representación se caracteriza porque el representante obra en nombre del representado y con las mismas consecuencias jurídicas que si hubiera obrado este último, al cual se le imputan todas las consecuencias jurídicas de la actuación del representante, cuando en virtud de la delegación el delegado obra en su propio nombre²¹⁸. La distinción entre delegación y representación es pues clara y por esta razón observamos como el uso del concepto de delegación por alguna de las versiones del Tratado no resulta, en cambio, correcta en otras. Ello comporta la imposibilidad de encontrar *de lege data* en el Derecho europeo una definición de “delegación”. De este modo ha sido necesario que fuese el Tribunal de Justicia quien al poco de iniciar su andadura las instituciones comunitarias realizase una interpretación del concepto de “delegación”.

b) *El significado del concepto de delegación en el Derecho europeo a partir de jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto “Meroni”*

La noción de delegación de competencias comunitarias en relación a su ejercicio por entidades de derecho privado fue un tema que conoció el Tribunal de Justicia en el asunto “Meroni”, de 13 de junio de 1958²¹⁹. Las dos sentencias que configuran este caso encuentran su origen en una Decisión de la Alta Autoridad—antecedente de la actual Comisión— adoptada en el marco del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)²²⁰, en aquélla se establecía el pago de contribuciones a una entidad privada, la Caja de compensación —*Caisse de péréquation*—, por la chatarra importada por las

²¹⁸ Vid. J. L. DE LA VALLINA Y VELARDE, *Transferencia de funciones administrativas*, IEAL, Madrid, 1964, pág. 105.

²¹⁹ STJ, de 13 de junio de 1958 – 9/56 (Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.P.A., contre Haute Autorité) y 10/56 (Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, Società in Accomandita Semplice, contre Haute Autorité), vol. IV, 1958, pág. 9 y ss., y pág. 51 y ss., respectivamente.

empresas de los Estados miembros. En este sentido, cabe destacar el importante papel que en los años cincuenta, y a consecuencia de la II Guerra Mundial, tuvo la organización del sistema de compensación de compras de chatarra cuyo precio máximo era fijado por la Alta Autoridad. Inicialmente, el citado sistema se basaba en un acuerdo voluntario de veintidós grandes productores comunitarios de hierro fundido y acero²²¹ que crearon una “Oficina común de consumidores de chatarra” (*Office commun des consommateurs de ferraille*), la mencionada “Caja de compensación de la chatarra importada” (*Caisse de péréquation des ferrailles importées*), y un “Comité paritario de consumidores y comerciantes” (*Bureau paritaire des consommateurs et des négociants*). La Oficina y la Caja eran sociedades de derecho privado sujetas a la legislación belga y con sede en Bruselas. Ambas actuaban como organismos centrales respecto a las delegaciones creadas en cada Estado miembro de la Comunidad. La Alta Autoridad autorizó²²² el referido acuerdo voluntario en virtud del artículo 53 del Tratado CECA²²³.

Como fuere que ese primer sistema compensatorio de adscripción voluntaria resultó insuficiente, la Alta Autoridad, a partir de la previsión contenida en el apartado b) del art. 53 del Tratado, estableció como obligatorio el mecanismo de compensación para todas las empresas de la Comunidad que utilizaban chatarra²²⁴. El funcionamiento de este mecanismo fue confiado a los organismos arriba mencionados que ya habían aplicado la compensación voluntaria, es decir,

²²⁰ Tratado firmado en París el 18 de abril de 1951.

²²¹ Vid. BREULMANN, *op. cit.*, pág. 179.

²²² Decisión nº 33-53, de 19 de junio de 1953.

²²³ El artículo 53.1 del Tratado CECA dispone que la Comisión (Alta Autoridad) podrá: “a) previa consulta al Comité Consultivo y al Consejo autorizar el establecimiento, en las condiciones que ella determine y bajo su control, de cuantos mecanismos financieros comunes a varias empresas estime necesarios para la realización de los cometidos definidos en el artículo 3 y compatibles con las disposiciones del presente Tratado, en particular del artículo 65”.

²²⁴ Decisión 22/54, de 26 de marzo de 1954 (*Journal Officiel de la Communauté* nº 4, de 30 de marzo de 1954, pág. 286).

la “Caja” y la “Oficina”. En este sentido, las Decisiones 22/54, de 26 de marzo de 1954, y 14/55, de 26 de marzo de 1955, establecían que la “Caja” era el órgano ejecutivo del sistema de compensación (art. 6)²²⁵, encargado de establecer las contribuciones sobre las empresas²²⁶ y realizar su cobro. En caso de falta de pago la Decisión preveía que la “Caja” pudiese solicitar la intervención de la Alta Autoridad para que tomase una decisión que hiciese de título ejecutivo²²⁷. Resultaba, pues, que la Decisión individual que en su caso era adoptada por la Alta Autoridad encontraba su motivación en los criterios adoptados por la “Caja” y ello significaba que este organismo ostentaba de hecho unas prerrogativas públicas que carecían de todo respaldo legal y que sólo correspondían a la Alta Autoridad. Esto fue lo que alegaron en sendos recursos las sociedades “Meroni & Co. S.P.A” y “Meroni & Co. Società in accomandita semplice”, dedicadas ambas a la industria metalúrgica, contra la Decisión de 24 de octubre de 1956 por la que se les sancionaba por no haber satisfecho los correspondientes importes a la “Caja de compensación”. Entre los motivos que fundamentaban el recurso destacaba el de la irregularidad de la delegación de poderes resultante de la Decisión 14/55.

La cuestión a examinar por parte del Tribunal de Justicia pasaba, pues, por examinar si las competencias de la Alta Autoridad podían o no ser delegadas a una entidad privada. Para ello era necesario delimitar el concepto de delegación, tarea a la que se entregó el Tribunal de Luxemburgo. En primer término dicho órgano judicial consideró que una delegación de poderes no se presume, sino, al contrario, requiere una decisión explícita por parte de la autoridad delegante. En segundo lugar, las consecuencias resultantes de una delegación de poderes son diferentes según se trate de poderes de ejecución claramente delimitados y cuyo ejercicio es susceptible de un riguroso control a la vista de criterios objetivos

²²⁵ “La Caisse est l’organe exécutif du mécanisme financier établi par la présente décision”.

²²⁶ La Decisión 22/54 prescribía que el importe de las contribuciones se calculaba a prorrata de las toneladas compradas por cada empresa o importadas desde un tercer país.

²²⁷ “décision formant titre exécutoire” (art. 4).

fijados por la autoridad delegante; o, bien se trate de un poder discrecional que implique una amplia libertad de apreciación. Para el Tribunal, la delegación del primer tipo no es susceptible de modificar sensiblemente las consecuencias que entraña el ejercicio de poder; mientras en la segunda modalidad la elección del delegatario sustituye a la del delegante, operando un verdadero desplazamiento de responsabilidad. En opinión del Tribunal, la delegación hecha por la Alta Autoridad a las citadas entidades privadas consentía en una libertad de apreciación que implicaba un amplio poder discrecional incompatible con las exigencias del Tratado y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Decisión.

En conclusión, el recurso a una colaboración privada no es, en absoluto, rechazada por el Tribunal de Justicia. En este sentido son de gran interés las consideraciones hechas por el Abogado general:

“En el derecho económico interno se constata frecuentemente una delegación de poderes administrativos soberanos en asociaciones empresariales sobre las que el Estado se reserva un derecho de control y vigilancia. Esta clase de delegación atiende a los motivos más variados, por ejemplo para evitar una responsabilidad directa del Estado, o porque en ocasiones son necesarios unos conocimientos técnicos que las administraciones públicas no tienen en cantidad suficiente, o bien por la necesidad de instituciones especializadas que requiere una cada vez mayor descentralización. El Estado puede también servirse de estos “grupos dotados de privilegios exorbitantes de derecho común” para las más diversas finalidades, por ejemplo con el objetivo de dirigismo o para sostener un mercado en dificultades”.

Más incisivas resultan si cabe las consideraciones que siguen: *“Los grupos dotados de un poder exterior a la asociación, con una adhesión obligatoria, recaban nuestra atención. Límites y condiciones constitucionales hacen de este tema objeto de apreciaciones fuertemente diversas, y las opiniones varían según la oportunidad política. Prescindiendo, sin embargo, de las creaciones que en el*

derecho interno existen, nos limitamos a tomar en cuenta dos aspectos que, en el Estado de Derecho, nos parece son generalmente reconocidos como condiciones para la delegación de poderes administrativos soberanos en grupos privados: el de que la delegación debe ser ordenada por una ley que delimite exactamente el contenido y que debe garantizar no sólo un control suficiente por el Estado, sino también una completa protección jurídica contra los actos de estos grupos; la protección jurídica puede ser atendida por la vía de la asimilación de las medidas de estos grupos a aquéllas de las administraciones públicas, de tal manera que sean recurribles según las reglas generales del derecho administrativo”.

5.3.4 Naturaleza jurídica del mandato de la Comisión a los organismos europeos de normalización

El mandato no puede ser configurado como una delegación de potestad normativa ya que, como hemos visto, la norma armonizada no es una norma jurídica. El mandato tampoco sería, con carácter general, un acto que confiere potestad alguna: la realización de normas armonizadas no constituye, en modo alguno, el ejercicio de un poder jurídico. Ahora bien, la relación entre la Comisión y los organismos europeos de normalización no se ciñe exclusivamente a los términos del mandato. Existen también unas directrices suscritas por ambos en el año 1984 que tendrían valor jurídico y cuya existencia haría pensar en una relación contractual. Concretamente se trataría de un contrato de servicio para el ejercicio indirecto de una actividad de interés público. El mandato sería entonces expresión de esa relación convencional. Sin embargo, esta hipótesis no justifica suficientemente la habilitación hecha a los organismos de normalización ni la misma relación entre la Comisión y el CEN/CENELEC. Efectivamente, las posiciones de estos dos sujetos son suficientemente diferentes como para pensar en una relación convencional. Más bien, el mandato podría considerarse como una autorización constitutiva de una legitimación para el cumplimiento de un acto jurídicamente relevante.

PARTE CUARTA
LA NORMALIZACIÓN EN ESPAÑA: EL DESLINDE ENTRE
SEGURIDAD Y CALIDAD

CAPÍTULO VI

LA COMPETENCIA DE INDUSTRIA EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL

1. La competencia de industria

La competencia de industria no se encuentra recogida en la Constitución española. No aparece ni en el listado de competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas (art. 148 CE), ni en el que corresponde al Estado (art. 149.1 CE). De este modo, algunas Comunidades Autónomas (CC.AA) incorporaron *ab initio* en el texto de sus Estatutos la competencia sobre este sector económico en virtud de la cláusula contenida en el artículo 149.3 CE². Luego, la Ley Orgánica 9/1992, que amplía las competencias de las Comunidades del artículo 143 CE, generalizaría a todas las CC.AA la competencia de industria³. Esa asunción autonómica, con

¹ Inicialmente los siguientes preceptos estatutarios: art. 12.1.2 EAC; art. 30.1.2 Estatuto de Galicia; art. 18.1.5 Estatuto de Andalucía; art. 56.1. b) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; art. 34.1.2 Estatuto de la Comunidad Valenciana; art. 33.e) y 34.A).¹⁰ Estatuto de Canarias (en el caso de estas dos últimas CC.AA la asunción efectiva de la competencia se realizó mediante las leyes orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto, sobre transferencias de competencias en materias de titularidad estatal). Con una redacción diferente respecto a los anteriores, el Estatuto del País Vasco establece como exclusiva la competencia de industria en su art. 10.30.

² “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

³ El artículo 2, letra g), de la Ley Orgánica 9/1992 previó la transferencia a las CC.AA de segundo grado de la competencia exclusiva en materia de *“industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear”*. El artículo 9 precisa el modo en que habrá de ejercerse esta competencia: *“...se realizará de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38, 131 y números 11 y 13 del apartado uno del artículo 149 de la Constitución”*. En estos términos pasaron a asumir la competencia de industria las siguientes Comunidades Autónomas: Asturias (art. 10.25), Cantabria (art. 22.25), La Rioja (art. 8.25), Región de Murcia (art. 10.26), Aragón (art. 35.1.28), Castilla-La Mancha (art. 31.1.25), Extremadura (art. 7.27), Islas Baleares (art. 10.28), Madrid (art. 26.25) y

carácter exclusivo, de una competencia económica como la de industria se ve, sin embargo, modulada por los propios textos estatutarios al reconocer que su ejercicio será de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general que pueda establecer el Estado. Para la elaboración de esas bases existe además una expresa habilitación constitucional en el artículo 149.1.13 CE⁴.

2. La competencia en la submateria de seguridad industrial

En lo que se refiere concretamente a la seguridad industrial los Estatutos de Autonomía han venido a autolimitar expresamente en este ámbito su competencia normativa a favor del Estado⁵. Así resulta cuando los diferentes Estatutos refieren que el ejercicio exclusivo de la competencia de industria será *“sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad”*. Ahora bien, nada impide que los mínimos establecidos por la legislación estatal puedan ser complementados por normas autonómicas⁶. Es el caso, por ejemplo, de un régimen más estricto respecto a la instalación de establecimientos industriales que puede

Castilla y León (art. 26.27). Véase el comentario a la Ley Orgánica 9/1992 que realizan E. AJA y J. TORNOS, “La Ley Orgánica 9/1992 que amplía las competencias de las Comunidades del 143 y las tareas pendientes en la distribución de competencias”, en *Informe Comunidades Autónomas 1992* (E. Aja, dir.), Barcelona, 1993, pág. 405 y ss.

⁴ “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. En este tema, véase R.. MARTIN MATEO, *Derecho Público de la Economía*, CEURA, Madrid, 1985, págs. 61-75; M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, págs. 263-313; S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, t. I, La Ley, Madrid, 1988, págs. 100-123. Con carácter más específico puede verse: J. TORNOS MAS, “El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica”, *REDA*, núm. 29, 1981, págs. 319-329; A. JIMENEZ-BLANCO “La distribución de competencias económicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas* (S. Martín- Retortillo, dir.), IEE, Madrid, 1989, págs. 391-466.

⁵ Vid. A. BAYONA, *El derecho a legislar en el Estado autonómico*, Tecnos, 1992, pág. 126 y ss.

⁶ Vid. E. MALARET, “Industria”, en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, II, Barcelona, 1990, pág. 506. También, G. FERNANDEZ FARRERES, “Industria”, en *Derecho Administrativo Económico*, t. II (S. MARTIN-RETORTILLO, dir.), La Ley, Madrid, 1991, págs. 425-432.

encontrar su justificación tanto en una mayor protección de los trabajadores y personas en general, como en una prevención de los riesgos ambientales.

El Estado legisla en materia de seguridad industrial, estableciendo la necesidad de un control administrativo sobre las instalaciones y productos industriales cuya ejecución corresponde a las CC.AA. Más problemático resulta que la legislación estatal pueda regular determinados requisitos de esa función de control que incidirían en la propia potestad organizadora de la Comunidad Autónoma. La cuestión, como veremos más adelante, adquiere un notable interés cuando se trata de la fijación del régimen jurídico de aquellas entidades privadas que colaboran en el ejercicio de funciones públicas (especialmente en el supuesto de los Organismos de Control). En este caso, el Tribunal Constitucional (TC) ha considerado que el Estado, en función de sus competencias normativas en materia de seguridad industrial, puede regular los mecanismos que tiendan a asegurar la independencia, la solvencia económica o la solvencia técnica de esos entes privados⁷. Queda, pues, para las CC.AA la estricta función ejecutiva, la facultad de otorgar y revocar las *autorizaciones* de los sujetos u organismos previstos en la legislación estatal.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente a la seguridad industrial hasta la STC 179/1998

El Tribunal Constitucional ha expuesto de manera clara en diferentes sentencias⁸ su parecer, en sentido negativo, sobre la competencia ejecutiva del Estado en materia de seguridad industrial. Así, de manera contundente, expresaba en la STC 243/1994 que *"el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria y,*

⁷ STC 243/1994 –FJ 4º-. BJC 160-161 (1994), pág. 245.

⁸ Son las SSTC siguientes: 203/1992, de 26 de noviembre; 14/1994, de 20 de enero; 243/1994, de 21 de julio; y la 313/1994, de 24 de noviembre. Un sucinto comentario a las tres últimas puede verse en C. GOMEZ NEBRERA, "Industria", *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994-1995*, Barcelona, 1995, pág. 422 y ss.

en concreto de seguridad industrial en todo el territorio nacional” (FJ 3º). Consideración que reiterarían posteriormente las SSTC 16/1998⁸ y 179/1998.

Los diferentes pronunciamientos constitucionales relativos al tema de la seguridad industrial traen causa, exceptuando los casos de las dos últimas SSTC señaladas, en diferentes conflictos de competencia. Especialmente destacables son los que se habían planteado contra el Real Decreto 1407/1987, por el que se regulaban las entidades de inspección y control reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales, y el Real Decreto 105/1988, por el que se modificaban y actualizaban determinados preceptos del Reglamento General de actuaciones del Ministerio de Industria en el campo de la normalización y homologación (Real Decreto 2584/1981). La resolución de estos conflictos dio lugar, respectivamente, a las SSTC 243/1994 y 313/1994. En todo caso, cabe señalar que ambas disposiciones fueron expresamente derogadas mediante el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento para la Calidad y la Seguridad Industrial (RICSI). Disposición también recurrida parcialmente desde la Generalidad de Cataluña y cuya resolución por el TC está pendiente¹⁰.

⁹ La misma traía causa en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2280/90, promovido por el Consejo Ejecutivo de la *Generalitat de Catalunya* contra determinados preceptos y partidas presupuestarias de la Ley 4/1990, de 20 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

¹⁰ Se trata del conflicto positivo de competencia número 2231/1996, planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad, en relación con la Disposición Adicional Tercera y el artículo 51.1 del referido Real Decreto 2200/1995, así como respecto al artículo 2 y a la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 85/1996, en el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento 1836/93/CEE, del Consejo, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. Su admisión a trámite aparece publicada en el *DOG*C, de 1 de julio de 1996, número 2224, pág. 6468. El conflicto radica en la designación directa que en estas disposiciones el Estado realiza de la asociación ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) como entidad de acreditación. Ciertamente, al tratarse de una competencia de ejecución, la designación de este tipo de entidades correspondería exclusivamente a las Comunidades Autónomas. De hecho, la normativa estatal al fijar el régimen jurídico de la acreditación atribuye efectivamente la designación de este tipo de entidades a las CC.AA, previo informe positivo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial (art. 17.4 LI). Sin embargo, careciendo de competencia, el Estado realiza en el RICS I y luego en el RD 85/1996, en lo que se refiere a los verificadores medioambientales, sendas designaciones de ENAC como entidad de acreditación. Otra cosa es, en cambio, el establecimiento por el Estado de las condiciones y requisitos pertinentes para

Respecto a la STC 179/1998, el origen de la misma se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno central interpuso contra la Ley castellano-leonesa 3/1990, de seguridad industrial. En ese momento el Estatuto de Castilla y León (EACL) no atribuía ninguna competencia en materia de seguridad industrial¹¹, por lo que sus Cortes carecían de competencia normativa en materia de seguridad industrial, de acuerdo con el listado del artículo 148 CE. La situación cambia radicalmente a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo, de reforma del EACL. A consecuencia de la misma, Castilla y León incorpora entonces a su Estatuto de Autonomía (art. 26, aptdo. 27) la competencia exclusiva en materia de *“industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, (...)”*. Esa nueva situación comporta que en 1998, momento en que el TC pasa a conocer el citado recurso, la Comunidad castellano-leonesa ostenta el mismo nivel competencial en materia de industria del que en iguales términos gozaban inicialmente otras CC.AA. Y a ese nuevo canon de constitucionalidad es al que el Tribunal Constitucional, como él mismo señala, debe atenerse en el momento de dictar sentencia, pues *“en el recurso de inconstitucionalidad no se fiscaliza si el legislador se atuvo o no, en el momento de legislar, a los límites que sobre él*

ejercer la función acreditadora. No obstante, cabe destacar que el recurso de la Generalidad de Cataluña parece versar singularmente sobre la acreditación de los verificadores medioambientales. En este sentido, y en lo que se refiere a Cataluña, mientras desde la legislación relativa a seguridad industrial no existen cambios significativos desde la aprobación de la LI y el RICSÍ, sí los hay en cambio en la impulsada desde el Departamento de Medio Ambiente. Especialmente, a partir de la Ley 3/1998, de la intervención integral de la Administración ambiental, se han publicado un conjunto de significativas disposiciones reglamentarias de desarrollo. En lo que ahora nos concierne, decir que una de esas normas, el Decreto 155/1999, de 1 de junio, de modificación de la estructura del Departamento de Medio Ambiente, atribuye (art. 1) a la Dirección General de Calidad Ambiental la gestión del sistema de acreditación de las entidades ambientales de control, verificación y certificación que encuentran su régimen jurídico en el Decreto 170/1999, de 29 de junio. Ese sistema de acreditación se contradice con el régimen previsto en la legislación estatal que en este extremo afirma su carácter básico. Concretamente, la legislación estatal destaca el carácter privado de la acreditación y excluye que pueda ser llevada a término por órganos administrativos. Sobre esta cuestión, véase A. NOGUEIRA LOPEZ, *Las ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, especialmente, págs. 107-118, respecto a la discutible aprobación del RD 85/1996, y pág. 216 y ss.

¹¹ El Estatuto sólo atribuía a la Comunidad Autónoma una mera función ejecutiva en materia de industria, “a efectos de impulsar el desarrollo de la región” (art. 28.1).

pesaban, sino, más bien, si un producto normativo se atempera, en el momento del examen jurisdiccional, a tales límites y condiciones”(FJ 2º STC 179/1998, reproduciendo lo dicho en la STC 154/1988, FJ 3º). En este sentido, el TC reconoce que atribuida con posterioridad a la Comunidad de Castilla y León la competencia legislativa en materia de seguridad industrial, el recurso no puede prosperar en ese sentido. Tampoco toma en cuenta el TC lo alegado por la representación del Estado al argüir en ese mismo recurso que la materia de seguridad pública –competencia estatal según el art. 149.1.29 CE- incluye la seguridad industrial y restringe, por tanto, la competencia autonómica en materia de industria. Ese planteamiento es rechazado también de plano en la Sentencia 179/1998 pues *“la seguridad industrial tiene una conexión específica y más estrecha con la materia de industria, en la que se incluye como submateria las actividades relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y los productos elaborados en las mismas”*(FJ 3º).

4. El carácter básico de la Ley 21/1992, de Industria

Con la promulgación de la Ley 21/1992¹² se logra clarificar el panorama normativo de la actividad industrial en España. La necesidad de un nuevo texto legal no sólo se debía a la obsolescencia y carácter autárquico de la anterior Ley de Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939, concurrían también consideraciones socioeconómicas y de carácter político. En este último sentido destaca, por un lado, la adecuación al marco constitucional y al modelo de descentralización política iniciado en favor de las Comunidades Autónomas; por otro, la adaptación legislativa a las directrices provenientes de la Europa comunitaria de la que, desde el año 1986, España forma parte integrante.

¹² Un primer comentario general de la Ley de Industria puede verse en J. CONDE y M. del Mar PEREZ, “Nota sobre la regulación industrial: comentario a la Ley de Industria”, en *Autonomías- Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, 1993, págs. 197-208.

La Ley de Industria sanciona en su artículo primero que *“tiene por objeto establecer las bases de ordenación del sector industrial, así como los criterios de coordinación entre las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución Española”*. De esta guisa la Disposición final única de la Ley nos establece los artículos que son dictados al amparo de esas previsiones constitucionales, siendo el resto de aplicación supletoria en defecto de legislación específica por parte de las Comunidades Autónomas.

De entre los artículos considerados como básicos nos interesan destacar los comprendidos en el Capítulo I de la Ley, del 9 al 18, referentes a la seguridad industrial, y los artículos 21 a 27 relativos al régimen jurídico del Registro de Establecimientos Industriales. Quedan así sujetas a las previsiones normativas del Estado dos nuevas figuras: los Organismos de Control¹³ y las Entidades de Acreditación¹⁴. Se prevé también la creación y adscripción al Ministerio de Industria (MINER)¹⁵ de dos nuevos órganos administrativos: el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial¹⁶ y el referido Registro de Establecimientos Industriales¹⁷. El primero, integrado paritariamente por representantes de la Administración del Estado y de las CC.AA, tiene como fin el impulsar y coordinar los criterios y actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de seguridad industrial¹⁸,

¹³ Arts. 15 y 16 LI.

¹⁴ Art. 17 LI.

¹⁵ El Ministerio de Industria y Energía ha sido suprimido por la Disposición final primera del RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales. Las mayor parte de las competencias del desaparecido departamento ministerial han resultado asumidas por el nuevo Ministerio de Ciencia y Tecnología. El RD 696/2000, de 13 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, dispone en su artículo 1, letra c), la creación de una Dirección General de Política Tecnológica, “a la que corresponde las competencias en materia de integración de la investigación científica y el desarrollo tecnológico en el ámbito empresarial, así como las relacionadas con las empresas industriales, *en especial en materia de seguridad, calidad y normalización*” –cursiva nuestra-.

¹⁶ Su regulación se encuentra en el RD 251/1997, de 21 de febrero (BOE, de 18 de marzo).

¹⁷ El régimen jurídico de este Registro aparece establecido en el RD 697/1995, de 28 de abril (BOE, de 30 de mayo). Modificado mediante el RD 2526/1998, de 27 de noviembre (BOE, de 21 de diciembre).

¹⁸ Art. 18.1 LI.

así como propiciar la coordinación de las actuaciones entre las materias de seguridad y calidad industriales¹⁹. Por su parte, el Registro de Establecimientos Industriales tiene un carácter estrictamente centralizador de toda la información relativa a los diferentes agentes autorizados para colaborar con las Administraciones Públicas en materia de seguridad y calidad industriales²⁰. Pese a que la inscripción registral es un acto de naturaleza ejecutiva²¹, la constitucionalidad del citado Registro viene reconocida en las SSTC 203/1992 (F.J 4º) y 243/1994 (F.J 6º) en los siguientes términos: *“...el Estado puede establecer un registro único de alcance general y, en consecuencia, puede fijar las directrices técnicas y de coordinación necesarias para garantizar la centralización de todos los datos, pero en todas estas cuestiones el Estado debe aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas.”*

Cabe destacar que el carácter de legislación básica se predica de la regulación de los Organismos de Control y las Entidades de Acreditación y no, en cambio, de los Organismos de Normalización. Ello se debe a la inclusión de la normalización dentro del ámbito de la calidad industrial, en el que las CC.AA tendrían competencia plena, y no en el de la seguridad.

¹⁹ Art. 18.4.f) LI.

²⁰ Art. 21.1 LI

²¹ STC 236/1991 –F.J 6º-.

CAPÍTULO VII

SEGURIDAD Y CALIDAD INDUSTRIAL

1. La distinción entre seguridad y calidad industrial

Uno de los puntos más relevantes de la Ley de Industria viene constituido por la división que se establece entre el ámbito de la seguridad y el de la calidad. El primero regula el ejercicio de la tradicional actividad administrativa de policía industrial; el segundo, en cambio, no supone más que un reconocimiento legal de actividades privadas que encuentran en esta Ley, y luego en el RD 2200/1995 (RICSI), el marco jurídico para su reconocimiento. La institucionalización jurídica pública de los agentes que intervienen en el sector de la calidad industrial permite garantizar bajo una indirecta supervisión administrativa la correcta prestación de unas tareas de indudable interés público²² como son, según el artículo 19 de la LI, las de certificación, ensayo, auditoría e inspección, y calibración industrial²³. Se trata de tareas que resultan hoy día indisociables de cualquier actividad industrial y que encuentran su origen y marco natural de desarrollo en niveles económico industriales. No obstante, pese a tratarse de actividades estrictamente privadas y no incluidas dentro de la noción de servicio público, ofrecen una relevancia para el interés público que justifica su sometimiento parcial al Derecho público mediante especiales medidas de control y, en su caso, permite el otorgamiento de subvenciones.

²² La noción de interés público constituye un concepto metajurídico cuyo contenido es variable y contingente en función de las relaciones entre el Estado y la sociedad. *Vid.* M. BASSOLS COMA, "Consideración sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público", *RAP*, núm. 82, 1977, págs. 68-73.

²³ No incluimos aquí los casos de las entidades de acreditación y los organismos de normalización en donde existe un control administrativo directo consecuente con la actuación que las primeras desarrollan también en el ámbito de la seguridad industrial, y en la trascendencia de las tareas que los segundos llevan a cabo. En los demás sujetos (entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras y de inspección, y laboratorios de calibración) la supervisión es indirecta por cuanto la inclusión de todas estas organizaciones en el ámbito institucional de la calidad depende del reconocimiento formal de su competencia técnica por parte la correspondiente entidad de acreditación designada por los poderes públicos (art. 8.11 LI y arts. 14 y 16, letra e), del RICSI).

Ahora bien, ese planteamiento dual entre seguridad y calidad industrial no ofrece unos contornos tan precisos como desde un principio pudiera pensarse. Ambos ámbitos confluyen y presentan, según el preámbulo del RICSÍ, una *“inseparable e íntima ligazón establecida por las Directivas comunitarias del nuevo enfoque”*. Resulta de este modo justificada la necesidad de realizar un estudio más pormenorizado sobre el espacio de la seguridad industrial y prestar singular atención a tres actividades cuyo ejercicio discurre por una estrecha senda que bordea indistintamente los lindares de la calidad y la seguridad industrial: normalización, acreditación y certificación. En este último caso nos referimos a las funciones que desarrollan los Organismos de Control.

- El objeto de la seguridad industrial y el recurso a la colaboración privada

En su Sentencia 203/1992, de 26 de noviembre, elTC señala, en su Fundamento Jurídico 2º, que *“en el núcleo fundamental de la materia de industria se incluyen, entre otras, las actividades destinadas a la ordenación de sectores industriales o de fabricación y, más precisamente en la submateria de seguridad industrial, las actividades relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y la de los procesos industriales y los productos elaborados en las mismas”*. Se trata de actividades públicas de ordenación y de policía (STC 243/1994 –FJ 2º-) cuyo ejercicio viene justificado en *“la prevención y limitación de riesgos...a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales”* (art. 9.1 LI). La seguridad industrial constituye, pues, el título que justifica una intervención administrativa cuya finalidad es garantizar la tutela de bienes amparados constitucionalmente²⁴.

²⁴ Como destaca ESTEVE PARDO, la legislación industrial es la normativa *“que siempre ha tenido como finalidad prácticamente exclusiva, la salvaguarda de la salud y la integridad física de las personas”*, ampliando actualmente sus objetivos *“para extenderlos a la protección del medio ambiente, acogiendo la expresa preocupación constitucional por él”*. Vid. J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 50.

Intervención que, sin embargo, no se presenta de un modo uniforme y en donde la colaboración voluntaria prestada por sujetos privados constituye hoy por hoy una nota común²⁵. Esa colaboración privada se presenta bajo formas y objetivos diferentes ya que no sólo se limita al ejercicio de funciones de inspección²⁶, sino que se extiende de forma magmática a parcelas tan afectas a la misma noción de estatalidad como resulta ser la misma potestad normativa²⁷.

La seguridad industrial exige ciertamente una necesaria actividad de vigilancia sobre las actividades industriales y su resultado. Ese control reviste actualmente, desde la perspectiva de su destinatario, un doble carácter. Por un lado, la inspección sobre las instalaciones industriales en funcionamiento es ejercida— directa o indirectamente— desde la Administración competente y encuentra en disposiciones reglamentarias de naturaleza técnica su marco de exigibilidad²⁸. En

²⁵ La colaboración organizada de empresas o asociaciones privadas con la Administración para el desempeño de funciones a las que es inherente el ejercicio de potestades públicas, es un tema que recientemente cobra especial interés. Desde consideraciones relativas a la seguridad ciudadana pero que pueden ser extrapoladas al ámbito de la seguridad industrial, apunta GONZALEZ-VARAS cómo “a diferencia de las formas tradicionales de colaboración de los ciudadanos con la Administración, la presente idea de colaboración privada y empresarial presenta un carácter organizado, institucionalizado y estable, y se realiza no como un deber sino de forma voluntaria (...). Teóricamente, este fenómeno de colaboración entre Estado y empresas privadas en la satisfacción de los intereses generales puede verse en correspondencia con la idea de la ruptura de los planos de Estado y sociedad. Otro rasgo típico de la colaboración es el control administrativo sobre las empresas colaboradoras”. Vid. S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, “El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, REDA, núm. 94, 1997, p. 214. Véase también el trabajo de C. PADROS, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras (Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 26 y ss.

²⁶ Véase, B.-F. MACERA, “La problemática de la asunción de la inspección administrativa por entidades privadas (Especial referencia al sistema de vigilancia ambiental de las actividades industriales)”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo* (F. Sosa Wagner, coord.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1605-1623.

²⁷ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, I, Madrid, 1998, pág. 290 y ss.

²⁸ El artículo 12.1 de la LI dispone que los Reglamentos de Seguridad establecerán: “a) las instalaciones, actividades, equipos o productos sujetos a los mismos; b) las condiciones técnicas o requisitos de seguridad que según su objeto deben reunir las instalaciones, los equipos, los procesos, los productos industriales y su utilización, así como los procedimientos técnicos de evaluación de su conformidad con las referidas condiciones o requisitos; c) las medidas que los titulares deban adoptar para la prevención, limitación y cobertura de los riesgos derivados de la actividad de las instalaciones o de la utilización de los productos (...)”. Según el mismo artículo en

este caso nos encontramos ante lo que VILLAR PALASI define como un tipo de potestad pública (*potestas inspiciendi suprema*) que es consustancial a la propia idea medular de policía administrativa²⁹. La otra vertiente de control, más novedosa, es la ofrecida por los procedimientos de certificación que, sustituyendo a la tradicional homologación administrativa, se establecen sobre los productos industriales con carácter previo a su instalación o puesta a la venta en el mercado³⁰. Aquí existen también unas exigencias de seguridad que en la actualidad, sin embargo, no encuentran únicamente su concreción en normas jurídicas³¹, sino mayormente en normas técnicas elaboradas por organismos

su apartado cuarto, "los Reglamentos de Seguridad Industrial de ámbito estatal se aprobarán por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre industria, puedan introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio". La comprobación en el cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad corresponde a las Administraciones Públicas quienes pueden atribuirlos a los Organismos de Control acreditados previstos en el artículo 15 LI.

²⁹ J. L. VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*, I, Madrid, 1964, pág. 82.

³⁰ Diversos son los motivos que permiten, antes de su entrada en el mercado, una ausencia de controles administrativos sobre los productos industriales. Por un lado, las características técnicas de los productos ya no se hallan fijadas exclusivamente en regulaciones jurídicas, sino en normas técnicas privadas que van adquiriendo mayor importancia; aquéllas se limitan a establecer unos requisitos mínimos de seguridad que los organismos de normalización deben tener en cuenta al elaborar sus normas. Existe en segundo lugar otro motivo, la extensión de una responsabilidad de naturaleza objetiva sobre el fabricante supone que la ausencia de la seguridad legítimamente esperada se convierta en el criterio decisivo de la existencia del defecto y la consiguiente responsabilidad. Ese es el sistema establecido por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, de 6 de julio de 1994, que tiene su origen en la Directiva 85/374/CEE. En este contexto la existencia de sistemas de certificación deja de ser una opción para convertirse en una necesidad que permite al fabricante poder, dado el caso, desviar posibles responsabilidades a la entidad de certificación. Además, como indica E. MALARET, "la técnica de la responsabilidad civil aparece así como un mecanismo garantizador y permite atemperar la correlativa disminución del rol de la Administración", en "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales", *RAP*, núm. 116, 1988, pág. 330. Sobre la posible responsabilidad del certificador o empresario encargado por el fabricante del control de calidad de los productos, véase M. A. DOMINGUEZ GARCIA, "Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 904 y ss.

³¹ Respecto al establecimiento y justificación de las exigencias de seguridad sobre los productos industriales mediante normas jurídico-administrativas, vid. J. SOLE FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs., 430 y ss.

privados. Por tanto, a la noción de seguridad industrial estaría también indisolublemente asociada el fenómeno de la normalización técnica y no sólo la actividad de control sobre las instalaciones, o la de homologación-certificación de los productos industriales. El propio Tribunal Constitucional lo reconoce en los términos siguientes:

“en la materia de seguridad industrial se encuadran no sólo las actividades públicas relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y la de los procesos de fabricación, sino también con la seguridad de los productos industriales. Y la actividad pública típica en relación a la garantía de la seguridad de los productos industriales es doble y suele resumirse en los dos conceptos que presiden el título del Real Decreto –se está refiriendo al RD 105/1988, por el que se complementaban, modificaban y actualizaban determinados preceptos del Reglamento General de las actuaciones del MINER en el campo de la normalización y homologación-: la normalización y la homologación”(STC 313/1994, FJ 2º).

2. La infraestructura para la calidad y la seguridad industrial

2.1 La institucionalización de un sistema nacional de normalización, certificación y acreditación

El Real Decreto 2200/1995 (RICSI) desarrolla normativamente la estructura prevista en la LI respecto a la intervención de los sujetos privados en el ámbito de la ordenación industrial. En esta regulación ha prendido con fuerza un fenómeno en auge, el de la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas³². Es el

³² Al respecto véase la reciente reseña elaborada por S. GONZALEZ-VARAS en “Derecho público y Derecho privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la “Administración y el Derecho privado” y sobre el tema de “la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas”), en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999,

caso de la función de inspección realizada por los Organismos de Control. Otra de las notas destacadas del RICSÍ consiste en la privatización material que realiza de determinadas funciones que tradicionalmente venían siendo ejercidas en España por órganos administrativos. Es el caso de la normalización y la homologación de los productos industriales. En ambos casos se trata ahora de recabar la colaboración de entidades privadas para la realización de tareas que presentan una indudable complejidad técnica, a la vez que se busca una mayor eficacia en su gestión³³.

La razón de este cambio radica en muy buena medida en la adopción de los sistemas de normalización y certificación impulsados desde la Comunidad Europea. Al igual que en Alemania, en España las previsiones comunitarias contenidas en el "nuevo enfoque"³⁴ y el "enfoque global"³⁵ han supuesto un incuestionable trastorno respecto a los anteriores esquemas de control industrial³⁶. Concretamente, la cuestión esencial radica en tratar de compatibilizar el mantenimiento de una necesaria supervisión administrativa con la introducción de los sistemas privados de

especialmente págs. 203-211.

³³ Vid. G. FERNANDEZ FARRERES, "La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control", *RAAP*, núm. 13, 1998, pág. 47.

³⁴ El "nuevo enfoque" armonizador europeo va referido a la aprobación de Directivas sobre productos industriales que se limitan a establecer los criterios esenciales de seguridad sobre los mismos. La concreción de esos criterios se remite a normas técnicas de seguimiento voluntario que elaboran los organismos europeos de normalización. Sobre la política del "nuevo enfoque", véase la Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985 (DO nº C 136, de 4.6.1985, pág. 1).

³⁵ El "nuevo enfoque" se complementa con una política europea en materia de "evaluación de la conformidad" conocida como "enfoque global", véase la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (DO nº C 10, de 16.1.90). Sobre la política "nuevo enfoque" *vid.* la Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a un nuevo planteamiento en materia de armonización y de normalización (DO nº C 136, de 4.6.85); El objetivo de este último planteamiento es que las certificaciones sobre productos realizadas en un Estado puedan desplegar sus efectos en la totalidad del territorio comunitario.

³⁶ Vid. U. DI FABIO, *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Colonia, 1996, especialmente págs. 45-81.

certificación que tienen como objetivo asegurar la consecución de un medio ambiente técnico a escala europea y mundial.

El modelo organizativo diseñado por la Ley de Industria y sus normas reglamentarias de desarrollo presenta una novedosa tipología de sujetos privados que, de un modo u otro, guardan algún tipo de relación con los poderes públicos. Así, la legislación española establece una estructura en “cascada” que se engarza a través de una línea de sucesivas habilitaciones³⁷. En el vértice de esa estructura se encuentra el punto de conexión con la Administración: el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial. Este órgano administrativo habilita para actuar en el ámbito de la seguridad industrial a las Entidades privadas de acreditación. Ellas son el elemento medular del sistema, ya que son las competentes para verificar la solvencia técnica de los sujetos que actúan en los ámbitos de la seguridad y calidad industrial³⁸.

Cabe, pues, hablar de una infraestructura común de la calidad y la seguridad industrial que, como veremos, se halla integrada por las entidades de acreditación y los organismos de normalización.

2.2 La infraestructura común para la calidad y la seguridad industrial³⁹

La fijación en el RICSÍ de una infraestructura común obedece a la necesidad de ordenar de forma inseparable y coordinada a los sujetos que integran los espacios de la seguridad y calidad industrial. La infraestructura común constituye una novedad del RICSÍ respecto a la regulación contenida en la LI. En ésta sólo las entidades de acreditación aparecen tanto en el ámbito de la seguridad como en el de la calidad; mientras, los organismos de normalización se ubican únicamente en

³⁷ Vid. J. ESTEVE PARDO (1999), pág. 132.

³⁸ Arts. 17.1, 19.1.b) y 8.11 LI; art. 14.1 RICSÍ.

³⁹ Arts. 8 a 19 RICSÍ.

el de la calidad. Los motivos de la nueva sistematización que realiza el RICSI respecto a los organismos de normalización se debe principalmente a la necesidad de reconocerles el destacado papel que tienen en lo que atañe a la seguridad industrial y a garantizar un adecuado régimen de supervisión administrativa sobre los mismos.

2.3 Infraestructura acreditable para la seguridad industrial

2.3.1 Organismos de control⁴⁰

a) Organismos de control y función inspectora de la Administración

En relación con la seguridad industrial, el control administrativo del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias sobre productos e instalaciones industriales descansa en los llamados organismos de control. Los mismos se configuran como entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica⁴¹.

Para el ejercicio de sus actividades, los organismos de control deben ser autorizados por la Administración competente. Sin embargo, la obtención de esa autorización administrativa requiere la previa valoración técnica por parte de una entidad de acreditación de los requisitos necesarios para su concesión⁴². Cabe destacar que no es infrecuente observar cómo desde la legislación sectorial el requisito de la acreditación se extiende también a otras entidades colaboradoras de la Administración no previstas expresamente en el RICSI. Así, por ejemplo, y dentro del ámbito competencial del Estado, el artículo 6.2 del RD 1434/1999⁴³ establece

⁴⁰ Vid. G. FERNANDEZ FARRERES, "La infraestructura...", cit., pág. 51 y ss.

⁴¹ Art. 15.1 LI; art. 41 RICSI.

⁴² Art. 42.1 RICSI

⁴³ RD 1434/1999, de 10 de septiembre, por el que se establecen los reconocimientos e inspecciones de las embarcaciones de recreo para garantizar la seguridad de la vida humana en la mar y se determinan las condiciones que deben reunir las entidades colaboradoras de inspección. Otro ejemplo es el de las entidades de evaluación de prestadores de servicios de

que las entidades colaboradoras de inspección de las embarcaciones de recreo deberán “acreditar su idoneidad y los medios para cumplir con los requisitos anteriores ante una de las entidades de acreditación constituidas de acuerdo con lo regulado en el Real Decreto 2200/1995 (RICSI)”.

Según el artículo 16.2 de la Ley de Industria, las actas o certificados emitidos por un organismo de control pueden ser, a partir de una reclamación, objeto de supervisión por parte de la Administración competente. Se trata de una alzada impropia que tiene la virtualidad de reconducir al ámbito administrativo la actividad llevada hasta ese momento por el organismo de control⁴⁴. En este sentido se incoael oportuno procedimiento administrativo que sigue los trámites previstos en la legislación de procedimiento administrativo (LRJPAC). En tal caso, la Administración debe en un plazo de tres meses dictar la resolución sobre si es o no correcto el control realizado por el organismo de control⁴⁵. En el supuesto de que se trate de revisar una certificación negativa, el interesado no puede en ningún caso recurrir a otro organismo autorizado. Sin embargo, una vez revocada el acta negativa por la Administración el interesado sí puede recabar los servicios de otra entidad autorizada. Finalmente, a efectos de facilitar la supervisión sobre la actuación de los organismos de control, éstos deberán remitir anualmente a la Administración autonómica competente: 1) una memoria detallada de las actuaciones realizadas en su territorio⁴⁶; 2) copia del informe de seguimiento de la entidad de acreditación que confirme el mantenimiento de las condiciones de acreditación⁴⁷. En el caso de

certificación y de productos de firma electrónica, previstos en la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de febrero de 2000 (BOE de 22 de enero). Además del requisito de su acreditación por ENAC (art. 6 y 7), el artículo 8 de la Orden prescribe que las entidades de evaluación “deberán cumplir las obligaciones que les sean exigibles entre las establecidas en el capítulo III del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial...”.

⁴⁴ Vid. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pág. 150-151.

⁴⁵ Art. 46.2 RICSÍ

⁴⁶ Art. 48.2.a) RICSÍ

⁴⁷ Art. 48.2.b) RICSÍ

que el organismo de control haya realizado sus actividades en todo el territorio del Estado español, deberá remitir la documentación citada al Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial⁴⁸.

Las actividades que desarrollan los organismos de control pueden dividirse en dos: 1) la que ahora nos ocupa, es decir, la estricta función de inspección sobre las instalaciones industriales en donde sólo se tienen en cuenta las reglamentaciones jurídicas de seguridad provenientes de la Administración; 2) la función certificante que realizan sobre los productos industriales previstos en las Directivas comunitarias en base a normas técnicas, aspecto que detallaremos en el apartado siguiente. Para ambas actuaciones son competentes los organismos de control. En el primer caso, existen, sin embargo, dudas respecto a si el régimen de autorización previsto en la legislación estatal constituye título suficiente para las actuaciones inspectoras que realizan los organismos de control. La razón es que se trata de una actividad que incide en el ejercicio de una función pública cuya responsabilidad última compete a los poderes públicos.

Ahora bien, este tema no se limita sólo a los organismos de control, sino que se extiende a todo el amplio abanico de entidades colaboradoras de la Administración en el ejercicio de la función inspectora. Así, se plantea actualmente un interesante debate alrededor de tres cuestiones: 1) si nos encontramos ante un ejercicio privado de funciones públicas; 2) cuál debe ser el régimen jurídico de estas entidades cuando ejercen funciones de inspección –por razones de seguridad industrial en el caso de los organismos de control; 3) qué margen tienen las Comunidades Autónomas para definir el régimen jurídico de estas entidades en el marco de la legislación estatal.

Respecto a la primera cuestión parece claro que la actuación de los organismos de control no se limita a una mera actividad técnica, alcanza también a una actividad

⁴⁸ Art. 48.3 RICSI

jurídica de contenido declarativo que permite pensar en un ejercicio privado de funciones públicas. No obstante, tal consideración no puede ser afirmada de forma apriorística ya que existen elementos en su contra de suficiente relevancia como para ser tomados en cuenta. Así, si consideramos la existencia de un auténtico ejercicio privado de funciones públicas debemos aceptar su desempeño desde una *posición externa* a la organización administrativa⁴⁹, hecho que en el caso que nos ocupa, como ha recordado recientemente MACERA, podría constituir un “ilegítimo sacrificio de auténticas potestades públicas”⁵⁰. Para CARRILLO DONAIRE no nos encontramos, en cambio, ante un ejercicio privado de funciones públicas en sentido estricto⁵¹, pues la actuación de los organismos de control es reconducible, en última instancia, a la Administración, y, en consecuencia, “no puede hablarse de ejercicio *in proprio* de una esfera de competencias jurídico-administrativa por el particular, ni tampoco cabe sostener que éste goce en el ejercicio de dichas funciones de un ámbito de autonomía funcional garantizado por el ordenamiento”⁵². Efectivamente, como hemos expuesto anteriormente, la previsión de una alzada impropia sobre la actuación de los organismos de control permite reconducir la última decisión al ámbito subjetivo de la Administración. Ahora bien, también es cierto que al margen de ese posible control administrativo posterior, los organismos de control certifican, con efectos administrativos, el cumplimiento de las condiciones y requisitos de

⁴⁹ Sobre la realización de funciones públicas por privados, véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, pág. 949 y ss.; así como el estudio de F. SAINZ MORENO, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP*, 100-102, 1983, pág. 1699 y ss.

⁵⁰ Vid. B.-F. MACERA, “La problemática de la asunción de la inspección administrativa...”, cit., pág. 1619. Para este autor la atribución a este tipo de entidades colaboradoras de facultades que constituyen potestades públicas supone el abandono por la Administración de sus poderes de *imperium*, lo cual “puede vulnerar algunos principios del Estado de Derecho y, con ello, desde luego, puede causar graves daños a la libertad de empresa y a la seguridad jurídica de los particulares” (pág. 1620-1621).

⁵¹ Advierte este autor que la nota de la “inimputabilidad” a la Administración de la actividad “administrativa” desarrollada por el ejerciente privado de una función pública constituye “el dato fundamental que sirve para diferenciar los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas de otros fenómenos de colaboración funcional que pudieran guardar ciertas conexiones con esta categoría”, en *El Derecho de la seguridad...*, op. cit., pág. 562.

⁵² *Ibidem*, pág. 607.

seguridad previstos en las correspondientes reglamentaciones técnicas. Y es precisamente el ejercicio de esa función certificante⁵³ la que, en el caso de los organismos de control, permitiría considerar el ejercicio de auténticas funciones públicas delegadas⁵⁴. Además, facultades como las que atribuye el artículo 47.1.j) del RICSI hacen difícil no ver en el caso de los organismos de control la existencia de una cierta dejación de funciones públicas en sujetos privados. Tal precepto establece la posibilidad de tomar “medidas preventivas especiales” en aquellos casos “de grave riesgo de accidente o emergencia”. En este caso la actuación del sujeto privado excede “en algo más” a una mera actividad material e instrumental.

Esto nos lleva, en segundo lugar, a plantear cuál debe ser el título jurídico habilitante para este tipo de entidades en el ejercicio de su actividad. Como se ha dicho anteriormente, desde la legislación estatal se establece un sistema de autorización⁵⁵ cuya virtualidad como título habilitante para el ejercicio de funciones de inspección no deja de suscitar algunas dudas. Para un sector de la doctrina cabe la posibilidad de recurrir al régimen concesional⁵⁶, tal como han hecho algunas Comunidades Autónomas (p. ej. Cataluña). Ello significaría concebir esa tarea como servicio público. Ahora bien, tal consideración parece no ser posible si atendemos a que la razón de la actividad de inspección no se encuentra en la prestación de un servicio público, sino en una función pública. En este sentido se ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de octubre de 1997 (Ar.

⁵³ Sobre la función certificante como función pública administrativa y su ejercicio por “concesionarios”, véase J. E. MARTINEZ JIMENEZ, *La función certificante del Estado*, IEAL, Madrid, 1977, pág. 38 y ss.

⁵⁴ En este sentido, véase G. FERNANDEZ FARRERES, “La infraestructura...”, cit., pág. 59.

⁵⁵ Sobre la autorización reglamentada como modo gestor de actividades privadas de interés público, véase J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad...*, op. cit., pág. 581 y ss.

⁵⁶ Vid. G. FERNANDEZ FARRERES, “La infraestructura...”, cit., pág. 54 y ss. El motivo de esa opción favorable a la técnica concesional radica fundamentalmente, como señala este autor, en la posibilidad de limitar el número de entidades, ya que “se trata de ejecutar actividades que son responsabilidad última de la Administración y que, además, puede asumirlas y desarrollarlas directamente” (pág. 59).

7439)⁵⁷. De este modo, como advierte ESTEVE PARDO⁵⁸, lo que se hace patente es la ausencia en el ordenamiento español de una fórmula que traslade de manera satisfactoria a los particulares el ejercicio de funciones públicas. Se echa en falta las posibilidades que ofrece un instituto tan frecuente en Alemania como es el de la *Beleihung*⁵⁹. En suma, siendo la concesión el instrumento por excelencia que tradicionalmente ha venido amparando la colaboración de los particulares con la Administración no puede, como advirtiera hace tiempo T. R. FERNANDEZ⁶⁰, ser la única técnica de colaboración ni puede pretenderse hacer de ella el cajón de sastre a través del cual amparar los más variados supuestos. Tomando las palabras de

⁵⁷ Sobre esta sentencia pueden verse los comentarios de E. ARANA GARCIA, "Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 52, 1999, pág. 9-41; y D. CANALS AMETLLER, "La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad", *Revista del Poder Judicial*, 1999 (IV), pág. 459 y ss. La referida STS de 13 de octubre de 1997 considera que la actividad de Inspección Técnica de Vehículos no es un servicio público, sino una función pública a la que no es aplicable el artículo 128.2 CE en tanto que se trata de una actividad propia de la soberanía. En esta misma línea se manifiesta la STS de 7 de mayo de 1999 (Ar. 6515) en la cual, no sin controversia en nuestra opinión, se llega a admitir que la concesión administrativa constituye una técnica jurídica adecuada para trasladar a instancias privadas el ejercicio de una potestad pública.

⁵⁸ *Técnica, riesgo y Derecho, op. cit.*, pág. 139.

⁵⁹ A diferencia del caso alemán, en el Ordenamiento administrativo español, a semejanza del francés, la colaboración privada en el ejercicio de funciones o actividades administrativas ha girado tradicionalmente alrededor de la noción de servicio público. En el ordenamiento germano tal noción es inexistente y en el tema de la colaboración se impone el criterio de la *posición jurídica (Rechtsstellungstheorie)*, es decir de la disposición de poderes públicos por parte del particular. En otras palabras, desde esta perspectiva es exigible que el colaborador del Estado (el *Beliehene*) ejerza, mediante una habilitación, *la puissance publique*. Véase, B. KNAPP, "La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général", en *Mélanges Henri Zwaalen*, Lausanne, 1977, pág. 372. Sobre el instituto de la *Beleihung*, véase con carácter general, véase H.- U. ERICHSEN *et alii*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1995, § 1, 15 § 12, 14 § 53, 26; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10ª ed., Beck, Munich, 1995, págs. 574 y ss.; F. OSSENBUHL, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", *VVDStRL*, nº 29, 1971, pág. 145. En nuestra doctrina puede verse la documentada nota 100 del trabajo de F. Sainz Moreno, "Ejercicio privado de funciones públicas", *cit.*, pág. 1776-1779. De interés resultan las consideraciones que sobre esta figura realiza J. ESTEVE PARDO (*Técnica, riesgo y Derecho, op. cit.*, pág. 145 y ss.), señalando que junto a funciones de autoridad de contenido decisorio y ejecutivo (*obrigkeitlichen Kompetenzen*), también pueden ser objeto de *Beleihung* las competencias de contenido declarativo, arbitrales, certificadoras o de inspección (*schlicht-hoheitlichen Kompetenzen*) que son las que ejercen las TÜV (asociaciones de inspección técnica) en el ámbito de la seguridad industrial.

⁶⁰ T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, "Inscripciones y autorizaciones industriales", *RAP*, núm. 52, 1967, pág. 445.

este último *ius* administrativista lo que realmente importa es hallar una fórmula nueva que sea capaz de traducir sin violencias la idea de colaboración entre Administración y sujetos privados en el ejercicio de tareas que combinan un evidente componente público con algunos elementos de estricta autorresponsabilidad.

Finalmente, cabe prestar breve atención al alcance de la normativa autonómica en la configuración del régimen jurídico de las entidades privadas aquí tratadas. Frente al régimen autorizatorio que como hemos visto dispone la legislación estatal, la normativa autonómica, especialmente en el caso de Cataluña⁶¹ y la Comunidad castellano-leonesa⁶², se había decantado ya con anterioridad por el sistema de concesión administrativa. Con independencia de cuál deba ser el título habilitante, cuestión ya planteada, de lo que se trata ahora es atender a si las CC.AA pueden apartarse del régimen estatal previsto para la designación de los organismos de control. En opinión de CARRILLO DONAIRE⁶³ existe una subordinación de la competencia normativa autonómica a la estatal en la determinación del régimen jurídico básico de las entidades que colaboran con la Administración en el ejercicio de las funciones de inspección y control. Añadiendo, que la reglamentación autonómica no limita sus efectos a meras cuestiones de organización, ya que la actividad de las entidades colaboradoras se proyecta externamente sobre determinados derechos e intereses de los administrados. Por estos motivos el citado autor apoya la inconstitucionalidad del régimen concesional por el que algunas CC.AA han optado u optaren en el futuro. Este parecer encuentra su apoyo en la STC 243/1994, en la que se afirma que: *“No cabe, por tanto, negar al Estado la posibilidad de que, en ejercicio de sus funciones normativas en la materia de seguridad industrial, regule las referidas características con relieve externo de las entidades colaboradoras de inspección y control”* (FJ 4º). Ahora bien, en nuestra

⁶¹ Ley 13/1987, de 9 de junio, de seguridad industrial.

⁶² Ley 3/1990, de 16 de marzo, de seguridad industrial.

⁶³ *El Derecho de la seguridad...*, op. cit., pág. 159 y ss.

opinión, la regulación estatal atañe a los requisitos que garanticen la independencia y la solvencia económica y técnica de esas entidades, pero no al régimen jurídico de relación entre la Administración competente –la autonómica- y la entidad privada que, al fin y al cabo, va a ejercer por delegación funciones cuya titularidad y responsabilidad última corresponden a la Administración designante. Administración que muy bien podría decidir ejercer directamente esas funciones sin recurrir a la colaboración privada, ya que no se trata de actividades que puedan ser calificadas como privadas, sino exclusivamente públicas, y, por tanto, no existe sobre aquéllas ningún derecho preexistente por parte de los particulares. Efectivamente, recordando la STS de 13 de octubre de 1997, el Tribunal Supremo ha manifestado que la colaboración privada no encuentra en estos casos su razón en la prestación de un servicio público, sino en una función pública⁶⁴ –en ese supuesto la Inspección Técnica de Vehículos-. Al excluir el TS la categorización de actividad económica, se significa que no existe un derecho de los particulares a ejercer tal tarea y, por tanto, el ejercicio único por la Administración sobre la misma no supone ningún tipo de expropiación⁶⁵.

- b) Los Organismos de Control como organismos notificados previstos en las Directivas del “nuevo enfoque”

Los Organismos de Control no actúan sólo ejerciendo la función pública de inspección, sino que resultan también reconocidos por la Administración para la

⁶⁴ Literalmente se señala en esta Sentencia que “(T)ampoco puede hablarse de monopolización de una actividad que en esencia y por principio corresponde de modo exclusivo al Estado, ni de derechos preexistentes que hayan de ser respetados, frente al interés general, o de lesión a la libre competencia en una actividad propia de la soberanía”.

⁶⁵ No es ese, en cambio, el caso de Alemania, donde la asunción directa por la Administración de algunos Estados federados (Hessen y Hamburgo) de la función de inspección técnica hasta entonces realizada por las TÜV –asociaciones privadas de inspección técnica- fue considerada como una expropiación por la Sala civil del Tribunal Supremo alemán en su Sentencia de 30 de septiembre de 1957 (*NJW* 1957, pág. 1927). Crítico con esta resolución judicial es el conocido trabajo de H. H. RUPP, *Privateigentum an Staatsfunktionen? Eine kritische Untersuchung am Beispiel der Technischen Überwachungsvereine* (¿Propiedad privada en las funciones estatales? Un estudio crítico en el ejemplo de las asociaciones de inspección técnica), Tubinga, 1963. Una reseña sobre esta obra la realiza L. Martín-Retortillo en *RAP*, núm. 43, 1964, pág. 493-495. Véase también MEYER, en Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften*, vol. II GSG § 14.

realización de una función certificante, previa a la comercialización de los productos industriales, que el fabricante puede contratar voluntariamente con cualquiera de los llamados Organismos notificados (“notified bodies”) a nivel europeo⁶⁶. Se trata, en suma, de una tarea que estos organismos realizan siguiendo unos procedimientos de evaluación de la conformidad y que culmina con la obtención, por parte del fabricante, del llamado marcado “CE” sobre el producto industrial en cuestión. Tales procedimientos se desarrollan a partir de los módulos que se contienen en la Decisión del Consejo de 22 de julio de 1993⁶⁷.

En este supuesto, se plantea la cuestión sobre cuál es el alcance que tiene la actividad desarrollada por estos organismos y cuál la posición de la Administración, ya que aquí también hablamos de seguridad industrial.

Desde las previsiones emanadas en su día del entonces existente Ministerio de Industria es claro que los organismos notificados a la Comisión europea para actuar en los ámbitos armonizados deben tener la condición previa de Organismos de control⁶⁸.

⁶⁶ En el ámbito de la fabricación de vehículos persiste la homologación administrativa y no son de aplicación los sistemas de certificación previstos por la normativa europea para otros productos industriales. Las homologaciones de vehículos, componentes, partes integrantes, piezas y sistemas que afecten al tráfico y circulación, corresponden competencialmente al Estado, quien designa a los laboratorios para la realización de los ensayos previstos por la Comunidad Europea (art. 13.4 LI).

⁶⁷ DO nº L 220, de 30.8.1993, pág. 23 y ss.

⁶⁸ Esa es nota común en todos los actos de transposición de Directivas sobre sectores que competen al MINER, por ejemplo: el RD 1435/1992, de 27 de noviembre, sobre máquinas, o el RD 1314/1997, de 1 de agosto, sobre ascensores. En ambos casos se refiere expresamente que los organismos notificados españoles encargados de efectuar los procedimientos de certificación deberán tener la condición de organismos de control a los que se refiere el capítulo I del Título III de la Ley 21/1992, de Industria. En cambio, en aquellos otros sectores armonizados que en el caso español corresponden a otros ámbitos ministeriales se hace omisión a la existencia de los organismos de control previstos en la LI. Así, por ejemplo, el Real Decreto 297/1998, por el que, a propuesta del Ministro de Fomento, se regulan los requisitos de seguridad de las embarcaciones de recreo, dispone que los organismos competentes en los procedimientos de evaluación de conformidad serán designados por la Dirección General de la Marina Mercante (artículo 86.5 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) previa acreditación de los criterios establecidos en anexo. Nada obsta a que el organismo notificado sea un órgano administrativo. Este es el caso de los productos sanitarios (Directiva 93/42/CEE, objeto de transposición por el RD 414/1996), cuyo organismo notificado es la Dirección General de Farmacia y productos

Se nos aparece pues, en el caso de los productos industriales que son objeto de armonización técnica por parte de las Directivas comunitarias, un nuevo ámbito de actuación. El mismo aunque escapa al de la calidad, en cuanto a su mayor atención a las exigencias de seguridad, tampoco se inscribe plenamente en el espacio reglamentario por tener un imponente componente autorregulativo que implica un alejamiento respecto a los tradicionales controles administrativos de carácter directo e inmediato⁶⁹. Se trata de un ámbito en el que las prescripciones y sistemas administrativos de control establecidos por razones de seguridad encuentran una aplicación limitada y, en cambio, tienen un papel preponderante las normas técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización así como el autocontrol del fabricante y la actuación de organismos de certificación acreditados y notificados por cada Estado. Nos encontramos, en definitiva, ante un claro ejemplo de autorregulación⁷⁰, objeto, además, de regulación y supervisión

sanitarios, según Resolución de 27 de abril de 1998 (BOE, de 23 de junio de 1998).

⁶⁹ Se trata de la homologación administrativa. Añadamos que el de los vehículos a motor es uno de los ámbitos donde la normativa comunitaria existente se aparta del “nuevo enfoque” y opta, en cambio, por establecer las prescripciones técnicas en las correspondientes Directivas específicas. A título de ejemplo podemos citar las Directivas siguientes: Directiva 98/77/CE, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 70/220/CEE relativa a las medidas que deben tomarse contra la contaminación del aire causada por las emisiones de los vehículos a motor; Directiva 98/90/CE, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 70/387/CEE relativa a las puertas de los vehículos a motor y sus remolques. El contenido de estas Directivas se ha incorporado al ordenamiento jurídico español mediante la Orden del Ministerio de Industria de 17 de febrero de 1999 –BOE 26/02/1999- que modifica los anexos I y II del Real Decreto 2028/1986, por el que se establecen las normas para la aplicación de Directivas comunitarias relativas a la homologación de tipos de vehículos, remolques, semirremolques y sus partes y piezas. En este caso se mantiene a nivel europeo la homologación administrativa y no se prevé la certificación por tercera parte –difícil dada la complejidad y elevadas cuantías económicas que se requieren en la industria automovilística- o la autocertificación del fabricante. Este último es el sistema utilizado en Estados Unidos, donde son los propios fabricantes quienes certifican a la Administración que, en efecto, sus vehículos respetan las normativas. En todo caso, la obtención de la homologación precisa de numerosos ensayos que son realizados en laboratorios especializados y, en el caso europeo, oficialmente autorizados.

⁷⁰ La expresión “autorregulación” es de uso cada vez más frecuente. A nivel doctrinal TORNOS lo refiere a partir de la existencia de unas reglas de comportamiento y unos organismos de control creados por los propios sujetos de los sectores implicados. La voluntariedad, en todo caso, constituye la nota común del fenómeno de la autorregulación. *Vid. J. TORNOS MAS, Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, 1999, pág. 59-60. El legislador también se ha hecho eco de esa expresión, especialmente en todo lo relacionado con las tecnologías de la información. Es el caso de la Ley 22/1999, de 7 de junio, por la que se

administrativa. En propiedad, pues, habría que hablar de un supuesto de regulación que toma en cuenta elementos autorregulativos⁷¹. Los procedimientos de certificación previstos en las Directivas europeas constituyen un buen ejemplo de cómo lograr un control administrativo en cooperación con la autorresponsabilidad privada. El estudio de ese modelo debe tener también muy presente la implementación existente entre la actividad normalizadora y la de certificación hasta el extremo que ambas conforman un verdadero sistema institucional con proyección supranacional⁷².

b.1) Naturaleza jurídica de los organismos notificados

La actividad certificadora realizada por este tipo de entes en el marco de las Directivas europeas plantea las mismas cuestiones que anteriormente hemos tratado en atención a los organismos de control. Ello es lógico si atendemos a la incuestionable ascendencia que las previsiones comunitarias tienen sobre el diseño institucional previsto en la legislación industrial española. Cabe recordar que en el caso de los organismos de control *stricto sensu* su actuación se enmarca dentro del ejercicio de una función administrativa de inspección que se exterioriza, tal como se ha expuesto, en una actividad de certificación que tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de la reglamentación técnica administrativa. Por el contrario, en su ejercicio como organismos notificados los organismos de control previstos en la legislación española deben verificar que los productos examinados cumplen con los requisitos mínimos previstos en una normativa técnica de carácter más amplio. Es

modifica la Ley 25/1994, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. La Disposición adicional tercera de la Ley 22/1999 sanciona una promoción de la autorregulación en los términos siguientes: “ (...) los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector (...)”.

⁷¹ Véase W. HOFFMANN RIEM, “Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, pág. 300.

⁷² En este tema, véase M. ROYON, “L'émergence de systèmes nationaux de normalisation-certification et leur connexion internationale”, *RIDE*, núm. 1, 1999, pág. 107-118.

decir, cumplir con un ordenamiento técnico cuyas normas no sólo se encuentran recogidas en el sistema jurídico, sino también en otras situadas fuera de aquél. El cumplimiento con esa normativa técnica es la que posibilita la emisión de la certificación de conformidad y permite la libre circulación del producto en cuestión dentro del territorio comunitario.

Nuevamente aquí se hace patente el hecho de que este tipo de entidades vienen a ser titulares de una actividad pública que, sin embargo, persigue fines privados. Concretamente, decidir previamente a su comercialización si un producto es o no idóneo para su uso previsto. Se trata, pues, de un tipo de control preventivo por razones de seguridad que supone, en cierto modo, la actuación de estos entes a modo de *longa manus* de la Administración.

Pese a las indudables similitudes e incluso solapamientos existentes entre los organismos notificados previstos en las Directivas europeas y los organismos de control contemplados en la Ley 21/1992, de Industria, hay también una clara distinción. La misma radica en que la actuación de los llamados organismos notificados tiene una finalidad claramente sustitutiva de los tradicionales instrumentos administrativos nacionales de control previo. En cambio, el ámbito de actuación de los organismos de control —el ajeno a las Directivas del “nuevo enfoque”— sigue siendo monopolio estricto de la Administración.

Ahora bien, las previsiones de la política de certificación contenidas en el “nuevo enfoque” no son tan radicales como para impedir una intervención administrativa en la designación de los organismos notificados. Y es precisamente a partir de esa intervención pública cuando se suscita el interrogante en torno a la naturaleza pública o privada desarrollada por aquéllos. En este sentido, el recurso a la autorización administrativa para el desarrollo de su actividad vendría a significar que la misma es de naturaleza privada. Ahora bien, y aquí se plantean las mismas cuestiones ya tratadas anteriormente respecto a los organismos de control, no parece que la actividad de los organismos notificados sea estrictamente privada.

Efectivamente, el poder certificante por el que se declara la conformidad de un producto a reglas técnicas predeterminadas afecta a intereses públicos con independencia de otras consideraciones nominalistas. Por este motivo cabe considerar la referida “autorización” como un tipo de habilitación⁷³. En este sentido, la autorización operaría como el mecanismo que permite el desarrollo por sujetos privados de una actividad cuya titularidad originaria correspondía a los poderes públicos.

b.2) Naturaleza jurídica de los actos de certificación

Tal como hemos señalado en el apartado anterior nos encontramos ante actos objetivamente administrativos pero privados en lo subjetivo. En este sentido cabe recordar que el concepto de acto administrativo viene definido como la “*declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa*”⁷⁴. Sólo en determinados casos los actos emanados por sujetos privados pueden tener la consideración de administrativos. El supuesto más claro es el previsto en el artículo 203 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975⁷⁵ en el que se contempla la posibilidad de que el concesionario de un servicio

⁷³ En este mismo sentido y en referencia al caso italiano, véase E. MELE, “Aspetti giuridici in materia di certificazioni di conformità”, en AA.VV, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, il Mulino, Bologna, 1995, págs. 117-118.

⁷⁴ Véase J. A. GARCIA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, págs. 96-97.

⁷⁵ El anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé en su artículo 185, sustitutivo del art. 203 del Reglamento vigente, que: “1. En la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél. 2. Contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá reclamarse ante la Administración concedente” (www.mieco.es/comun/BorRegLeyCon/BorradorReglamentoLeyContratos)

público al que se hayan delegado facultades de policía⁷⁶ puede, en el ejercicio de tales facultades, dictar actos administrativos.

Otro caso es el de los actos certificantes respecto a los cuales existe consenso en admitir su procedencia privada y el correspondiente reconocimiento público⁷⁷. Es el caso señalado por GARCIA-TREVIJANO FOS, en los que la norma jurídica da valor a certificaciones expedidas por particulares o “administrados simples” que no ejercen funciones o prestan servicios públicos. En esta clase de actos se encontrarían las certificaciones de conformidad emitidas por los organismos notificados.

Como ya hemos dicho anteriormente, la certificación de conformidad prevista en las Directivas comunitarias encuentran su antecedente en la homologación administrativa. La desregulación operada en potestad certificante ha significado que una actividad anteriormente pública haya pasado a sujetos privados que deben verificar la idoneidad de los productos y, además, pueden emitir actos jurídicos (la certificación de conformidad) con eficacia frente a terceros que contienen una declaración de naturaleza técnica (la conformidad a la regla técnica). Lógicamente la potestad certificante radicada antes exclusivamente en la esfera administrativa resulta ahora una “potestad debilitada” en atención a su configuración jurídica en la legislación comunitaria, ello significa que tratándose aún de una actividad pública resulta posible su privatización. De este modo, aunque la Administración es quien designa y supervisa la actuación de esos organismos, éstos actúan a través de actos jurídico-privados.

Las consideraciones realizadas permiten compatibilizar el régimen autorizatorio respecto a una materia que actualmente no es pública en el sentido pleno y

⁷⁶ El artículo 156.2 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que pueden atribuirse competencias administrativas a favor de los administrados siempre que se determine el alcance de las prestaciones y se declare expresamente “que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma”.

⁷⁷ *Ibidem* pág. 317.

tradicional que tal expresión significa. Lo expuesto adquiere también relieve al atender al tema del control judicial de este tipo de certificaciones. La señalada escisión entre la potestad pública y el ejercicio de la función confiada a sujetos privados sin ningún atributo jurídico-público comporta que el acto de la certificación asuma un carácter estrictamente privado. Efectivamente, el organismo de certificación desarrolla una actividad de tipo técnico mediante la cual declara la veracidad de un resultado. Se trata, pues, de un tipo de actividad que ofrece muchas similitudes con la que realizan el conjunto de entidades, por ejemplo los laboratorios de ensayo y calibración, previstas para el ámbito de la calidad industrial en la Ley 21/1992, de Industria, y en su norma de desarrollo, el RICSI. Por esta razón este tipo de actos de certificación no son susceptibles de control administrativo. A diferencia de los actos de los organismos de control, en el caso de los organismos notificados no es posible pensar en un recurso administrativo ya que la Administración designante no se halla en una situación de jerarquía respecto al sujeto autorizado. Igualmente, tampoco es posible pensar en un recurrir la certificación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. Sí, en cambio, es posible acudir a la vía civil por los posibles perjuicios que hubiese podido causar un organismo al certificar una conformidad inexistente.

2.3.2 Verificadores medioambientales⁷⁸

La Ley de Industria no hace ninguna mención a los verificadores ambientales al ser anterior a la regulación europea que los establece: el Reglamento (CEE) núm. 1836/93, de 29 de junio de 1993⁷⁹, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. En el caso español el desarrollo de los operadores previstos en esta importante norma europea no ha sido llevado a

⁷⁸ Un estudio más amplio sobre esta figura puede verse en la reciente obra de A. NOGUEIRA LOPEZ, *Ecoauditorías...*, *op. cit.*, pág.

⁷⁹ "DO" núm. L 168, de 10 de julio de 1993, pág. 1 y ss.

cabo mediante ley, sino mediante dos disposiciones reglamentarias. Se trata del RICS⁸⁰ y del RD 85/1996, de 26 de enero⁸¹. El RICS, de manera discutible, incluye a los Verificadores medioambientales dentro de la infraestructura para la seguridad industrial. Sin embargo, ello no significa que su actuación sea considerada como una función pública. La aplicación del Reglamento EMAS⁸² en España ofrece la misma virtualidad que tiene en otros Estados de la UE, la de ser un instrumento de adopción voluntaria por parte de su destinatario (el centro industrial) y tener un importante componente privado y de autorregulación. En otras palabras, el sistema EMAS no se concibe, en principio, como una alternativa a los mecanismos administrativos de control, en atención, singularmente a la concesión de autorizaciones para instalaciones industriales. Hay, no obstante, una señalada excepción que ha introducido la Ley catalana 3/1998, de la intervención integral de la Administración ambiental⁸³. Este texto legal traspone el contenido de la importante Directiva 96/61/CE⁸⁴. El artículo 44.1 de la mencionada Ley dispone un control periódico de las instalaciones industriales (entre dos y cuatro años, según la actividad) para determinar el cumplimiento de las determinaciones ambientales exigibles. Pues bien, este mismo precepto establece una exención del control periódico para aquellas instalaciones que estén acogidas al sistema de ecogestión y de ecoauditoría de la Unión Europea. Se trata de una previsión ciertamente novedosa y problemática⁸⁵ cuya aplicación aún no ha sido llevada a cabo debido al poco

⁸⁰ Arts. 49 a 53 RICS.

⁸¹ BOE, de 21 de febrero de 1996.

⁸² *Environmental Management and Audit Scheme* (sistema de gestión y auditoría ambiental).

⁸³ Véase el trabajo de T. MARTI AROMIR, "El régimen de control, inspección y sanción en la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1998, de 24 de febrero, sobre la Intervención integral de la Administración Ambiental", en *REALA*, núm. 280-281, 1999, especialmente págs. 437-447.

⁸⁴ Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (DO nº L, de 10 de octubre de 1996, pág. 26 y ss.).

⁸⁵ Vid. M. TARRÉS VIVES, "Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana", *RAP*, núm. 145, 1998, pág. 519. Actualmente, en Alemania el Ministerio federal de medio ambiente está estudiando la posibilidad

tiempo transcurrido y al poco éxito –por el momento- que el sistema EMAS ha tenido en España frente a otros, especialmente el desarrollado por las normas ISO de la serie 14000⁸⁶.

El RICSÍ dispone que los verificadores medioambientales pueden ser entidades públicas o privadas⁸⁷ que, en todo caso, requieren ser acreditadas, según normas de la serie EN 45000⁸⁸, por una Entidad de Acreditación⁸⁹ e inscribirse en el Registro de Establecimientos Industriales⁹⁰. Cabe destacar que la gestión administrativa del sistema EMAS está descentralizado en las Comunidades Autónomas. Las competencias de las CC.AA son: 1) designación y control de las Entidades de Acreditación⁹¹; 2) establecer el órgano de registro de los centros

de privilegiar a aquellas instalaciones industriales que adopten el sistema EMAS. Concretamente, el proyecto de texto articulado ("Artikelgesetz"), para la transposición de la Directiva 96/61/CE y otras Directivas comunitarias sobre protección del medio ambiente, contempla un amplio desarrollo reglamentario en el ámbito de la legislación de inmisiones y residuos. Es en ese futuro despliegue donde se contempla la posibilidad de un reglamento privilegiativo de la auditoría ambiental (*Umweltaudit-PrivilegierungsV*). La justificación radica en que el cumplimiento del EMAS significa la realización parcial mediante autocontrol de determinadas actuaciones propias de la inspección administrativa en atención a garantizar el cumplimiento de las prescripciones medioambientales. Así, en tanto y según cómo se realiza ese autocontrol puede operar un aligeramiento de la inspección administrativa. De este modo, podría lograrse un ahorro de costes en, por ejemplo, la ejecución de mediciones o esperar una reducción de gastos administrativos en la elaboración de informes. Véase el informe de seguimiento del *Bundesministerium für Umwelt Naturschutz und Reaktorsicherheit* sobre la "Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz" (a 25 de octubre de 2000).

⁸⁶ A 31 de marzo de 1999 existían en España 25 centros registrados en el sistema EMAS frente a un total de 175 certificaciones ISO 14001. *Vid.* J. M^a PAEZ SANDUBETE y F. CARRASCO FENECH, "La normativa sobre sistemas de gestión medioambiental: un estudio de las aproximaciones de la Unión Europea y la International Organization for Standardization", en *Revista mensual de gestión ambiental*, 1999, núm. 6, pág. 10 y ss.

⁸⁷ Art. 49 RICSÍ. El número de verificadores acreditados es ciertamente escaso. A 31 de diciembre de 1999 sólo habían sido acreditadas tres organizaciones. Puede consultarse la lista en: www.enac.es.

⁸⁸ Art. 53.b) RICSÍ.

⁸⁹ Art. 51.1 RICSÍ.

⁹⁰ Art. 51.3 RICSÍ.

⁹¹ Art. 2 RD 85/1996.

industriales adheridos al sistema⁹². En todo caso, las CC.AA deben notificar al Ministerio de Medio Ambiente (Administración del Estado) los organismos de registro y las Entidades de Acreditación que, en su caso, hayan designado, para su posterior comunicación a la Comisión Europea⁹³. La comunicación al Ministerio de Medio Ambiente de la relación de verificadores medioambientales corresponde a las Entidades de Acreditación⁹⁴. En el caso de que alguna Comunidad Autónoma no designase al organismo competente, el RD 85/1996 establece que con carácter subsidiario tal función corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente⁹⁵. Igualmente, y sin perjuicio de lo que hagan las CC.AA, el RD 85/1996 designa como Entidad de Acreditación de verificadores medioambientales a la asociación privada "Entidad Nacional de Acreditación" (ENAC)⁹⁶. En la actualidad ENAC es la única Entidad de Acreditación existente en España. Su régimen jurídico será objeto de estudio más adelante.

3. Infraestructura acreditable para la calidad

Como se ha señalado anteriormente, la LI ha institucionalizado el ámbito de la calidad. Esto supone el reconocimiento jurídicopúblico de un conjunto de agentes que no toman como base de su actuación lo previsto en los Reglamentos de Seguridad dictados por la Administración, sino lo que se contiene en normas técnicas elaboradas por Organismos de normalización. Estas normas técnicas referidas a productos o a procesos de producción resultan para su destinatario, el fabricante, de aplicación voluntaria⁹⁷. Ahora bien, el concepto de calidad no se limita

⁹² Art. 4 RD 85/1996.

⁹³ Art. 8.1 RD 85/1996.

⁹⁴ Art. 8.2 RD 85/1996.

⁹⁵ Art. 1.2 RD 85/1996.

⁹⁶ Disposición Adicional segunda del RD 85/1996.

⁹⁷ Art. 8.3 LI.

a la normalización, sino que también comprende los llamados procedimientos de certificación⁹⁸ que tienen como objetivo establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas⁹⁹.

El impulso de las certificaciones de calidad ha venido dado por la política europea del "Enfoque global"¹⁰⁰ que ha establecido la necesidad de una infraestructura europea de certificación y pruebas, así como el reconocimiento mutuo de las certificaciones¹⁰¹.

• Entidades de certificación¹⁰²; laboratorios de ensayo y calibración¹⁰³; entidades auditoras y de inspección¹⁰⁴

Pese al diferente tipo de actividades que desarrollan estos agentes, todos presentan unas notas comunes que permiten realizar su tratamiento conjunto. De forma esquemática esas características son:

- 1) Pueden ser entidades públicas o privadas.
- 2) Su actividad es solicitada con carácter voluntario por parte de una empresa.

⁹⁸ Vid. P. T. NEVADO-BATALLA MORENO, "Nuevas perspectivas sobre el régimen de las medidas de seguridad en el ámbito industrial", en *Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo, op. cit.*, t. II, págs. 2668-2669.

⁹⁹ Art. 8.6 LI.

¹⁰⁰ Véase, J. McMILLAN, "Une politique européenne pour la promotion de la qualité", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 411, 1997, S. 520 ff.

¹⁰¹ Véase el Documento de la Comisión "Planteamiento global en materia de certificación y pruebas. Los instrumentos para garantizar la calidad de los productos industriales", "DO" Nº C 267, de 19.10.1989, S. 3 ff.

¹⁰² Arts. 20 a 25 RICSI.

¹⁰³ Arts. 26 a 30 y 36 a 40 RICSI.

¹⁰⁴ Arts. 31 a 35 RICSI.

- 3) Todas estas entidades siguen los criterios establecidos por las normas técnicas europeas e internacionales, y en concreto las que les sean de aplicación de la serie UNE 66.500 (EN 45000).
- 4) Para su actuación se requiere la previa acreditación por parte de una Entidad de Acreditación¹⁰⁵. La acreditación permite la obligada inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales.
- 5) Se establece, según los casos, un régimen de incompatibilidad. Así, las entidades de certificación no pueden certificar empresas, productos, procesos o servicios, cuando hayan participado en las actividades de asesoría o consultoría previas relativas a tales certificaciones¹⁰⁶.
- 6) Finalmente, se establece para todas estas entidades un deber genérico de información y asistencia técnica para con las Administraciones Públicas.

¹⁰⁵ A 31 de agosto de 1999, ENAC, por el momento la única Entidad española de acreditación, había acreditado 11 Entidades de certificación de sistemas de calidad, 28 Entidades de inspección, 178 Laboratorios de ensayo y 70 laboratorios de calibración.

¹⁰⁶ Art. 25 RICSÍ.

CAPÍTULO VIII RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE ACREDITACIÓN

1. La acreditación

1.1 Su previsión desde la regulación comunitaria

Según hemos podido ir observando, la acreditación constituye la *conditio sine qua non* para la inclusión de una entidad en el espacio de la calidad o la seguridad industrial. En el sentido descrito en la legislación industrial española, la acreditación es una actividad que viene impulsada desde la Comunidad Europea¹⁰⁷. Su razón radica en la necesidad de un mecanismo que garantice—a escala europea— la competencia técnica de todas aquellas organizaciones que mediante la elaboración de ensayos y la emisión de certificaciones establecen una presunción de seguridad sobre los productos industriales objeto de armonización técnica mediante Directivas. La acreditación supone, pues, el reconocimiento o constatación de que determinada entidad o individuo (laboratorio de ensayo, laboratorio de calibración, entidad de certificación, entidad de inspección o verificador medioambiental) cumple con las condiciones de independencia y competencia técnica que se le exigen para la realización de tareas perfectamente determinadas¹⁰⁸. El fundamento de la acreditación son las normas europeas de la serie EN 45 000. Se trata de un claro sistema privado de regulación que sólo adquiere carácter público a partir de su previsión en una ley o un reglamento.

En el sentido descrito actualmente en nuestra legislación industrial, la acreditación es una actividad que viene impulsada desde la Comunidad

¹⁰⁷ La citada Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, indica que los Estados miembros deberán fomentar “la creación de sistemas de acreditación y la utilización de técnicas de intercomparación”.

¹⁰⁸ Apartado 13.7 de la norma europea EN 45 020: 1993.

Europea¹⁰⁹. Su razón se encuentra en la necesidad de un mecanismo que garantice –a escala europea- la competencia técnica de todas aquellas entidades que mediante la elaboración de ensayos y la emisión de certificaciones establecen una presunción de seguridad sobre los productos industriales armonizados. La configuración de un común denominador respecto a la competencia técnica de los diferentes organismos que realizan pruebas, certificaciones e inspecciones aparece como una necesidad ante el planteamiento de un reconocimiento mutuo de todas esas actividades en el ámbito europeo. Para hacernos una idea de lo que supone esta titánica tarea baste decir que en el año 1989 existían en Europa más de diez mil laboratorios de pruebas y mil organismos de certificación de diferente capacidad, con diferentes regímenes jurídicos y distintos prestigios¹¹⁰. Requeríase, pues, un procedimiento y una organización común que garantizaran que el resultado de una prueba o el contenido de una certificación sobre un producto ofreciesen la misma confianza en cualquier Estado europeo. El procedimiento lo encontramos en las ya referidas normas de la serie EN 45 000 y la organización son las entidades de acreditación que, según recomienda la Comisión europea, deben articularse a nivel nacional, aunque no tienen porque tener un carácter centralizado¹¹¹.

1.2 La problemática en torno al régimen jurídico de las entidades de acreditación

Respecto a cuál debe ser el régimen jurídico de esas entidades, sólo existe una recomendación, algo ambigua, para que sean “organizaciones privadas o

¹⁰⁹ La Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, indica que los Estados miembros deberán fomentar “la creación de sistemas de acreditación y la utilización de técnicas de intercomparación”.

¹¹⁰ Véase el documento de la Comisión “Planteamiento global en materia de certificación y pruebas. Los instrumentos para garantizar la calidad de los productos industriales”, DO nº C 267, de 19 de octubre de 1989, pág. 12.

¹¹¹ *Vid. Guía relativa a la aplicación de las directivas de armonización técnica comunitaria elaboradas con arreglo a las disposiciones del nuevo enfoque y del enfoque global*, Luxemburgo, 1994, pág. 52.

semiprivadas” –cursiva nuestra-. En cualquier caso el adjetivo privado prima sobre el de público. La razón puede deberse al manifiesto interés de la Comisión para que los organismos acreditados y luego a ella notificados no sean tomados como agentes de la Administración, esto es detentadores de potestades públicas o investidos de la condición de autoridad. No es ese, desde luego, el ámbito en que deben actuar esos organismos. Por tanto, una acreditación llevada a cabo por una entidad no pública reforzaría ese estricto carácter privado – autorregulativo- que las políticas del “nuevo enfoque” y del “enfoque global” pretenden dibujar. Otra cosa es cómo luego ese modelo encuentra su encaje en unas legislaciones nacionales de tradición jurídica harto diferente en lo que atañe a la colaboración entre sujetos privados y poderes públicos respecto al desarrollo y control del elemento técnico. Se trata, fundamentalmente, de estructuras y actitudes que en algunos casos difícilmente pueden ser eliminadas y sustituidas por otras de carácter opuesto.

Seguramente por esta razón observamos como en realidad, dejando a un lado a la Gran Bretaña, en los Estados europeos las entidades de acreditación tienen un carácter público o *semipúblico*. Sean administraciones independientes a las que ya estaban confiadas cometidos de supervisión industria] como es el caso de Suecia, o se trate de órganos directamente adscritos a los ministerios competentes, como es el caso de Austria, Bélgica o Dinamarca. Alemania, Francia e Italia presentan modelos diferentes aunque en todos ellos es incuestionable la intervención de la Administración pública. En el caso germano, como veremos más abajo, la entidad de acreditación es un organismo reconocido por todos los *Länder* pero adscrito a la Administración del Estado Libre de Baviera. En los casos galo e italiano sus respectivas entidades de acreditación son creadas bajo auspicio administrativo¹¹². Destacable es en ese último país el papel de las Cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura. El sistema español, al igual que en el desarrollo institucional de la normalización, se asemeja en la práctica al del país vecino. Una sola entidad,

¹¹² Se trata respectivamente del “Comité français d'accréditation” (COFRAC) y del “Sistema Nazionale per l'Accreditamento degli Organismi di Certificazione” (SINCERT).

de carácter privado, auspiciada desde la Administración central del Estado. Sin embargo, este modelo, como veremos, casa mal con el Estado autonómico que es hoy España. En este sentido resulta para nosotros mucho más sugerente, y acorde con el reparto competencial que en materia de industria existe, el sistema alemán.

Con independencia de cual sea el régimen jurídico de estas entidades y su mayor o menor grado de vinculación con la Administración pública competente, es también relevante subrayar el hecho de que asistimos también aquí, al igual que en la normalización, a la creación de una organización supranacional de acreditación cuya principal finalidad es la de lograr el reconocimiento mutuo de las acreditaciones realizadas por sus miembros permitiendo, a su vez, la interconexión entre los diferentes sistemas nacionales de certificación. A nivel europeo existe, desde finales del año 1997 (27 de noviembre), una sociedad de derecho belga que bajo la denominación de “European Cooperation for Accreditation (EA)” agrupa a diferentes entidades de acreditación europeas¹¹³. Ahora bien, la actividad de acreditación constituye no sólo un elemento europeo, sino una auténtica “valencia mundial”¹¹⁴ como pone de manifiesto la firma en enero de 1998 de un acuerdo multilateral de reconocimiento en el marco del Foro Internacional de Acreditación (“International Accreditation Forum”), que garantiza el reconocimiento mutuo de las certificaciones en diecisiete Estados¹¹⁵.

¹¹³ Miembros de la EA son las entidades de acreditación de los siguientes Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. Se engloban los países de la CE y de la EFTA (Asociación Europea de Libre Comercio). Para más información, véase <http://www.european-accreditation.org>.

¹¹⁴ La acreditación, al igual que en el caso de la certificación o la normalización, conforman un subsistema que refleja la complejidad del actual sistema de sociedad global. En este modelo sólo el subsistema jurídico-político continúa haciendo uso de las fronteras territoriales para articularse, mientras el resto de subsistemas funcionales han superado ese límite para extenderse a lo largo del mundo. En este sentido véase, J. M^a GARCIA BLANCO, “De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial”, en *Globalización, riesgo, reflexividad* (ed. R. Ramos Torre y F. García Selgas), CIS, Madrid, 1999, pág. 40.

¹¹⁵ Alemania, Australia, Gran Bretaña, Canadá, China, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Suecia y Suiza. En este sentido cabe destacar que la Unión Europea ha suscrito un acuerdo con Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación de la

De entre las funciones que a escala europea desarrolla la EA se encuentran principalmente aquellas encaminadas a una interpretación conjunta de las exigencias que para los organismos de certificación se contienen en las Directivas comunitarias.

A efectos comunitarios la acreditación no constituye más que una parte, la técnica, de lo que es el proceso de notificación de los organismos nacionales de certificación a la Comisión europea. En todo caso corresponde a la Administración competente en cada Estado decidir cual o cuales entidades se notificarán¹¹⁶. Se trata en este caso de una decisión política por cuanto la decisión tomada por cada Estado le hace deudor de la confianza que sobre aquélla toman el resto de los Estados miembros y las instituciones comunitarias. En otras palabras si un Estado considera que no existen en su territorio laboratorios o entidades de certificación que cumplan con las condiciones previstas debe abstenerse de realizar la notificación¹¹⁷. De esta manera la acreditación sola *per se* no es elemento suficiente para que un organismo sea notificado, aunque sí constituye un requisito esencial para que el mismo sea notificado.

Por tanto, y no sólo en el caso español, la acreditación deviene una actividad que, primero, se integra en el procedimiento administrativo conducente a la obtención de la autorización correspondiente¹¹⁸, y, en segundo, lugar coadyuva,

conformidad, la certificación y el mercado (DOCE nº L 229, de 17.8.1998, pág. 1 y ss.; DOCE nº L 31, de 4.2.1999, pág. 3).

¹¹⁶ Por ejemplo, el artículo 9 de la Directiva 98/37/CE, de 22 de junio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas. La Decisión del Consejo de 22 de julio de 1993, establece como orientación general que: *“los Estados miembros notificarán bajo su responsabilidad aquellos organismos sometidos a su jurisdicción que hayan elegido entre los que sean técnicamente competentes y que cumplan los requisitos de las directivas. Dicha responsabilidad implica, para los Estados miembros, la obligación de asegurarse de que los organismos notificados mantienen permanentemente la competencia técnica que requieren las directivas y de que dichos organismos mantienen a sus autoridades nacionales competentes informadas de la ejecución de sus tareas”* (pág. 25 final).

¹¹⁷ Vid. *Guía...*, cit., pág. 48.

¹¹⁸ Vid. G. FERNANDEZ FARRERES, “La infraestructura organizativa para la calidad y la

con un carácter de requisito ineludible, a la decisión estatal–administrativa– de otorgar a una entidad la posibilidad de que su actividad certificante goce de una presunción de certeza en toda Europa. El tema no es pues baladí, en cuanto la acreditación nos aparece como el elemento determinante de una decisión de la cual último responsable es el propio Estado.

2. La organización de la acreditación en España

El sistema español de acreditación viene definido en el RICSÍ¹⁹. Aunque de *lege data* cabe la posibilidad que las Comunidades Autónomas designen a las Entidades de Acreditación previo informe positivo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial²⁰, lo cierto es que en la actualidad en España existe una sola Entidad de Acreditación de carácter multisectorial: la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). Pese a su denominación, ENAC no es un organismo público, sino una asociación privada sin ánimo de lucro, tal como exige el artículo 14 del RICSÍ. La designación de ENAC como Entidad de Acreditación se realiza en el RICSÍ²¹; es decir, quien la hace es el Ministerio de Industria. La razón de esta designación cabe buscarla en el deseo del MINER de asegurar la existencia en España de una Entidad de Acreditación y de aprovechar la estructura que ofrecía la ya existente Red Española de Laboratorios de Ensayo (RELE). RELE era una estructura creada el año 1986 y que había sido directamente auspiciada desde el MINER.

Como se ha dicho, las Entidades de Acreditación deben ser entidades privadas. La rotundidad con que se expresa el RICSÍ sólo permite concebir la acreditación

seguridad industrial...”, cit. pág. 55.

¹¹⁹ Arts. 14 a 19 RICSÍ.

¹²⁰ Art. 15.1 RICSÍ.

¹²¹ Disposición adicional tercera RICSÍ. Este precepto, entre otros, ha sido objeto de un conflicto de competencias planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y aún no resuelto por el Tribunal Constitucional, véase nota 10.

como una actividad materialmente privada. No cabe, pues, la posibilidad de que la Administración realice mediante formas de personalización jurídico-privada la función de acreditación¹²².

La única participación de la Administración en el tema de la acreditación queda limitada a la designación de la correspondiente Entidad, a supervisar el modo en que ejerce sus funciones¹²³, y a la representación en sus órganos de gobierno¹²⁴. Esto último debe estar previsto en los Estatutos de la Entidad de Acreditación.

2.1 Condiciones y requisitos de organización y funcionamiento

El conjunto de condiciones y requisitos de organización y funcionamiento de las Entidades de Acreditación se dirigen a garantizar su actuación con imparcialidad, independencia e integridad. Con este fin debe asegurarse la solvencia técnica y financiera de la Entidad de Acreditación. De entre el conjunto de condiciones destacan cuatro: 1) La Entidad de Acreditación debe organizarse de acuerdo con los criterios y normas sobre acreditación que emanen de la Unión Europea con el fin de conseguir su equiparación con otros organismos similares de los Estados miembros¹²⁵; 2) Tener carácter multisectorial e integrarse en las organizaciones europeas de acreditación que tengan como objetivo la consecución del reconocimiento mutuo de las acreditaciones concedidas por sus miembros y de las actividades de las entidades y organismos acreditados y participar en el

¹²² No es esa la opinión de la Generalidad de Cataluña quien mediante el Decreto 170/1999 ha previsto que un órgano administrativo realice las funciones de acreditación en lo que se refiere a las llamadas Entidades ambientales de control y a los verificadores medioambientales.

¹²³ Art. 15.6 y art. 19 RICSI.

¹²⁴ Art. 16, d) RICSI.

¹²⁵ Art. 16, b) RICSI.

desarrollo de criterios y normas europeas sobre acreditación¹²⁶; 3) Disponer de procedimientos específicos para el tratamiento de las reclamaciones que puedan recibirse de clientes u otras partes afectadas por sus actividades y mantener un archivo con todas las reclamaciones recibidas y actuaciones adoptadas respecto a las mismas¹²⁷. Cabe destacar que en caso de desacuerdo con la decisión de la Entidad de Acreditación no está prevista la existencia de recurso ante la Administración pública competente. Ello significa que en ningún momento la acreditación tiene la consideración de acto administrativo; 4) La Entidad de Acreditación debe suscribir pólizas de seguro que garanticen la cobertura de su responsabilidad por una cuantía mínima de doscientos millones de doscientos millones de pesetas ($\cong 1.202.024$ Euros), sin que la misma limite dicha responsabilidad¹²⁸.

2.2 Obligaciones

En el ejercicio de su actividad la Entidad de Acreditación debe cumplir un conjunto de obligaciones. Las más sobresalientes son las siguientes: 1) Cumplir con lo establecido en el Reglamento y en las normas que le sean de aplicación de la serie UNE 66.500 (EN 45 000)¹²⁹; 2) Adecuar anualmente sus medios, organización y plan de actuaciones en la forma más conveniente a sus cometidos, de conformidad con la Administración pública que le designó. Esa conformidad se establece formalmente suscribiendo un convenio anual de colaboración¹³⁰; 3) Tramitar y resolver las demandas de acreditación que se soliciten; 4) Establecer planes de vigilancia y seguimiento de los agentes

¹²⁶ Art. 16, j) RICSÍ.

¹²⁷ Art. 16, k) RICSÍ

¹²⁸ Art. 16, m). Esa cuantía será actualizada anualmente en función del índice de precios al consumo.

¹²⁹ Art. 17, b) RICSÍ

¹³⁰ Art. 17, d) RICSÍ

acreditados, a fin de comprobar que siguen cumpliendo con los requisitos que sirvieron de base para su acreditación¹³¹.

2.3 La designación de las entidades de acreditación

El artículo 15.1 del RICSI establece que la Administración pública competente en materia de calidad y seguridad industrial—esto es la autonómica— podrá “*designar las entidades que habrán de desarrollar tareas de acreditación.*” Esa designación queda, no obstante, condicionada a un “*previo informe positivo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial por una mayoría de tres quintos de sus miembros en cuanto —la designación— afecte al ámbito de la seguridad industrial*”¹³².

La existencia de un órgano de coordinación con participación de todas las Administraciones implicadas resulta muy conveniente para garantizar la necesaria homogeneidad de las entidades de acreditación españolas. Así, el hecho de que se trate de un órgano administrativo adscrito al MINER no debe suponer, en principio, un menoscabo en la esfera competencial de las CC.AA pues en el mismo se garantiza su presencia. No obstante, su composición sí nos parece desigual pues se asigna idéntico número de representantes al Estado que al conjunto de las CC.AA (art. 18.2 LI)¹³³. Esto último tiene especial relevancia en el momento de designar los representantes en la entidad de acreditación¹³⁴.

¹³¹ Art. 17, h) RICSI

¹³² El Reglamento del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial (RD 251/1997, de 21 de febrero) establece entre sus funciones la de “informar los estatutos de las entidades de acreditación, así como el cumplimiento de las condiciones y requisitos de las mismas” —art. 2, letra a)—.

¹³³ Parece interesante aquí señalar la enmienda (núm. 26) que a este artículo proponía el Grupo Popular durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Industria. En la misma se ofrecía como texto alternativo el siguiente: “(...) *estará integrado —el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial— por un representante de cada Comunidad Autónoma y cinco representantes de la Administración del Estado*”. La justificación ofrecida nos parece muy razonable: “*Es necesario dar pluralismo y libertad para la toma de decisiones a un organismo que no es ejecutivo, sino puramente de impulso y coordinación, y que, por tanto, no debe estar mayoritariamente controlado por el órgano o administración a impulsar y coordinar*” (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A, núm. 81-6, pág. 56).

¹³⁴ En el caso de ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) sus Estatutos conceden la

Una vez designada por la Administración competente, la entidad de acreditación debe inscribirse en el Registro de Establecimientos Industriales¹³⁵. Este es, básicamente, el esquema que permite considerar que Estado ha realizado un tratamiento normativo adecuado con el reparto competencial y la jurisprudencia constitucional en la materia. De este modo, observamos como *de lege data* nos aparece como perfectamente posible que una Comunidad Autónoma designe tantas entidades de acreditación como tareas se contemplan en el RICSI. Es decir, nada impide que pueda existir, por ejemplo, una entidad por Comunidad Autónoma que acredite únicamente Organismos de control y otra que, de manera exclusiva, lo haga respecto a los verificadores medioambientales o los laboratorios de ensayo. Nada lo impide pero, sin embargo, la posibilidad de designar un número ilimitado de entidades de acreditación no se corresponde con la realidad y nos atrevemos a decir que dicha posibilidad está descartada de antemano por el Estado. Sino de otro modo no puede entenderse esa declaración que se realiza en el preámbulo del RICSI donde tras trazar la necesaria reordenación de las estructuras españolas a las previsiones comunitarias y afirmar que la misma se hará *“en colaboración con las Comunidades Autónomas”*, acto seguido, se concluye con la recomendación– europea– de integrar la acreditación *“en un solo sistema o entidad por país.”*

La recomendación tiene un indudable componente de racionalidad. No es aconsejable la existencia de una infinidad de entidades de acreditación en un Estado. Y ello, por supuesto, aunque en ese Estado existan una pluralidad de Administraciones resultantes y conformadoras de un proceso de descentralización política constitucionalmente previsto. Las CC.AA son, efectivamente, competentes, para designar, cada una de ellas, entidades de acreditación en los términos previstos en el RICSI. Pero esto no sería excesivamente coherente teniendo en

condición de socios natos a los representantes de las Administraciones públicas que designe el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial (art. 12).

¹³⁵ Véase nota núm. 17.

cuenta el coste económico y humano que tal actividad requiere. Es más, ni siquiera es seguro que tal posibilidad contara con un resultado exitoso. No debemos dejar de destacar que se trata de una actividad cuyo resultado—la acreditación obtenida—puede tener efectos en toda la Europa comunitaria ya que nada impide que una entidad acreditada en Francia, por ejemplo como verificador medioambiental, pueda actuar en España, aunque existirá siempre una supervisión sobre la entidad no nacional acreditada. En suma, es la pura lógica del mercado la que hace pensar en un proceso de concentración nacional de la acreditación y en el establecimiento de sistemas de reconocimiento y colaboración entre las diferentes entidades europeas.

Por consiguiente, está justificada la existencia de una sola entidad de acreditación por Estado, pero ello no comporta necesariamente que deba ser el Estado quien de *motu proprio* se atribuya la facultad de designar la(s) entidad(es) de acreditación. Al contrario, esa designación corresponde a las Comunidades Autónomas, quienes aquí podrían establecer entre ellas un sistema de cooperación junto a los sectores económicos implicados que para nada debiera suponer una exclusión de la Administración del Estado, pero sí un desplazamiento de la función directiva que parece haberse arrogado.

2.5 El modelo de acreditación previsto en la legislación catalana: el Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional regulador de las entidades ambientales de control

Destacable, en el sentido de lo anteriormente expuesto, resulta el régimen de las entidades ambientales de control (EAC) reguladas recientemente en el Decreto catalán 170/1999, de 29 de junio¹³⁶. Se trata de las entidades que han de llevar a cabo las funciones de control previstas en la Ley 3/1998, de intervención integral de la Administración ambiental. Su actividad se enmarca, pues, plenamente en lo que constituye el objeto de los Organismos de control regulados en la legislación estatal.

¹³⁶ DOGC núm. 2921, de 1 de julio de 1999, pág. 8924 y ss.

Como ya sabemos, el RICSÍ establece que lo que en él se dispone respecto a los Organismos de control y al sistema de acreditación tiene carácter de legislación básica. En este sentido conviene subrayar que el objeto de la Ley 3/1998 guarda relación con el de la Ley de Industria y, por tanto, el régimen de control en aquélla previsto debe tomar en cuenta el marco que la legislación estatal dispone¹³⁷.

El citado reglamento catalán establece que las EAC son entidades colaboradoras, de carácter público o privado, que deben obtener la oportuna acreditación para el ejercicio de las funciones de control determinadas en la Ley 3/1998 (art. 3,a)). Podemos decir que, en sustancia, la regulación catalana prevé idénticos requisitos para las EAC que los dispuestos en el RICSÍ para los Organismos de control. Igualmente, del contenido del Decreto 170/1999 se desprende que la acreditación deberá hacerse siguiendo las normas EN de la serie 45 000 cuyo cumplimiento será asimismo requisito para las EAC (art. 20.2)¹³⁸. No obstante, existen dos notas singulares. La primera es que el Decreto 170/1999 hace reconocimiento expreso del ejercicio de funciones públicas por parte de las EAC acreditadas (art. 3,d)). La otra nota va referida al sistema de acreditación previsto. En este caso sí existe una clara discrepancia con el régimen previsto en la legislación estatal. Concretamente, la legislación catalana dispone que el sistema de acreditación de las EAC corresponde a la "unidad de acreditación" adscrita a la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Medio Ambiente (art. 8.1 y 2)¹³⁹. Por el

¹³⁷ Efectivamente, en el ejercicio de sus competencias en materia de medio ambiente, la Generalidad debe tener en cuenta toda la legislación que tenga incidencia –indudablemente, en este caso industria-. Tal como el TC ha declarado, "(...) cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia" (STC 64/1982).

¹³⁸ Este precepto señala que: "Las entidades ambientales de control tendrán una estructura organizativa y de funcionamiento que garantice su competencia para llevar a cabo las funciones objeto de su actividad según los criterios y estándares de calidad establecidos en las normas europeas EN 45000 correspondientes".

¹³⁹ En idéntico sentido lo manifiesta también el Decreto 136/1999, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998. Esta disposición establece en su artículo 23.2 que: "En el ámbito de las competencias atribuidas por este Reglamento a la Administración de la Generalidad corresponde a la Dirección General de Calidad Ambiental el

contrario, el modelo de acreditación previsto en el RICSI tiene como premisa el carácter privado de este tipo de entidades (art. 14). Además, como ya sabemos, la designación por la Administración competente de las entidades de acreditación requiere un informe previo y positivo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial por una mayoría de tres quintos. Tales requisitos concurren en el caso que la acreditación afecte al ámbito de la seguridad industrial, es decir aquél regulado por los Reglamentos de Seguridad Industrial previstos en el artículo 12 LI y que son dictados por el Estado, sin perjuicio de que las CC.AA puedan introducir requisitos adicionales (art. 12.5 LI). Este es precisamente el ámbito de actuación de los Organismos de control y es coincidente con el que tienen asignado las EAC previstas en la legislación catalana.

En nuestra opinión el modelo de acreditación diseñado desde la Generalidad de Cataluña es perfectamente cabal. El Estado puede, al igual que en el caso de los Organismos de control, establecer los requisitos que debe cumplir la entidad u organismo acreditador, incluso fijar el procedimiento acreditador para que el mismo resulte uniforme en todo el territorio nacional. Sin embargo, no es asumible que impida a una Administración autonómica, en el uso de su competencia ejecutiva y al amparo de su propia potestad organizadora, el desarrollo directo de la acreditación sobre entidades que van a desarrollar el ejercicio de funciones públicas.

ejercicio de las funciones generales que se le atribuyen en este Reglamento, y las específicas siguientes: a) Gestión del sistema de acreditación de las entidades ambientales de control”.

CAPÍTULO IX

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NORMALIZACIÓN

1. Antecedentes. La normalización como función administrativa

Los inicios de la normalización en España van ligados al sector de la electricidad¹⁴⁰. Por Real Decreto de 22 de noviembre de 1912 se creó en el seno del entonces Ministerio de Fomento la Comisión Permanente Española de Electricidad. El artículo 4 de este RD encomendaba a dicho órgano la representación española en el seno de la Comisión Electrotécnica Internacional.

Habría que esperar al año 1935 cuando se creará a iniciativa de la Federación de Industrias Nacionales el primer organismo multisectorial de normalización, la Asociación Española de Normalización. Sin embargo, este primer intento resultó fallido debido al estallido de la Guerra Civil (1936-1939). Sólo una década más tarde y en un escenario claramente autárquico se establece, en 1946, el "Instituto de Racionalización del Trabajo" (IRATRA). El IRATRA se convierte en 1971 en el IRANOR ("Instituto Español de Racionalización y Normalización), organismo adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas y, a su vez, dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia. Hasta 1985, el IRANOR fue el único organismo multisectorial de normalización; el mismo se encargaba de la publicación de las normas UNE y de la representación de España en los foros internacionales. Por consiguiente, hasta bien entrada la década de los ochenta la normalización española se desarrolla como una función administrativa y con la única aportación de fondos públicos.

¹⁴⁰ Véase, G. ARIZA DOLLA, *Barreras técnicas al comercio*, Madrid, 1989, pág. 95 y ss.; V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, Valencia, 1999, pág. 240 y ss.

2. El Real Decreto 1614/1985: la privatización de la normalización

La prevista incorporación del Estado español a las Comunidades Europeas aceleró la introducción de importantes cambios en el panorama normalizador. Así, con la aprobación del RD 1614/1985, por el que se ordenaban las actividades de normalización y certificación, se inicia el progresivo desgaje de la función normalizadora desde estructuras administrativas hacia niveles privados. Ahora bien, esa cesión de la función normalizadora hacia la actividad privada no significó un abandono absoluto de la materia por los poderes públicos. En primer lugar, las funciones en materia de normalización pasaron, de manera más coherente, al MINER a quien según el RD 1614/1985 correspondía designar los organismos privados de normalización. Así, y en segundo lugar, el establecimiento de los organismos privados de normalización quedaba supeditado a un reconocimiento oficial que debía garantizar el cumplimiento de los requisitos fijados reglamentariamente. Efectivamente, esa "privatización" es llevada a cabo mediante normas reglamentarias, lo cual ofrecía una dudosa cobertura de legalidad al tema de la normalización¹⁴¹. Era necesario que el legislador estableciera un marco general donde se encontrasen los rasgos característicos del sistema de normalización. Esto, como veremos, sólo será cumplido, de manera parcial, con la promulgación, en 1992, de la Ley de Industria.

¹⁴¹ Véase, E. MALARET, "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales", *RAP*, núm. 116, 1988, págs. 334-335.

3. La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y el régimen jurídico de la normalización

3.1 La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).

3.1.1 Antecedentes y fines

En ese descrito marco normativo, el MINER designó por Orden de 26 de febrero de 1986¹⁴², a la “Asociación Española de Normalización y Certificación” (AENOR) como entidad reconocida para desarrollar tareas de normalización y certificación. Desde entonces AENOR ha venido realizando, en la práctica de forma exclusiva, las actividades relacionadas con la elaboración de normas técnicas.

AENOR es una asociación privada, sin ánimo de lucro, constituida conforme a lo dispuesto en la Ley de Asociaciones 191/1964, de 24 de diciembre. Sus Estatutos no prevén la existencia de un control público. Sin embargo, existen tres elementos que permiten constatar una influencia de la Administración en el funcionamiento interno de la asociación. En primer lugar, la misma creación de AENOR se debe a una voluntad del MINER cuyo impulso fue decisivo para la creación del organismo español de normalización¹⁴³. El segundo argumento atiende a la presencia de representantes de las Administraciones públicas en los órganos de gobierno de AENOR¹⁴⁴. Esta representación está fijada actualmente en el RICS¹⁴⁵ y es uno de los elementos que relativiza el estricto carácter privado de AENOR, hasta el extremo, según IZQUIERDO CARRASCO¹⁴⁶, de poder calificar a

¹⁴² BOE, 27.2.1986.

¹⁴³ Ese apoyo se mantiene a tenor de lo que dispone la Disposición Adicional Cuarta del RICS.

¹⁴⁴ Art. 12 de los Estatutos de AENOR (aprobados por su Asamblea General de 10 de abril de 1996).

¹⁴⁵ Art. 10, d) RICS.

¹⁴⁶ Este autor sigue a J. P. Negrin (L'intervention des personnes morales de droit privé dans

esta asociación como “entidad privada ficticia”. Finalmente, y de manera ya más rotunda, existe un reconocimiento oficial del cumplimiento por parte de AENOR de las condiciones y requisitos de organización y funcionamiento que, con carácter general, se exigen a los organismos de normalización. De igual forma se dispone un control administrativo sobre su actuación¹⁴⁷ que garantiza el cumplimiento de las obligaciones reglamentariamente exigidas¹⁴⁸.

Por su parte, los Estatutos¹⁴⁹ de AENOR prevén como fines más destacados de la asociación los siguientes:

- a) Desarrollar la normalización española, coordinándola con la llevada a cabo en ámbitos europeos e internacionales.
- b) Fomentar y desarrollar las diversas modalidades de certificación de productos, servicios, personas, sistemas, disponiendo de sus propios métodos y marcas de conformidad con normas.
- c) Colaborar con las Administraciones Públicas para alcanzar la mayor implantación y utilización de las actividades de normalización y certificación.
- d) Promover la participación española en las organizaciones internacionales y regionales de normalización y certificación, desempeñando en las mismas la representación.

l'action administrative. París, LGDJ, 1971) para quien son entidades privadas ficticias las que son creadas por la Administración y cuyos órganos están compuestos por agentes de ésta. Así, mientras los entes privados auténticos preexisten a su asunción de tareas administrativas, los ficticios, en cambio, son creados por la Administración precisamente para su asunción. En opinión de IZQUIERDO CARRASCO, “el papel jugado por la Administración en la creación de AENOR... y la participación que mantiene en sus órganos de gobierno” permiten considerar que esta entidad pueda ser calificada como entidad privada ficticia. *Vid.* M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 380.

¹⁴⁷ Art. 13.1 RICSÍ.

¹⁴⁸ El listado de obligaciones que, con carácter general, se establece para los Organismos de normalización aparece en el artículo 11 del RICSÍ.

¹⁴⁹ Art. 5 de los Estatutos de AENOR.

3.1.2 AENOR y la actividad de certificación

Como puede verse AENOR desarrolla también funciones de certificación. Es decir, realiza también, junto a otras entidades, la actividad que permite establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio con los requisitos definidos en normas técnicas¹⁵⁰. Este es, seguramente, uno de los aspectos más relevantes que diferencia AENOR de sus homólogos europeos¹⁵¹. Y que ha sido objeto de controversia en nuestro país. Así, se ha planteado que el ejercicio de funciones de certificación por parte de dicha entidad podría dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia. Efectivamente, la posición de AENOR como organismo de normalización y, además, entidad de certificación puede llevar a una eventual colisión de intereses. Esto es así especialmente en aquellos casos en que la certificación de AENOR opera en una situación de exclusividad. Es el caso de gran número de materiales de construcción respecto a los cuales el MINER estableció que el certificado o marca de conformidad a normas emitido por AENOR tienen la misma validez que la homologación de los productos. De este modo resulta que AENOR certifica los productos sobre los que ella misma ha elaborado las oportunas normas técnicas que, en muchos casos, son objeto de remisión desde la reglamentación administrativa. Esta situación, objeto de atención por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁵², ha sido tratada por ALVAREZ GARCIA quien ha destacado la necesidad de *“asegurar desde el Derecho imperativo la neutralidad e imparcialidad económica de este tipo de*

¹⁵⁰ Art. 8.6 LI.

¹⁵¹ Por ejemplo, en el caso francés las tareas de normalización corresponden a AFNOR (Association Française de Normalisation) y las de certificación a la AFAQ (Association Française d'Assurance Qualité), entidad creada el 30 de junio de 1988. Véase G. IACONO, "La certification d'assurance qualité: de nouvelles questions pour le Droit", *Éd. Techniques, Dr. administratif*, mayo 1994, pág. 1 y ss. Destacamos el caso de Francia por la indudable influencia que su sistema de normalización-certificación tuvo sobre el modelo español diseñado en los años 80.

¹⁵² Resoluciones de 24 de febrero de 199 y de 25 de noviembre de 1997. En la primera resolución se desprende la competencia del TDC para suspender las normas técnicas voluntarias contrarias a las reglas de la libre competencia; en la segunda se observa el reconocimiento de una potestad de control por parte del TDC de los efectos restrictivos de la competencia derivados de la actividad de los organismos de normalización.

entes”, ya que, añade, “la posición en que los coloca el Derecho positivo exige que este propio Derecho asegure su correcto comportamiento, sobre todo si existe una situación de oligopolio en el “mercado” de la certificación¹⁵³.

Más concretamente, en lo que atañe al tema de la certificación voluntaria sobre productos –la no exigida desde normas jurídico-públicas- cabe destacar a título ilustrativo la muy reciente Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de 4 de septiembre de 2000 (expte. sancionador 469/99, AENOR)¹⁵⁴. En esta Resolución el TDC trata un supuesto de “certificación en cascada” que venía siendo practicada por AENOR. Para una mejor comprensión del tema, cabe señalar que el Servicio de Defensa de la Competencia había incoado el correspondiente expediente sancionador en base a tres hechos:

- 1) por la modificación de los Anexos técnicos del Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación CTC-017 a través de la cual se establece un sistema de certificación en cascada de los productos de acero para hormigón
- 2) por la emisión de nuevas normas UNE para productos de hormigón
- 3) y por la publicidad y presentación al mercado de dichas normas.

De los tres supuestos, el TDC sólo aprecia infracción al Derecho de la competencia en el primero que es el que ahora, sucintamente, queremos destacar. Efectivamente, en el año 1994, AENOR modificó los anexos técnicos del reglamento particular de su Comité Técnico de Certificación (CTC-017), de productos de acero para hormigón. A consecuencia de esta modificación se establece un sistema de certificación en cascada consistente en que para proceder a la certificación del producto, las “mallas electrosoldadas de acero para

¹⁵³ V. ALVAREZ GARCIA, “La aplicación de las reglas del Derecho de la competencia en el mundo de la técnica”, *RAP*, núm. 152, 2000, pág. 162.

¹⁵⁴ Los antecedentes de esta resolución son tratados por ALVAREZ GARCIA en el trabajo citado en la nota precedente, págs. 157-163.

hormigón armado”¹⁵⁵, resulta imprescindible que la materia prima, el “alambrón”, tenga también la marca “N” de AENOR¹⁵⁶. Sin embargo, este requisito hasta esa fecha era inexistente, pues se admitía la posibilidad de utilizar “alambrón” con la marca “N”, o de cualquier otro de nivel de calidad y seguridad equivalente aceptada por el citado Comité de Certificación.

La decisión del CTC-017 ha supuesto en la práctica que todo el “alambrón” fabricado en España esté certificado con la marca “N” de AENOR¹⁵⁷ ya que *de facto* la marca “N” de AENOR viene constituyendo un requisito para los productos de acero para hormigón (entre los que se encuentra el referido “alambrón”). Como el mismo TDC reconoce, pese a que la obtención de la marca AENOR es voluntaria, también es cierto que “se produce un seguimiento de dicha marca, entre otras razones porque de la obra pública se produce un 64% de los ingresos del sector de la construcción, exigiéndose por la Administración frecuentemente la certificación de AENOR” (Fundamento de Derecho Segundo).

¹⁵⁵ La certificación por AENOR de los alambres trefilados lisos y corrugados empleados en la fabricación de mallas electrosoldadas de acero es voluntaria pero está reconocida por el MINER como alternativa a la homologación administrativa prevista en el RD 2702/1985. En este sentido lo expresa la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 8 de marzo de 1994 (BOE, 22.3.1994, núm. 69, pág. 9375). Dichos certificados o marcas de conformidad a normas emitidos por AENOR son objeto de publicación oficial. La concesión de las referidas certificaciones y marcas se realiza “en base a los certificados y protocolos de ensayo de cualesquiera de las entidades de inspección reglamentaria, y de los laboratorios debidamente acreditados bajo las directrices que emanen de los artículos 15 y 16 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, para la homologación de los productos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 2702/1985.

¹⁵⁶ Este esquema fue posteriormente trasladado a las correspondientes normas UNE para los productos de acero para hormigón (entre otras, UNE 36092/96, para mallas). Para la conformidad a las normas se admiten dos vías alternativas: 1) el sometimiento de cada suministro del producto a una serie de ensayos técnicos; 2) la certificación del producto, siempre que este se haya sometido a un proceso de certificación única y exclusivamente de la marca “N” de AENOR, y no de otras entidades certificadoras. Es decir, la obtención de la certificación de AENOR sólo es posible obtenerla en el caso que la materia prima tenga también previamente la marca de AENOR.

¹⁵⁷ Existe “alambrón” importado de otros Estados europeos lo que explica que el “mallazo” certificado en España sea entre un 63,8% y un 70%. El mallazo certificado lo es al 100% por AENOR que como hemos observado en la nota precedente es la única entidad certificadora en este sector, aunque, insistimos, tal certificación es voluntaria al poderse recurrir a la homologación.

Existe, pues, a juicio del TDC una posición de dominio por parte de AENOR en ese mercado de la certificación voluntaria ya que esos productos dependen de la certificación para su comercialización, *“dadas las exigencias de calidad impuestas al sector de la construcción, sector en el que el papel de la certificación, como señalización que proporciona una cualificación a los productos certificados sobre los productos no certificados, tiene sin duda un efecto importante”*.

Probada la posición dominante de AENOR en el mercado de la certificación voluntaria de productos de acero para hormigón, el TDC estudia seguidamente, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁵⁸, la existencia de su carácter abusivo. En este sentido, el TDC considera que la modificación, por el Comité Técnico de Certificación de productos de acero para hormigón, de los anexos técnicos del Reglamento de Certificación de la marca voluntaria “N” constituye un abuso de la posición de dominio de AENOR en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esto es así, *“puesto que refuerza su posición de dominio en el mercado de la certificación, establece prestaciones desiguales para prestaciones equivalentes a los fabricantes de productos de acero para hormigón y erige barreras al comercio internacional de estos productos”* (Fundamento de Derecho Tercero). Tras realizar unas certeras consideraciones generales sobre las reglas y criterios de la certificación¹⁵⁹, el TDC concluye que AENOR debe cesar el sistema referido de

¹⁵⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, sentencia Hoffman-La Roche/Comisión, entre otras. Según el TJ, la existencia de una posición dominante no priva a una empresa de proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se vean amenazados, pero no cabe admitirlo cuando su objeto es reforzar dicha posición dominante.

¹⁵⁹ Así el TDC manifiesta que: *“(…) las normas, reglas y criterios de homologación y estandarización, tanto las de obligado cumplimiento como las voluntarias que poco a poco se van convirtiendo en necesarias, en la medida que van siendo incorporadas por los diferentes operadores económicos de cada sector y se convierten en costumbre generalmente aceptadas, influyen notablemente sobre la competencia dinámica en dichos mercados al incidir sobre las acciones y estrategias empresariales de cara al futuro, por lo que son cruciales para entender los procesos de interdependencia. Por ello, las entidades que establecen este tipo de normas, además de tener en cuenta las especificaciones técnicas y de calidad, tienen que tener en cuenta y no vulnerar las leyes que protegen la competencia en los diferentes mercados”* (cursiva)

certificación en cascada previsto en los Anexos del Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación 017.

Aunque en el caso descrito no se trata directamente la relación entre normalización y certificación, sí podemos extraer que existe una íntima relación entre normalización y certificación. Esa conexión supone que en las remisiones desde normas jurídicas a normas técnicas el “legislador” administrativo deba estar atento cuando en aquéllas se contengan aspectos relativos a la certificación¹⁶⁰.

Hay que realizar una advertencia final relativa a la configuración jurídica de AENOR como una asociación privada sin ánimo de lucro, la misma no es óbice para que pueda realizar conductas atentatorias contra el Derecho de la competencia. Como bien advierte BAÑO LEON, *“(I)ndependientemente de la forma jurídica, cualquier sujeto de la actividad económica (art. 14 de la LDC) es susceptible de caer bajo el ámbito del artículo 1.1 de la Ley TDC. Conforme en este punto con la práctica del TJCE, se pueden sentar dos grandes principios: 1º La irrelevancia de la forma jurídica o del carácter público o privado del sujeto. Determinante es si interviene o no en el mercado y no el título con que lo hace. 2º Los acuerdos deben producirse entre sujetos que tengan una autonomía decisoria real”*¹⁶¹.

nuestra).

¹⁶⁰

¹⁶¹ Vid. J. M^a BAÑO LEON, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 60.

3.2 Organización y funcionamiento de los Organismos de normalización: el régimen jurídico de los organismos de normalización

Las previsiones mínimas que la Ley de Industria establece respecto a la normalización son desarrolladas por el RICSI. Esta norma reglamentaria deroga el anterior RD 1614/1985 y fija un nuevo y más amplio régimen jurídico para la normalización.

De la nueva regulación cabe destacar tres notas principales:

- 1) La competencia para el reconocimiento de una determinada entidad como organismo de normalización ya no se atribuye específicamente al Ministerio de Industria, sino genéricamente a la Administración Pública competente en materia de calidad y de seguridad industrial¹⁶², es decir a las Comunidades Autónomas. Ese reconocimiento por parte de la “Administración pública competente” exige además el previo informe positivo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial¹⁶³. Una vez reconocido, el Organismo de normalización deberá inscribirse en el Registro de Establecimientos Industriales¹⁶⁴. Más adelante examinaremos con más atención los aspectos competenciales ligados al reconocimiento de los organismos de normalización.
- 2) Sin embargo, el reconocimiento de una pluralidad de Administraciones potencialmente competentes para designar organismos de normalización no ha significado por el momento ni la desaparición de AENOR, ni la aparición de otras entidades. Efectivamente, la Disposición Adicional primera del RICSI ha seguido reconociendo a AENOR como organismo de normalización, con la única obligación de adaptar sus Estatutos a los

¹⁶² Art. 9.1 RICSI.

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ Art. 9.5 RICSI.

requisitos previstos en el RICSI. Así, en la práctica puede decirse que en España existe un auténtico monopolio de la normalización.

- 3) Pese al interés público que tiene la normalización, la creación de normas técnicas corresponde exclusivamente a entidades privadas. Que la normalización es una actividad privada es algo que resulta expresado en la reciente STS, de cinco de abril de 1999 (Ar. 3487). La misma anula diferentes apartados del artículo 3 del RD 339/1997 en los que se atribuía a un organismo autónomo de carácter administrativo (la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia) “*el establecimiento de las normas técnicas en materia de equipamientos de centros educativos*” y “*la elaboración de orientaciones y normas técnicas sobre edificaciones para centros educativos (...)*”. Esta disposición fue impugnada por AENOR argumentando la atribución a dicha Gerencia de funciones que correspondían sólo a organismos de normalización, condición de la que aquélla carecería y en donde además no estarían representados aquellos intereses industriales y sociales que pudieran verse afectados por sus actividades. La Sala, tras detallar la legislación vigente en la materia, establece que sólo ejercen las competencias de normalización aquellas *entidades privadas sin ánimo de lucro* que se ajustan a lo previsto en el artículo 8 y siguientes del RD 2200/1995. Conviene, en este sentido, añadir que la ya referida STS, de 5 de abril de 1999, adquiere interés tanto por lo que dice como por lo que en ella se omite. Frente a otros pronunciamientos del TS en que se define el régimen jurídico de la entidad privada correspondiente en su relación con la Administración –caso de la inspección técnica de vehículos-, en esta ocasión el TS sólo toma como relevantes dos aspectos: 1º) la emisión de normas sólo corresponde a los Organismos de normalización y que los mismos son entidades privadas, y 2º) las prescripciones técnicas que refiere el artículo 53 LCAA¹⁶⁵ no son normas técnicas aunque se basen

¹⁶⁵ Art. 53 *in fine* Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 19.5.1995); en este sentido, el art. 52.1 del RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba

en las mismas. Por tanto, la Administración puede establecer especificaciones técnicas únicamente bajo el nombre de prescripciones técnicas ya que el uso de la expresión “norma técnica” va referido a la definición que concede el artículo 8.3 LI y consiguientemente *“cuando una norma –jurídica- usa unos términos previamente definidos en el ordenamiento jurídico hay que entender que se refiere a ellos y no a otros distintos”*.

Ahora bien, aunque no se trata de normas técnicas lo cierto es que, como se ha dicho, las prescripciones contenidas en los pliegos de condiciones técnicas de los contratos públicos se definen a partir de aquéllas, tal como exige la normativa comunitaria¹⁶⁶. La definición de las prescripciones técnicas en base a normas técnicas significaría, pues, dotar a éstas de eficacia jurídica.

En lo que respecta al ámbito subjetivo de la normalización, la Sentencia no se extiende más allá de una mera reproducción de los preceptos relativos a la normalización que se encuentran en la LI y en el RICSÍ. Más concretamente del RICSÍ, pues es esta norma reglamentaria la que, como sabemos, establece la naturaleza jurídico-privada de los organismos de normalización¹⁶⁷, carácter no previsto en la LI.

el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que :
“(S)in perjuicio de las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas serán definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes, fijándose reglamentariamente los casos en que puede prescindirse de los mismos. A falta de los anteriores, las prescripciones técnicas podrán definirse por referencia a normas nacionales que transpongan normas internacionales, a normas nacionales o a otras normas”.

¹⁶⁶ Especialmente, art. 10 de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; art. 8 de la Directiva 93/36/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; y art. 14 de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

¹⁶⁷ El artículo 5.2 del Real Decreto 1614/1985, disponía en su letra a) que los Organismos de

Una vez designado por la Administración competente, el Organismo de normalización deberá actuar con imparcialidad, independencia e integridad y llevar a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera, para lo cual deberá cumplir, entre otras, con las siguientes condiciones y requisitos:

- a) Organizarse de acuerdo con lo establecido por la normativa europea para conseguir su equiparación con otros organismos similares de los Estados miembros. Esto supone también que el Organismo de normalización español deberá comunicar a la Comisión Europea, a los Organismos europeos de normalización (CEN-CENELEC) y a los Organismos nacionales de normalización de los demás Estados miembros, con la periodicidad y los requisitos exigidos por la Directiva 98/34/CE¹⁶⁸, los programas de normalización establecidos y los proyectos de normas que pretenda adoptar.
- b) Debe enviar anualmente a la Administración pública que lo reconoció su propuesta de Programa Anual de Normas para su integración en el Plan Anual de Normalización española. El Plan Anual de Normalización lo

normalización debían ser entidades “*sin fin lucrativo, de carácter privado y ámbito nacional*”. Esta disposición es la que marca el traspaso a organismos privados de las tareas de normalización, ejercidas hasta entonces exclusivamente desde la Administración a través del IRANOR (Instituto español de Racionalización y Normalización). Se trataba de un organismo dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, adscrito a su vez como organismo autónomo al Ministerio de Educación y Ciencia. El citado RD 1614/1985, derogado posteriormente por el RICSÍ, supuso la directa adscripción del personal del IRANOR a la Subdirección General de Normalización y Reglamentación del MINER. Este RD fue objeto de recurso contencioso-administrativo por los funcionarios afectados, siendo estimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de junio de 1997 (Ar. 4922). En esta sentencia el Tribunal Supremo destaca como en la elaboración del RD, debida a la única iniciativa del MINER, existieron notables irregularidades procedimentales que llevan a determinar la nulidad del Real Decreto. Sentencia también comentada en la citada obra de V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, págs. 246-247.

¹⁶⁸ Esta Directiva que codifica la Directiva 83/189/CEE y sus posteriores modificaciones, está transpuesta al Ordenamiento jurídico español mediante el reciente RD 1337/1999, de 31 de julio (BOE, de 4.8.1999). Este RD incorpora además la Directiva 98/48/CE que modifica la Directiva 98/34/CE y amplía su campo de aplicación a los reglamentos relativos a la sociedad de la información.

establece el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial a través de su Comité Técnico de Coordinación de la Calidad¹⁶⁹.

- c) Debe remitir a la Administración la relación de proyectos de normas para su sometimiento a información pública en el *BOE*¹⁷⁰. Del mismo modo deben publicarse mensualmente también en el *BOE* la referencia de normas aprobadas y anuladas por el Organismo de normalización¹⁷¹. La edición y venta de las normas corresponde al Organismo de normalización. El precio de las normas se fija en el convenio que el Organismo de normalización suscribe con la Administración¹⁷². Cabe destacar que las normas están protegidas por el derecho de la propiedad intelectual.

3.3 Régimen jurídico de la normalización: ¿necesidad de una mejor regulación legal?

Como se ha dicho anteriormente la privatización de la función de normalización no cuenta con el amparo de una norma con rango de ley. La LI habría solventado sólo parcialmente esa legalidad dudosa de la que hasta su aprobación adolecían las disposiciones reglamentarias de ordenación industrial (principalmente los RD 2584/81 y 1614/85)¹⁷³. Decimos de forma parcial porque esa privatización material de la normalización habría requerido de una mención expresa en la Ley 21/1992. Sólo bajo esta sanción cabría asumir plenamente esa interdicción de los poderes públicos en la elaboración de normas técnicas que refiere la citada STS de cinco de abril de 1999 y que encuentra, como hemos visto, su único amparo en una

¹⁶⁹ Art. 11.d) y Disposición adicional segunda RICSÍ.

¹⁷⁰ Art. 11.e) RICSÍ.

¹⁷¹ Art. 11. f) RICSÍ.

¹⁷² Art. 11. i) RICSÍ.

¹⁷³ En este sentido, *vid.* E. MALARET, "Una aproximación...", cit., págs. 334-335. Para esta autora era ya evidente hace una década que las mencionadas disposiciones ofrecían una cobertura de legalidad dudosa que obligaba al legislador a "*establecer el marco general, los rasgos característicos del sistema de normalización*".

disposición reglamentaria. Ahora bien, esa exigida por nosotros regulación mediante ley hace lógica la pregunta sobre si nos encontramos ante un supuesto en que haya reserva de ley. La respuesta no es fácil; bajo nuestro punto de vista, y de acuerdo con la propia jurisprudencia del TC, no es posible establecer una reserva de ley sobre la normalización en base a la planificación de la actividad económica (art. 131.1 CE)¹⁷⁴. El artículo 52 CE relativo a las organizaciones profesionales tampoco justificaría la necesaria regulación por ley de los organismos de normalización, dado que los miembros de las asociaciones designadas como Organismos de normalización no tienen como objeto la defensa de los intereses económicos de sus miembros¹⁷⁵. Dos serían, en cambio, los motivos que justificarían, en nuestra opinión, una necesaria intervención del legislador para una mayor concreción del régimen jurídico de la normalización contenido en el artículo 19 de la LI. En primer lugar, estaría la incidencia directa que la normalización tiene sobre los ciudadanos en su calidad de consumidores. Por otro lado, el parco

¹⁷⁴ Ello supondría reconocer la competencia exclusiva del Estado en la materia, según lo previsto en el art. 149.1.13ª CE. No obstante, el TC se ha pronunciado también a este respecto al considerar que *"las actividades de normalización y homologación de productos industriales no pueden considerarse incluidas en la materia de planificación general de la actividad económica en materia de industria"* (STC 313/1994, F. J. 6).

¹⁷⁵ No se trata aquí de un caso comparable al de los Colegios profesionales ya que, además, en el caso de los organismos de normalización existe una representación de la Administración en sus órganos de gobierno. En este sentido, el artículo 10, letra c) del RICS establece que el organismo de normalización deberá *"contener en su estructura organizativa órganos de gobierno y representación donde participen de forma equilibrada todos los sectores e intereses de la actividad económica y social en la normalización y una representación de las Administraciones públicas designada por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, con igual número de representantes de la Administración General del Estado y la Administración Autónoma"*. Es interesante detallar lo previsto en los Estatutos de AENOR respecto a sus miembros. Así, el art. 7 establece que: *"Podrán acceder a la condición de miembros de la Asociación (...) todas las entidades y personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que manifiesten un especial interés en el desarrollo de la normalización y certificación. (...) Tendrán el carácter de miembros corporativos las organizaciones empresariales representativas de los sectores económicos e industriales, así como las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal"*. El artículo 12 prevé la incorporación a los órganos de gobierno y con carácter nato de *"la representación de las Administraciones Públicas que establezca la legislación vigente. Estos representantes de las Administraciones Públicas no serán ni electores ni elegibles para dichos órganos o sus cargos"*. Los órganos de gobierno de AENOR son: la Asamblea General, la Junta Directiva, la Comisión Permanente de ésta y su Presidente. El artículo 18 dispone que la Junta Directiva estará constituida por un máximo de 70 vocalías de las que 10 corresponderán a representantes de las Administraciones públicas, siempre *"según determine la legislación vigente en materia de normalización y certificación"*. Los Estatutos de AENOR fueron aprobados en la Asamblea General de 10 de abril de 1996 y han sido editados por esta misma asociación.

tratamiento legal que encuentra la normalización en la LI se debe a su estricta inclusión en el ámbito de la calidad; sin embargo, como hemos ido describiendo, la normalización tiene una notable relevancia en la definición de estándares de seguridad al ser las normas técnicas objeto de remisión desde normas jurídicas (reglamentos de seguridad). Este hecho, junto a la referida privatización material de la normalización que reconoce la comentada Sentencia de cinco de abril de 1999, sería suficiente para establecer, cuando menos, un mandato expreso de desarrollo reglamentario de la normalización, actualmente ausente en el redactado de la L¹⁷⁶. Efectivamente la Ley 21/1992 se limita en suma a establecer dos condiciones o requisitos: 1) que en su constitución se ajusten *“a lo establecido en las normas que emanen de la Comunidad Europea para conseguir su equiparación con otras entidades y organismos similares”* (art. 19.3), y 2) que en los órganos de gobierno *“deberán estar representados de forma equilibrada aquellos intereses industriales y sociales que pudieran verse afectados por sus actividades”* (art. 19.4). Existe, pues, una insuficiencia clara en las previsiones contenidas en la Ley de Industria respecto a la normalización cuando, y no hay que pasarlo por alto, el origen y razón de la designación de AENOR, en el año 1986¹⁷⁷, radicaba en una voluntad de descentralizar lo que hasta entonces venía siendo una función administrativa¹⁷⁸.

3.3.1 Primer criterio: normalización como actividad de servicio público

La noción de servicio público es realmente amplia y mutable, a ella han sido tradicionalmente adscritas actividades de todo tipo. Como se ha expuesto en la

¹⁷⁶ No es ese el caso francés donde la Ley de 24 de mayo de 1941 (J.O. de 28 de mayo) sanciona que mediante Decreto se fijará el estatuto reglamentario de la normalización (art. 1).

¹⁷⁷ Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 26 de febrero de 1986, dictada al amparo del artículo 5 del Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto.

¹⁷⁸ El régimen de los organismos de normalización podría bien asemejarse al de las Federaciones Deportivas, cuya regulación legal en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, deja bien clara cual es su régimen jurídico al asignarles la condición de agentes colaboradores de la Administración Pública (art. 30.2). En este sentido puede verse la STS, de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7731).

Primera Parte, la teoría del servicio público nace de la necesidad que el Estado tiene de dar respuesta a unas necesidades sociales provocadas por el desarrollo técnico. Una de las notas que subrayan el origen de todo servicio público se encuentra en una necesidad esencial o colectiva, en relación a la cual la comunidad reconoce la incapacidad de la iniciativa privada para satisfacerla de modo razonable. En ese contexto, el Estado se servirá del elemento técnico como pretexto para su afirmación frente a la sociedad y asumirá respecto a ambos un papel directivo indiscutible. El servicio público nace entonces como mito legitimador de la acción del Estado¹⁷⁹.

La dirección estatal sobre la actividad, independientemente de su gestión pública o privada, es la clave que permite considerar la existencia o no de un servicio público real o virtual. En esa función directiva la Administración no se limita a estar presente, sino que tiene un poder de decisión que se manifiesta en un conjunto de facultades de ordenación. La Administración se sitúa, pues, en una posición decisiva en relación a la actividad desarrollada.

La originaria adscripción de la normalización española en la estructura administrativa, el posterior auspicio ministerial en la creación del organismo español de normalización y, finalmente, diferentes aspectos del actual marco legal regulador, son todos ellos elementos que permiten considerar una propuesta de configuración como servicio público de la actividad normalizadora. Esta consideración ha sido expuesta y sostenida de forma detenida por MOLES¹⁸⁰ quien opta por incluir la normalización dentro de lo que viene en llamarse

¹⁷⁹ Un Estado, escribe MALARET, "que no se encuentra ya limitado a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, sino que, contrariamente, es un sujeto conformador del orden social y asume una posición activa en la prestación de servicios", E. MALARET, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *RAP*, núm. 145, pág. 50.

¹⁸⁰ R. J. MOLES I PLAZA, *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, págs. 213-219 y 292-306.

servicios públicos virtuales¹⁸¹. Es decir, de manera sintética, aquellos servicios cuya actividad no ha sido objeto de *publicatio*.

La categoría del servicio público virtual se refiere tradicionalmente a servicios prestados exclusivamente por sujetos privados pero que ofrecen un indudable interés público, razón por la cual deberían ser calificados en propiedad como “servicios de interés general”. La actividad de “interés público” ofrece una relevancia que trasciende los términos estrictos del interés privado, por lo que, señala ENTRENA, “*deben ser tenidas en consideración para la consecución indirecta de los fines públicos. Pero de aquí no cabe deducir que las actividades en cuestión sean expresión concreta de servicios públicos*”¹⁸². Por tanto, en síntesis, lo que quiere referirse con la expresión “servicio público virtual” es la existencia de una actividad llevada a cabo por un particular conforme a una reglamentación minuciosa¹⁸³. La normalización presenta, según MOLES, claras muestras de tratarse de una actividad privada reglamentada caracterizada por la existencia de una autorización inicial–reconocimiento es el término usado en el artículo 9 del RICSÍ- y de un control posterior de la actividad, la reserva a la Administración de una potestad consistente en dar instrucciones a los sujetos privados, y el papel de árbitro de la Administración¹⁸⁴. Sin embargo, como advierte MALARET, la intensidad del control o la existencia de una autorización no son elementos suficientes¹⁸⁵. Es necesario también que la Administración haya encomendado al particular una cierta tarea, y que, correlativamente, aquélla se sitúe en una posición que le permita garantizar que la misión será llevada a cabo

¹⁸¹ Sobre esta categoría jurídica, véase un estudio crítico en R. ENTRENA CUESTA, “El servicio de taxis”, *RAP*, núm. 27, 1958, págs. 31-40. Este autor rechaza la categoría italiana del servicio público virtual o impropio al entender que la actividad está sometida a policía administrativa, por este motivo prefiere la calificación como servicio de interés público.

¹⁸² *Ibidem*, pág. 40.

¹⁸³ Véase R. PARADA, *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 462.

¹⁸⁴ Véase A. JIMENEZ-BLANCO, “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, *REDA*, núm. 84, 1994.

¹⁸⁵ E. MALARET, “Servicios públicos, funciones públicas, cit., pág. 170.

de acuerdo a las condiciones preestablecidas. La pregunta consecuente es si tales premisas concurren en el caso de la normalización. En nuestra opinión el control administrativo sobre el organismo de normalización reconocido es estrictamente de carácter procedimental o formal. La presencia de la Administración en los órganos directivos del organismo de normalización tienen un significado más preceptoril que directivo. Como más adelante observaremos (3.4.3) la reglamentación existente no justifica hablar de una intensa sujeción del organismo de normalización respecto a la Administración, sino más bien de una relación fiduciaria en el ejercicio de una tarea que, sin duda, está ligada con mayor o menor intensidad con el canon de funciones soberanas del Estado, es decir, aquéllas que respetando el marco del Estado de Derecho precisan también la legitimación democrática.

En cualquier caso, calificar la actividad de los organismos de normalización reconocidos como de prestación de servicio público significa necesariamente determinar en qué consiste esa actividad de prestación, y la misma sólo puede ser la norma técnica. Pues bien, la norma técnica no es el resultado de una prestación de servicio público, es únicamente un acto privado y ello con independencia del indiscutible interés público que ofrece. Ahora bien, ello no excluye el hecho de que determinadas normas técnicas elaboradas por el organismo de normalización reconocidas puedan alcanzar eficacia jurídica en virtud de una remisión que a aquéllas se haga desde el ordenamiento jurídico. Ahora bien, ese supuesto de actividad de naturaleza normativa no puede en modo alguno ser calificada de servicio público, sino como ejercicio de una auténtica función pública.

3.3.2 Segundo criterio: normalización como delegación de funciones públicas¹⁸⁶

El ejercicio privado de funciones públicas es caracterizado por G. ZANOBINI¹⁸⁷ a partir del carácter público de la función y el carácter privado del sujeto que la ejerce al margen del aparato orgánico de la Administración. El carácter público, según este autor, significa que debe tratarse de una actividad que suponga una potestad propia del Estado asumida como monopolio; la naturaleza privada del sujeto determina que la actividad sea ejercida en nombre propio. El carácter de función pública en sentido estricto significa, en palabras de SANTAMARIA PASTOR, que los actos concretos en que se desarrolla poseen una eficacia jurídica pública o, en otras palabras, el ejercicio de funciones públicas comporta el uso de potestades que, en principio sólo corresponden a los poderes públicos¹⁸⁸.

Considerar la actividad normalizadora como función pública significa reconocer que la potestad es ejercida por una entidad privada —el organismo de normalización es de carácter normativo. El ejercicio privado de una potestad normativa con efectos públicos significaría aceptar la existencia de una eficacia jurídica de las normas elaboradas por los organismos de normalización. La delegación de funciones públicas en sujetos privados no es un fenómeno extraño y significa, como bien expone CARRILLO DONAIRE, la imputabilidad de la actividad al sujeto privado. Es, por ejemplo, el caso de la potestad certificante delegada en los notarios. En cambio, no es posible aceptar una delegación de potestades legislativas en sujetos privados, máxime cuando la pretendida norma delegante,

¹⁸⁶ Un tratamiento riguroso y actual sobre la delimitación del concepto de función pública es realizado por J. A. CARRILLO DONAIRE en el capítulo VI de su citada obra *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*.

¹⁸⁷ Se trata de su trabajo "L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici", publicado en *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo* de Orlando, vol. II, Milán, 1920 (se ha consultado la edición del año 1946, pág. 301 y ss.). La expresión es referida ya por S. ROMANO en *Principii di Diritto Amministrativo*, Milán, 1901, pág. 189.

¹⁸⁸ En este sentido, véase F. SAINZ MORENO, "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, núm. 100-102, 1983, pág. 1781.

el reglamento, es a su vez legislación delegada. El principio *delegata potestas non potest delegari* rige aquí en toda su plenitud.

3.3.3 Tercer criterio: el carácter comisarial de la normalización. Vuelta a una redefinición de la relación entre Estado y sujetos privados

La cuestión que suscita la creación de normas técnicas por sujetos privados no es otra que la relevancia que desde el ordenamiento jurídico se les atribuye bien mediante una remisión directa o indirecta a través de fórmulas de estilo tales como "el estado de la técnica" o "reglas técnicas generalmente reconocidas". La aparente indeterminación del legislador no es tal cuando se observa que tales expresiones no son conceptos jurídicos indeterminados, sino conceptos absolutamente dirimentes a partir de su concreción en normas técnicas. En este sentido, la norma técnica adquiere, por voluntad legislativa, un estatuto de norma especial (*lex specialis*) en relación a la norma general (*lex generalis*) sea ésta ley o reglamento. Así, el problema de la normalización no es, bajo nuestro punto de vista, el régimen jurídico de la actividad, sino el del título habilitante que permite que una norma emanada por un sujeto privado pueda alcanzar la misma eficacia que una norma jurídica. Mientras tales normas técnicas fueron elaboradas en el seno de la Administración no se planteaban más problemas que aquellos derivados de la propia configuración reglamentaria de la norma técnica¹⁸⁹. Situación diferente es la que se produce cuando la normalización se expulsa de la organización administrativa para hacer de una asociación privada su actora principal. La relación entre el organismo de normalización y la Administración no se sustenta ni en una concesión de servicio público, ni en una delegación de potestades públicas al uso en el ordenamiento español. En este último caso se añade, además, la inexistencia en nuestro derecho positivo de un instituto que dé cuenta de la transferencia de funciones y poderes exclusivamente localizables en su origen en la esfera

¹⁸⁹ Al respecto véase F. SOSA WAGNER, "La legalidad de la fijación de normas técnicas de calidad y otras cuestiones (análisis de la Sentencia de 27 de junio de 1977)", *RAP* núm. 84, 1977.

pública¹⁹⁰. La propuesta que se ofrece es la de considerar que los organismos de normalización son sujetos privados que ejercen un mandato de los poderes públicos para realizar con plena autonomía una actividad que puede alcanzar manifestaciones de ejercicio de soberanía, por lo cual entonces el sujeto emerge no como sujeto privado, sino como encargado de una gestión *comisarial* y consiguientemente entonces la actividad normalizadora no es una actividad de mero interés general sino expresión de una auténtica potestad pública. Lo dicho no encuentra ciertamente cobijo en el seno de nuestra legislación administrativa pero creemos que encaja perfectamente en el modelo de relación existente en la normalización y es extensible a otras expresiones autorregulativas que están surgiendo y a las que el Estado no puede ser ajeno.

El tratamiento de la gestión comisarial de cometidos públicos es analizada por SCHMITT¹⁹¹ a partir de Bodino¹⁹². Este último autor formulará un concepto jurídico político general, según el cual –dirá SCHMITT- él opone el funcionario ordinario (*officier*) al comisario (*commissaire*). El primero es considerado como una persona pública a la que se ha confiado una esfera de acción limitada por ley; el segundo, el comisario, es también una persona pública pero tiene un cometido extraordinario, limitado tan sólo por la comisión. Esta distinción permite, según SCHMITT, distinguir “*en general dos especies de ejercicio del poder estatal, que por el distinto carácter jurídico político del edicto en razón del cual actúa la persona encargada con la misión estatal, pueden denominarse actividad oficial ordinaria o actividad comisarial*”¹⁹³. El jurista alemán realiza un esquema según las explicaciones de Bodino, de entre ellas, el primero extrae unas características especialmente significativas del *comisario*: “3. *no tiene derecho al cargo, el comisario tiene su*

¹⁹⁰ Ausencia destacada ya por T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ en su libro *Derecho administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, págs. 126-131 y 180 y ss.

¹⁹¹ C. SCHMITT, *La Dictadura*, op. cit., pág. 64 y ss.

¹⁹² En los *Six Livres de la République* (*Los Seis libros de la República*, Tecnos, 2ª ed., 1992).

¹⁹³ C. SCHMITT, *La Dictadura*, op. cit., pág. 65.

*función tan solo como un precarium y depende permanentemente de su comitente; revocabilidad en cualquier momento; por tanto, 4. el contenido de la actividad del comisario está fuertemente ligado a sus instrucciones, su discreción (discretion) está estrechamente limitada, depende siempre y en todas las particularidades inmediatamente de la voluntad del comitente, si bien este puede dejarle mayor margen de acción*¹⁹⁴. En consecuencia, advierte SCHMITT, el funcionario ordinario está sujeto a la ley, su decisión “no es más que la concreción de una decisión general adoptada previamente por la ley”¹⁹⁵; en cambio, el comisario verifica en cada caso singular como pone en acción su decisión. El fundamento de la acción del funcionario es la ley, el del comisario es el poder de representación. El comisario es, pues, un mandatario sujeto a las instrucciones del mandante. En nuestra opinión, cabría la posibilidad de considerar que el organismo de normalización pudiese estar actuando como mandatario de la Administración.

4. Referencia al régimen jurídico de los organismos de normalización en los Estados europeos. Consideración especial al modelo francés¹⁹⁶

La estructura organizativa de la normalización en los diferentes Estados europeos difiere en cuanto al número de organismos reconocidos. En la mayoría de países existe una tradicional organización en el sector electrotécnico. Así, en

¹⁹⁴ Entre las características del funcionario (*officier*) SCHMITT destaca “1. Fundamento: ley, *édikt, loi expresse, publié, vérifié, enregistrée*; por tanto, 2, el cargo tiene un carácter permanente, aun cuando el titular cambie con frecuencia (...) y sólo puede ser depuesto por la ley; de ahí que tenga 3. una especie de derecho al cargo; el funcionario tiene su cargo como una cosa prestada por cierto tiempo y que el propietario no puede retraer a discreción; por tanto 4. el contenido de la actividad del funcionario, en cuanto al lugar y el tiempo, está previsto en la ley, por lo que al funcionario le queda un cierto margen de acción para su discreción y su interpretación”. Por su parte, las otras dos características del comisario serían: “1. Fundamento: *ordonnance*; por tanto, 2. la actividad no tiene un carácter un carácter ordinario, sino sólo *selon l’occasion* y termina con la ejecución del negocio”, *ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pág. 68.

¹⁹⁶ En este tema véase *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA –Country reports-*, vol II (Josef Falke y H. Schepel, coord.), Comunidades Europeas, 2000. Se trata del más reciente trabajo que relaciona los diferentes aspectos de la normalización en cada uno de los Estados europeos.

Holanda, Austria, Bélgica, Irlanda, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, se reconocen dos organismos de normalización, el de carácter multisectorial y otro para el ámbito electrotécnico. En otros países esas entidades sectoriales siguen gozando de personalidad jurídica pero forman parte de los organismos nacionales de normalización, es el caso de la *Deutsche Elektronische Kommission* que forma parte del DIN, del *British Electrotechnical Committee* respecto del BSI, y de la *Union technique de l'électricité* en relación a la AFNOR. En el caso de Grecia, Portugal y España sólo existe un organismo de normalización multisectorial y unitario.

El régimen jurídico de los organismos de normalización en los diferentes Estados responde fundamentalmente a tres formas: a) entidades públicas o similares; b) fundaciones; c) asociaciones. La primera modalidad se ofrece en los casos de Grecia, Irlanda y Portugal. En este último país el *Instituto Português da Qualidade* es una entidad pública con autonomía administrativa y personalidad propia bajo el control del Ministerio de Asuntos Económicos. El recurso a la fundación sólo se ofrece en el caso holandés. Por el contrario, el régimen asociativo es seguido por el resto de organismos de normalización, ofreciendo todos ellos una estructura organizativa muy similar.

Mayor complejidad ofrece la regulación jurídica de estos organismos o, en otras palabras, su relación con las administraciones nacionales. Aquí se ofrecen hasta cinco modalidades diferentes que abarcan desde una completa regulación legal hasta una total ausencia de normativa pública.

- 1.- Organismos públicos regulados en el marco de una legislación sobre normalización: Luxemburgo, Portugal, Irlanda y Grecia.
- 2.- Organismos privados regulados en el marco de una legislación sobre normalización: Francia, Bélgica, España, Austria e Islandia.
- 3.- Organismos privados con una relación contractual con el Estado: Alemania y Gran Bretaña.
- 4.- Organismos privados bajo una regulación de mera supervisión: Italia, Suecia y Finlandia.

5.- Organismos privados no sujetos a regulación: Holanda, Dinamarca, Noruega y Suiza.

Aunque el régimen jurídico de la normalización en España, a partir de mediados de los años ochenta, parece haber tomado como modelo el sistema francés, existen, no obstante, algunas diferencias. En el caso de AFNOR (Association Française de Normalisation) nos encontramos ante una asociación de utilidad pública sometida a la tutela del Estado. Bajo ese control ejerce una tarea de interés general que goza de la consideración de servicio público y que permite la atribución a AFNOR de un conjunto de prerrogativas de “puissance publique” a partir del Decreto nº 84-74, de 26 de enero de 1984¹⁹⁷. Este Decreto supone un relajamiento de la intervención administrativa sobre la normalización, delegando la mayor parte de las atribuciones hasta entonces ejercidas por la Administración a AFNOR, entre ellas la posibilidad de homologar normas y dotarlas así de un carácter oficial¹⁹⁸. De este modo, el Estado abandona la elaboración del programa general de normalización y la función de homologación sobre los proyectos de normas que pasa a realizar también AFNOR mediante su

¹⁹⁷ El marco legal de la normalización en Francia viene presidido por la Ley de 24 de mayo de 1941 que en su artículo primero establece el desarrollo reglamentario de esta actividad, realizado por el Decreto de 24 de mayo de 1941. En este Decreto se atribuyen los trabajos y estudios concernientes al campo de la normalización a la “Association Française de Normalisation” (AFNOR), asociación privada constituida en 1926 según la ley de primero de julio de 1901 (art. 8). El Decreto de 5 de marzo de 1943 reconoce a AFNOR como entidad de interés público (“établissement d’utilité publique”). *Vid.* el informe *Le dispositif français de normalisation. Évaluation et perspectives*, La Documentation française, París, 1998, pág. 26. Sobre la evolución histórica de AFNOR, véase A. PENNEAU, *Règles de l’art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989, pág. 38 y ss.

¹⁹⁸ El artículo 12 del Decreto de 24 de mayo de 1941 atribuía la homologación de las normas al Secretario de Estado competente por razón de la materia. La homologación suponía, según este artículo, conferir a las normas la sanción oficial y poder dotarlas de carácter obligatorio. A partir del año 1984, el Decreto nº 84-74 prevé en su artículo 11 que la homologación de las normas es realizada por el Consejo de administración de la Asociación francesa de normalización que puede delegar esta competencia en el director general. El artículo 12, por su parte, prevé que, entre otras, por razones de orden público, seguridad pública, de protección de la salud y la vida de las personas, la aplicación de una norma homologada puede convertirse en obligatoria por decisión ministerial. Sobre el carácter administrativo de estas normas homologadas, *vid.* *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne. Guide sur le droit technique et la normalisation* (F. GAMBELLI, dir.), Eyrolles, París, 1994, págs. 83 y ss.; también A. PENNEAU, *op. cit.*, pág. 190 y ss.

publicación en el catálogo de normas nacionales. Todo ello permite considerar que los organismos de normalización franceses ejercen no sólo una actividad de “interés público”, sino también una misión de servicio público¹⁹⁹. En cambio, en el caso español no parece posible la consideración de AENOR como un agente prestador de servicio público, y no lo es porque la misma actividad de normalización no goza de tal consideración. No obstante, la normalización merece cuando menos ser considerada como una actividad privada de interés público, tal como hemos referido en el caso de la acreditación. En suma, las funciones atribuidas a AENOR no distan mucho de las de su homóloga francesa, salvando la importante facultad de homologación de las normas, y existen semejanzas en cuanto al régimen de control administrativo sobre la tarea de normalización.

5. Aspectos competenciales a tomar en cuenta respecto al establecimiento del régimen jurídico de los organismos de normalización

A tenor de lo dispuesto en la LI todo lo que atañe al ámbito de la calidad se encuentra sujeto a las previsiones normativas autonómicas y sólo subsidiariamente resultarían de aplicación las del Estado²⁰⁰. En otras palabras, en materia de calidad la competencia autonómica es plena. De igual modo, en la jurisprudencia

¹⁹⁹ F. GAMBELLI, *op. cit.*, pág. 81. Más extensamente, véanse las consideraciones de PENNEAU, *op. cit.* pág. 206 y ss., para quien las facultades atribuidas a AFNOR, así como el control administrativo sobre la misma permiten considerar su actividad como servicio público.

²⁰⁰ La citada Disposición Final de la Ley de Industria señala *in fine* que: “Los restantes preceptos de esta Ley serán de aplicación en defecto de legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas con competencia normativa en materia reguladas por la misma”. De este modo los artículos 19 y 20 de la LI encuentran sólo aplicación en caso de ausencia de normativa autonómica en materia de calidad industrial. En sentido idéntico la Disposición final primera del Real Decreto 2200/1995, aunque esta disposición incluye dentro del ámbito de la seguridad a los verificadores medioambientales previstos en el Reglamento CEE 1836/93, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental.

constitucional sólo queda establecida la competencia normativa del Estado en la submateria de seguridad industrial, tal y como de hecho lo prevén los diferentes EE. AA. Por tanto, pese a que las referencias estatutarias en lo que se refiere a la calidad industrial son nulas, se desprende que la competencia en este tema les es exclusiva, incluyendo la normalización²⁰¹. De este modo, en el espacio de la calidad industrial la regulación autonómica siempre deberá prevalecer sobre la estatal. Sin embargo, la duda está en si es posible admitir que el Estado pueda legislar sobre una materia bajo titularidad exclusiva de las CC.AA. Esta cuestión nos lleva al controvertido tema sobre la posible fijación estatal de legislación complementaria. O, en otras palabras, si la competencia autonómica debe entenderse para el Estado sólo en un sentido positivo o también en el negativo²⁰². Ahora bien, prescindiendo de esta última nota, en el caso de la normalización cabría otra posibilidad para aceptar una regulación del Estado en esta materia: la de incluir a los organismos de normalización también dentro del ámbito de la seguridad industrial, siendo entonces posible tomar con carácter de normación básica lo que la legislación estatal estableciese en este tema.

²⁰¹ Recordemos que según la Disposición Final Única de la LI, los artículos 19 y 20 de esta Ley, relativos a la calidad industrial, no tendrían carácter básico conforme a lo previsto en el artículo 149.1.1ª y 13ª CE.

²⁰² Un tratamiento sobre la cuestión de si el Estado puede regular supletoriamente la materia de calidad industrial puede verse en V. ALVAREZ GARCIA, *op. cit.*, págs. 286 y ss. El tema de la supletoriedad trae a colación la controvertida jurisprudencia constitucional (SSTC 118/1996 y, especialmente, 61/1997) y los diferentes pronunciamientos doctrinales que ha encontrado. Así: J. BARNES, "Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del art. 149. 3 CE a propósito de la STC 118/1996", *REDA*, 93, 1997, págs. 83 y ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, "Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las Comunidades Autónomas (Sentencias constitucionales 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo)", *REDA*, 95, 1997, págs. 407 y ss.; J. L. REQUEJO, "El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997", *Cuadernos de Derecho Público*, 1, 1997, págs. 157 y ss.

- *¿Un criterio para la fijación estatal del régimen jurídico de la normalización? Normalización es calidad pero también seguridad industrial. El marco actual y sus deficiencias*

Pese a la ya señalada “inseparable e íntima ligazón” que entre la seguridad y la calidad industrial viene a reconocerse en el Preámbulo del RICSÍ lo cierto es que las competencias normativas en ambos espacios difieren en cuanto a su actor principal. En lo que atañe a la seguridad industrial como sabemos el Estado ostenta competencias normativas porque así lo disponen los propios Estatutos de Autonomía. En el caso de la calidad esa competencia correspondería en exclusiva a las CC.AA, sin perjuicio, si tal fuere el caso, de las bases que el legislador estatal pudiese fijar por razones de coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Sin embargo, y en lo que se refiere concretamente al régimen de la normalización, esta última posibilidad no se contempló²⁰³.

Resulta así, de modo un tanto sorprendente, que el régimen jurídico de la normalización podría, llegado el caso, ser fijado por todas y cada una de las instancias normativas que resultan de nuestro Estado autonómico. Como destaca ALVAREZ GARCIA, “*las distintas CC.AA podrían introducir un modelo de infraestructura para la calidad industrial muy variable de unas CC.AA a otras*”²⁰⁴. Sin embargo, aunque *de iure* esta posibilidad es perfectamente posible conforme a la distribución competencial, de hecho su materialización resultaría un auténtico contrasentido especialmente en lo referente a la normalización. La existencia de, por ejemplo, diecisiete organismos autonómicos de normalización con diferente régimen jurídico puede plantearse como un ejercicio de prospectiva pero atendiendo a la racionalidad del fenómeno normalizador tal conjetura no parece conveniente ni eficaz²⁰⁵ –aunque ciertamente una voluntad política puede plasmarla

²⁰³ Disposición Final Única de la Ley 21/1992, de Industria.

²⁰⁴ Vid. V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial*, op. cit., pág. 285.

²⁰⁵ En este sentido, para E. MALARET es justamente la necesidad de evitar la proliferación

en ley, su efectividad dependerá más del dinamismo y desarrollo industrial que tenga la Comunidad autónoma en cuestión que no de aquella voluntad. Al fin y al cabo la elaboración de las normas técnicas es el resultado de un consenso fruto de las negociaciones que llevan a cabo los organismos nacionales de normalización sea a nivel europeo o a escala internacional.

Son estas, claro está, unas consideraciones que creemos serían argumentadas con toda lógica, y en una primera impresión, desde sectores económico-industriales. Nosotros, sin embargo, debemos intentar saber si esas consideraciones encuentran su encaje jurídico. Y aquí, como en tantas otras ocasiones, nos encontramos con una realidad material dada, en este caso la designación estatal mediante reglamento de un organismo de normalización, que contradice la misma realidad legal que ampara aquella disposición. Esta realidad legal es la que nos ofrece la LI cuando, como hemos visto, incluye la normalización dentro del ámbito calidad –arts. 19 y 20- y establece que los preceptos referidos a ella tienen un carácter suplementario a la posible legislación autonómica. Esa ubicación, desde nuestro punto de vista, es errónea. La normalización constituye un componente importante de la seguridad en los productos industriales. Es más, supone una de las actividades configuradoras de la *“actividad pública típica en relación a la garantía de la seguridad de los productos industriales”* (STC 313/1994, FJº 2), la otra es la homologación, aunque bien es cierto que la misma bascula, en el caso de los productos previstos en las Directivas armonizadas, hacia un sistema basado en certificaciones emitidas con arreglo a las correspondientes normas europeas.

Esa faceta hace ver que la sistematización efectuada por la LI es cuando menos parcial, y ello a partir de lo que se prevé en la política comunitaria de armonización técnica, donde como ya sabemos la normalización desarrolla un papel preponderante en la definición de las condiciones de seguridad de los productos

de organismos normalizadores la que aconseja la existencia de un único organismo pero dotado de una estructuración territorial y sectorial muy flexible. *Vid.* el trabajo de esta autora publicado en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, op. cit.* pág. 520.

industriales. Ese detalle no pasa desapercibido en el RICSI donde, de forma razonable aunque “escapatoria”, se reubica a la normalización dentro de un nuevo ámbito el de la *“infraestructura común para la calidad y seguridad industrial”* (Capítulo II del RICSI). Esa recolocación efectuada por el Real Decreto 2200/1995 de la actividad normalizadora pese a su coherencia no deja de ser una alteración a lo previsto en la LI. Al incluir la normalización también en el ámbito de la seguridad se haría posible que la normativa del Estado adquiriese un carácter básico—abandonando la discutible nota de la supletoriedad que permitiría dotar de un régimen jurídico uniforme a los posibles organismos de normalización cuya designación, siendo una competencia de naturaleza ejecutiva, correspondería a las CC.AA. No obstante, el propio RICSI hace inviable esta posible solución en su Disposición Final Primera al establecer que lo allí previsto para los organismos de normalización será de aplicación *“en defecto de legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas”*. Consideración que, por otra parte, se excluye para las entidades de acreditación cuya regulación en el mismo Capítulo II del Reglamento sí goza, en cambio, de carácter básico conforme a lo ya establecido en la LI. El RICSI es así respetuoso con lo previsto en la LI en cuanto a la distribución competencial, pero la Ley no es coherente en la ubicación sistemática de la normalización, lo cual podría impedir esa necesaria homogeneidad normativa que requiere el régimen jurídico de los organismos de normalización²⁰⁶. La situación resulta aún más confusa cuando la Disposición adicional primera del RICSI reconoce a AENOR como Organismo de normalización. Reconocimiento que según lo expuesto es absolutamente discutible y, en todo caso, debería entenderse supletorio respecto a otras posibles designaciones que, insistimos, podrían—¿deberían?— realizar las CC.AA.

²⁰⁶ Vid. V. ALVAREZ GARCIA, *La normalización industrial, op. cit.*, págs. 294-295. Con toda lógica este autor considera que *“existe una falta de coherencia manifiesta en la legislación española que debe ser solucionada: si los organismos de normalización actúan también en el ámbito de la seguridad industrial, esto implica que su regulación debe ser fijada de forma básica por el Estado”*.

¿Puede ser reconducida esa contradictoria situación? La legislación presente prevé que la Administración pública competente –las CC.AA- en materia de calidad y seguridad industrial pueda reconocer las entidades que habrán de desarrollar tareas de normalización (art. 9.1 RICSÍ). Tal designación exige, según el artículo 9.3 del RICSÍ, un informe previo del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial (CCSI), organismo adscrito al MINER y en el que están representados de forma paritaria la Administración General del Estado y las CC.AA. No obstante, la participación del CCSI en la designación del organismo de normalización no tiene carácter constitutivo²⁰⁷.

Tal consideración sólo la tiene la designación por parte de la Administración competente que es la autonómica. Por esta razón resulta problemática la designación estatal realizada a favor de AENOR (Disposición Adicional Primera del RICSÍ). Sin embargo, existiría una vía que permitiría un reconocimiento autonómico

²⁰⁷ El Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que por ley se atribuya al Estado la competencia para realizar autorizaciones con la finalidad de asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario y operativo en todo el territorio nacional. Este es el caso de las entidades de gestión de derechos de propiedad industrial cuya designación, según el artículo 132 de la Ley de Propiedad Intelectual, corresponde al Ministerio de Cultura. El Alto Tribunal manifiesta en su STC 196/1997, de 13 de noviembre, la constitucionalidad de este precepto en base a que “(...) la autorización que contempla el artículo 132, no puede encuadrarse sic et simpliciter en el ámbito de los puros actos de ejecución que hayan de atribuirse necesariamente a las competencias de las Comunidades Autónomas (...) Por tanto, aun prescindiendo ahora de si se trata o no de una autorización constitutiva que pudiera encuadrarse dentro del concepto de legislación, es lo cierto que el artículo 132 de la LPI está contemplando una autorización atributiva de una personificación jurídica a los efectos de esta Ley, que se publicará en el ‘Boletín Oficial del Estado’, y que tiene la finalidad de conferir a las entidades gestoras de los derechos de explotación de la propiedad intelectual una capacidad de actuar en el tráfico jurídico ‘para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales’ (art. 135 LPI) lo que constituye un reconocimiento por el Estado, que ostenta la competencia de legislación en la materia, de un status y de un régimen jurídico singular a determinadas entidades legalmente constituidas al servicio de un interés general que es la gestión y eficaz protección de los derechos de autor en todo el territorio nacional (art. 133 LPI)” (F.J. 9) . La naturaleza legislativa y no ejecutiva de estas autorizaciones es discutida en la misma STC mediante dos votos particulares. Un comentario a esta Sentencia en J. TORNOS MAS, “Las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Nuevo criterio para su delimitación en la STC 196/1997, de 13 de noviembre”, REDA, núm. 98, 1998, pág. 253 y ss. Esa misma consideración que recoge la STC 196/1997 podría ser aplicable a los actos estatales de reconocimiento o de designación de un organismo de normalización o de una entidad de acreditación. Ciertamente, es una posibilidad abierta pero que, desde nuestro punto de vista, exigiría una necesaria previsión legal en sentido formal. En el caso del RICSÍ, no obstante, la designación efectuada adolece no sólo de la falta de ese amparo mediante ley, sino que, además, es realizada reconociendo a la vez que la competencia corresponde a las CC.AA. Esta consideración hace que sean inaplicables las consideraciones contenidas en la citada sentencia del TC.

del citado organismo de normalización ya existente, la misma sería la firma de convenios de colaboración de cada Comunidad Autónoma con AENOR. Además, esta posibilidad ampararía la concesión de subvenciones que el artículo 12 del RICSI prevé que pueden concederse a tales organismos²⁰⁸.

CAPÍTULO X

REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN DE SEGURIDAD Y CALIDAD INDUSTRIAL

1. Justificación a su tratamiento

De entre los diferentes modelos europeos de control industrial el alemán es el que nos ofrece un mayor interés por la evidente impronta que ese país ejerce en la legislación comunitaria. Además, el sistema germano cuenta, como veremos, con una tradición ya secular aunque no exenta en la actualidad de cierta complejidad. Esto último por diferentes motivos que no son ajenos a las previsiones europeas y a la misma evolución de la organización económica mundial. Existe, finalmente, un tercer motivo a destacar, se trata de la importancia que en Alemania tiene la figura del experto (*Sachverständige*). Ese destacado papel se ofrece tanto en el ámbito de la economía como en el jurídico. Concretamente en este último el experto encuentra un reconocimiento legal expreso, por ejemplo en el § 36 GwO, que

²⁰⁸ Concretamente este precepto dispone que *“el Organismo de normalización podrá percibir subvenciones con cargo a los presupuestos de la Administración pública que lo reconozca, destinadas a garantizar el equilibrio de sus resultados de gestión en el ámbito de la normalización”*. La concesión, por parte de Administraciones autonómicas, de subvenciones a AENOR no es nada extraña. Así, por ejemplo, la Orden del Consejero de industria de la Generalidad de Cataluña, de 18 de diciembre de 1990 (DOGC, de 25.1.1991), dispone una subvención para AENOR justificada en la existencia de una delegación de AENOR en Cataluña que *“ofrece un interés especial en relación con las tareas que desarrolla el Departamento de Industria y Energía”* y visto que AENOR *“es una institución sin ánimo de lucro y que no es posible promover un concurso público por la naturaleza específica de la actividad y por las características especiales de esta entidad”* –cursiva nuestra–.

permite que su decisión, de origen privado, pueda llegar a alcanzar una eficacia relevante en lo que atañe a la decisión administrativa o judicial²⁰⁹. Es lógico por ello que sea en la República Federal donde más se ha cuestionado la legitimidad y certeza de la decisión del experto así como su incontestada inserción en los ámbitos burocráticos²¹⁰.

En este estudio de Derecho comparado cabe hacer también una referencia expresa a cómo se ha desarrollado en Alemania el sistema de acreditación a partir de lo previsto en la normativa europea. En este sentido, la incuestionable impronta que el patrón alemán ejerce sobre nuestro modelo autonómico de descentralización justifica un apartado a partir del cual pueden extraerse algunas consideraciones de utilidad para el momento en que atendamos a las previsiones competenciales del RICS. Como hemos dicho, la observación de la legislación alemana respecto a su tratamiento de lo que nosotros conocemos como seguridad y calidad industrial – ámbito regulado y no regulado respectivamente resulta muy útil en atención no sólo a la rigurosidad –no exenta de cierto enmarañamiento con que ha trasladado el contenido y espíritu del sistema comunitario de armonización técnica, sino también por la notable ascendencia que en el sistema germano han tenido tradicionalmente las normas técnicas privadas. Elemento este que constituye la piedra angular sobre la que pivotan los planteamientos del “nuevo enfoque”.

Cabe reconocer ciertamente que la infraestructura de organismos de certificación diseñada desde la normativa europea poco tiene que ver aparentemente con el instrumental existente anteriormente en Alemania –en este último caso, a diferencia de la normalización, es la influencia anglosajona la que resulta palpable; sin embargo, la regulación de transposición del modelo europeo que se ha

²⁰⁹ En el ámbito judicial el valor probatorio de los expertos reconocidos encuentra su reflejo en los §§ 402 y ss. de la ZPO y §§ 72 y ss. StPO.

²¹⁰ Al respecto véase el sugestivo libro de U. BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, El Roure, Barcelona, 1998, especialmente el Capítulo V bajo el ilustrativo título “La implantación como negación de la tecnocracia – de la lógica de ciencia de relatividad” (págs. 201-229).

realizado en dicho país permite asegurar una correcta supervisión administrativa sobre una actividad en la que aunque su titular carece en un sentido estricto de potestades públicas, su ejercicio no deja de tener una cierta relevancia jurídica pública que ha sido puesta de relieve por algunos autores²¹¹. En otras palabras, si bien la relación entre el fabricante y el organismo de certificación tiene una base contractual, y por tanto se trata de una relación jurídica de naturaleza privada, la misma ofrece también una trascendencia de derecho público a partir del momento en que el agente y el resultado de su actividad pueden ser supervisados por las autoridades de cada Estado miembro.

2. La distribución competencial en materia de industria entre el *Bund* y los *Länder*

Aunque sabido, no debe dejar de destacarse el hecho de que la organización de Alemania como un Estado federal (arts. 20 y 28.1 GG) trae su origen en un proceso de gestación convulsa producido durante el último tercio del siglo XIX. Dejando a un lado las vicisitudes históricas y constitucionales que culminarían en la Ley Fundamental de 1949, el hecho es que en la actualidad resulta incuestionable que tanto el *Bund* (Federación) como los *Länder* (Estados federados) participan de la cualidad de estatalidad. A partir de esta consideración encuentra sentido el principio establecido en el artículo 30 GG: *“El ejercicio de los poderes estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Estados federados salvo que la presente Ley Fundamental no dicte o admita una disposición en contrario.”* Ese principio se manifiesta en una distribución competencial que parte de la distinción entre lo que son, por un lado, competencias legislativas de la Federación y, por otro, competencias administrativas de los *Länder*. Es bien expresiva de esta distinción el artículo 83.1 GG cuando dispone que: *“Los Estados federados ejecutarán las leyes federales como materia propia, en tanto en cuanto la presente*

²¹¹ En este sentido, K-Ch. SCHEEL, *“Benannten Stellen: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes” (Organismos notificados: Beliehene como instrumento para la realización del mercado interior)*, DVBl, 1999, pág. 442 y ss.

Ley Fundamental no determine o admita otra cosa. Este planteamiento encuentra, por supuesto, su reflejo en todo el Derecho administrativo económico y singularmente en la ordenación industrial. En ese ámbito destaca una regulación jurídica de carácter federal cuya ejecución corresponde a los *Länder*, siendo este el caso de la actividad inspectora.

3. El control de la actividad industrial: legislación e inspección en un Estado federal (la *Gewerbeordnung* y la *Gerätesicherheitsgesetz*)

3.1 Los antecedentes en el control industrial: el papel de los expertos y la Ordenanza industrial (GwO)

Como ya hemos expuesto anteriormente²¹², los gremios desarrollaron, hasta principios del siglo XIX, un importante papel en el control de los métodos de trabajo y los productos elaborados en el recinto de las ciudades. En el caso alemán las personas encargadas de realizar tales tareas lo hacían por encargo (*Bestellung*) del municipio, de modo que actuaban en calidad de agentes de la administración. Con la introducción de la libertad de industria²¹³ se produce un vacío en lo que respecta al control de calidad de las mercancías y a la prestación del trabajo que, por supuesto, no resultará pacífico. Efectivamente, los productos defectuosos generan los lógicos conflictos entre las partes cuya resolución se encomienda a los jueces, quienes no tendrán más alternativa que recurrir a la figura del experto (*Sachverständige*) que será incorporado a los procedimientos judiciales en calidad de "encargado público" (*öffentliche bestellte Sachverständige*)²¹⁴. A partir de 1869, en la llamada Ordenanza industrial, la figura del experto volverá a encontrar un reconocimiento público en el ámbito de la industria.

La Ordenanza industrial (*Gewerbeordnung-GwO*) es el texto legal, de carácter

²¹² Primera parte.

²¹³ En este tema véase el apartado 3.2.2 del Capítulo I de la Parte Primera.

²¹⁴ Tal reconocimiento en el proceso judicial se encuentra actualmente reflejado en los §§ 404. 2 ZPO y 73.2 StPO.

federal, que tradicionalmente ha regulado en Alemania las actividades industriales. Esta disposición, de una minuciosidad extrema, constituye, como señala STOBER, uno de los textos más antiguos del Derecho Público alemán en vigor²¹⁵. A lo largo de su dilatado período de vigencia la GwO ha sido objeto de diversas modificaciones con el objeto de garantizar su adecuación a la realidad, especialmente destacables en lo que nos interesa son las llevadas a cabo en la pasada década²¹⁶.

3.2 La regulación actual de la inspección llevada a cabo por entidades privadas

En la GwO, y posteriormente en la GSG²¹⁷, vienen a establecerse los requisitos relativos a la inspección de los elementos industriales. Aunque se trata de una función ligada a la noción de soberanía (*hoheitliche Aufgabe*), la misma ha sido ejercida tradicionalmente por las Asociaciones de Inspección Técnica (*Technischen Überwachungsvereine*)²¹⁸. Son éstas unas entidades de derecho privado

²¹⁵ Fue promulgada en 1869 por la Federación alemana del norte. Vid. R. STOBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, 1996 (10ª ed.), § 45 I (pág. 329-330). Existe traducción española de la séptima edición realizada por S. González-Varas, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1992 (pág. 277).

²¹⁶ La GwO ha sido objeto en los últimos años de diversas modificaciones. En el tema que nos interesa cabe destacar tres. En primer lugar la realizada en el año 1992 por la "Segunda ley de modificación de la *Gerätesicherheitsgesetz*" por la que el objeto de regulación de los §§ 24 a 25 de la GwO –la inspección oficial– es trasladado a la GSG. Mediante la Ley de modificación de la *Gewerbeordnung*, de 23 de noviembre de 1994, entre otros aspectos se amplía el instituto de los "comitentes públicos" previsto en el § 36 GwO, estableciendo el carácter de libre profesión de tal actividad tal como había establecido el Tribunal Constitucional en su decisión de 25 de marzo de 1992 y conforme al artículo 12 GG. La última modificación se realiza mediante la Ley de 16 de junio de 1998.

²¹⁷ *Gerätesicherheitsgesetz*, Ley de seguridad del utillaje técnico, de 24 de junio de 1968, que ha sido objeto de sucesivas e importantes modificaciones. La más destacada es la de 26 de agosto de 1992 (BGBl. I, pág. 1564).

²¹⁸ Hasta el último cuarto del siglo XIX la inspección del principal elemento industrial, las calderas de vapor, es una competencia exclusiva de la Administración que es ejercida por funcionarios (*Baubeamten* y *Bergbeamten*). La Ordenanza industrial prusiana (*Gewerbeordnung*) de 1845 establece que las autorizaciones e inspecciones industriales son llevadas a cabo por la Administración –la Ordenanza industrial de la Federación alemana del Norte, de 1869, sigue la misma pauta–. La situación cambia en el año 1872 cuando una nueva regulación de la inspección ofrece a los industriales la posibilidad de optar entre una revisión pública o bien una inspección

participadas por ingenieros y que realizan funciones preventivas de control sobre las instalaciones industriales en base a una previsión legal que permite el reconocimiento oficial de estas entidades por parte de la Administración en calidad de *amtlich anerkannte Sachverständige* (expertos oficialmente reconocidos). Concretamente, el concepto jurídico que ampara esa habilitación es el de la *Belehrung*, instituto de contornos ciertamente difusos pero de una utilidad evidente en atención, al menos a primera vista, de un ejercicio privado de lo que se considera como funciones inequívocamente públicas. Conviene, pues, darle un tratamiento más amplio a esta figura.

privada llevada a cabo por las anteriormente señaladas asociaciones para la inspección de las calderas de vapor (DÜV). Hasta ese momento la actuación de esas asociaciones se circunscribía al ámbito interno de las empresas, teniendo sus peritajes el valor de meras recomendaciones no imperativas. Evidentemente, la nueva situación debe comportar una clara separación e independencia de las DÜV respecto de los empresarios²¹⁸. Finalmente, en el año 1900 el Estado (prusiano) abandona la actividad periódica de inspección y concede el monopolio a las DÜV. Tras la II Guerra Mundial y cerrado el paréntesis nacionalsocialista, el 3 de marzo de 1949 se funda en Hannover la Asociación de las Technischen Überwachungs-Vereine (VdTÜV). De la misma forman parte inicial seis asociaciones de inspección de la Alemania del oeste y la autoinspección de la entonces fábrica de pinturas Bayer. Actualmente la VdTÜV cuenta con once TÜV, la inspección técnica de los Estados de Hessen y Hamburgo, así como seis empresas con su propia organización de inspección oficialmente reconocida (*Eigenüberwacher*). La VdTÜV tiene su sede en Essen y entre sus finalidades estatutarias se cuentan las siguientes: 1) la unificación en los criterios de inspección técnica en todos los ámbitos y el intercambio de experiencias entre todos los miembros de la asociación; 2) la colaboración en la formación de normas, reglas y directrices en el ámbito de la inspección técnica; 3) aconsejar en los pertinentes procesos legislativos y reglamentarios a las autoridades ministeriales y comunitarias competentes en cuestiones propias; 4) colaborar en la organización y funcionamiento de sistemas de inspección, certificación y acreditación mediante la aceptación de funciones. *Vid.* MEYER, en Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften*, vol. II GSG 50 § 14.10.

3.3 La habilitación pública a privados para la realización de funciones públicas: el instituto de la *Beleihung*²¹⁹

Mientras en nuestro ordenamiento la colaboración privada en el ejercicio de funciones o actividades administrativas se ha articulado alrededor de la noción de servicio público, no es ese, en cambio, el caso de Alemania. En sistema germano tal noción resulta inexistente y en el tema de la colaboración se impone el criterio de la *posición jurídica (Rechtsstellungstheorie)*, es decir, el de la disposición de poderes públicos por parte del particular. En otras palabras, desde esta perspectiva es exigible que el colaborador del Estado ejerza, mediante una habilitación, la *puissance publique*²²⁰. Es cierto, sin embargo, que frente a la citada teoría se alza también la *Aufgabentheorie*²²¹, la cual hace recaer en la función atribuida la nota característica de la *Beleihung*. La crítica a esta teoría radica precisamente en que no toma en cuenta que el catálogo de funciones públicas en una democracia tiene un carácter necesariamente abierto, pues son los órganos constitucionalmente legitimados, especialmente el Parlamento, los que tienen la competencia para decidir si la ejecución de una competencia es ejercida desde la administración o bien es dejada al ámbito de la sociedad²²².

²¹⁹ Con carácter general, véase H.- J. WOLFF/ O. BACHOF/ R. STOBBER, *Verwaltungsrecht* II, 5ª ed., Munich, 1987, § 104, pág. 415; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10ª ed., Beck, Munich, 1995, págs. 574 y ss.; STUIBLE-TREDER, J., *Der Beliehene im Verwaltungsrecht*, Tubinga, 1986. En nuestra doctrina puede verse la documentada nota 100 del estudio de F. SAINZ MORENO, "Ejercicio privado de funciones públicas, *RAP*, 100-102, 1983, págs. 1776-1779. De interés resultan las consideraciones que sobre esta figura realiza J. ESTEVE PARDO – *Técnica...*, *op. cit.* pág. 145 y ss., señalando que junto a funciones de autoridad de contenido decisorio y ejecutivo (*obrigkeitlichen Kompetenzen*), también pueden ser objeto de *Beleihung* las competencias de contenido declarativo, arbitrales, certificantes o de inspección (*schlicht-hoheitlichen Kompetenzen*) que son las que ejercen las TÜV en el ámbito de la seguridad industrial.

²²⁰ En este sentido, véase, B. KNAPP, "La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général", en *Mélanges Henri Zwaalen*, Lausanne, 1977, pág. 372.

²²¹ Sobre la confrontación en la doctrina alemana entre los partidarios y detractores de ambas teorías, véase A. SEIDEL, *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, en "Münchener Universitätsschriften", Beck, Munich, 2000, pág. 27 y ss. Véase también M. REINHARDT, "Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht", *AöR*, núm. 118, 1993, pág. 625 y ss.

²²² Sobre el carácter abierto de las funciones estatales (*Staatsaufgaben*), véase F. OSSENBÜHL, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", *VVDStRL*, núm. 29, 1971,

Conviene advertir que el de la *Beleihung* –apoderamiento a privados para el ejercicio de funciones públicas- es un tema dásico sobre una institución que, sin embargo, presenta unos contornos no excesivamente definidos en los que, por ejemplo, Walter JELLINEK encajaba una figura tan propia del sistema universitario alemán como son los *Privatdozenten*²²³.

A grandes rasgos podemos decir que la *Beleihung* consiste en una habilitación que permite la realización por sujetos privados de funciones públicas²²⁴ en nombre propio (*hoheitliche Aufgaben in eigenem Namen*) suponiendo una excepción al principio contenido en el artículo 33.4 GG²²⁵. El *Beliehene* pertenecería a la llamada Administración indirecta (*mittelbare Verwaltung*) y, de acuerdo con el § 1.IV de la Ley alemana de Procedimiento administrativo²²⁶, goza de la condición de autoridad. La *Beleihung* se funda en una auténtica relación fiduciaria en la que el particular tiene un encargo (*Auftrag*) para el desempeño de competencias públicas soberanas.

La expresión “sujeto privado” debe ser tomada en un sentido material, es decir

pág. 137.

²²³ Vid. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Offenburg, 1948, pág. 528. El citado autor también incluye a título de ejemplo a las compañías coloniales alemanas (*Kolonialgesellschaften*) en cuanto las mismas ejercían funciones soberanas en sus respectivos territorios, entre ellas las derivadas de la protección del servicio de correos (pág. 526). Aunque actualmente la *Beleihung* tiene como destinatarios principales a sociedades privadas, anteriormente esta figura destacaba usualmente por tener como destinatarios a personas reconocidas.

²²⁴ No es, pues, el objeto de este instituto la prestación de servicios públicos, supuesto en que opera el instituto concesional (*Konzession*).

²²⁵ “El ejercicio de facultades soberanas como función permanente se confiará por regla general a miembros del servicio público con estatuto jurídico-público y sujetos a una relación de lealtad”.

²²⁶ Efectivamente, en este precepto de la Ley de Procedimiento administrativo (VwVfG) se ofrece una definición funcional de la acepción *Behörde* (autoridad): “Autoridad en el sentido de esta Ley es todo órgano que ejerce funciones de la Administración pública” (*Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt*).

excluyendo la actuación administrativa bajo ropajes de derecho privado²²⁷. Mediante este tipo de privatización formal en lo organizativo²²⁸ el Estado logra diversos objetivos. Primero, obtiene el concurso de iniciativas, recursos y experiencias de los sectores empresariales privados. En segundo lugar, con este recurso se consigue descargar al Estado y a su aparato administrativo. El uso de la figura jurídica de la *Beleihung* presenta notables ventajas como son las de lograr una decisión superando los esquemas organizativos de tipo jerárquico que se dan en toda Administración Pública y, además, supone la inhibición de ese aparato en cuanto a la toma de decisiones sobre las cuales se ejerce sólo un control de supervisión²²⁹. Finalmente, este recurso a sujetos privados permite a la Administración el acceso a un *know-how* que de otro modo sería muy complejo de adoptar por la estructura administrativa.

Cinco son las notas características que podemos destacar en esta figura:

- a) **Habilitación legal.** La *Beleihung* se establece mediante ley o en base a una ley que es desarrollada a través de reglamento (*Verordnung*), un acto administrativo o incluso un contrato de derecho público²³⁰;
- b) **Responsabilidad.** El *Beliehene* es responsable por sus actos conforme a lo previsto en el artículo 839 BGB²³¹ y el artículo 34 GG²³². El tema de la

²²⁷ Vid. F. OSSENBÜHL, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", cit., pág. 145.

²²⁸ Vid. R. SCHOLZ, "Verkehrsüberwachung durch Private?", *NJW*. 1997, pág. 15.

²²⁹ Vid. H.- J. WOLFF/ O. BACHOF/ R. STÖBER, *Verwaltungsrecht II*, op. cit., § 104 II.2, pág. 412.

²³⁰ Por ejemplo, el § 28 de la *Umweltauditgesetz* (Ley de auditoría medioambiental, de 7 de diciembre de 1995), establece que: "(E)l Ministerio Federal de Medio Ambiente está autorizado para habilitar (zu beleihen) mediante reglamento, y sin necesidad de aprobación del *Bundesrat*, una o más personas jurídicas de derecho privado para la realización del cometido de Entidad de Acreditación, siempre que posean la disposición y aptitud para la realización de las prescripciones reglamentarias relativas a las funciones de acreditación y control".

²³¹ "Bürgerliches Gesetzbuch" (Código civil alemán), de 18 de agosto de 1896.

²³² "Cuando alguien, en el desempeño de una función pública, vulnere los deberes que la

responsabilidad por daños es debatido. En principio, en cuanto función pública que implica el ejercicio de potestades, la responsabilidad es del Estado aunque existe jurisprudencia contradictoria²³³;

- c) Posición jurídica. Conforme al § 1.IV de la Ley de procedimiento administrativo (VwVfG) tiene la condición de autoridad en cuanto ejerce funciones de Administración pública, encuadrándose dentro de la Administración mediata o indirecta (*mittelbare Verwaltung*). Esto significa que el *Beliehene* debe guardar en el ejercicio de su función una relación de independencia personal y económica de igual tipo a la que es común para el titular de cualquier órgano administrativo. Además, dicta actos administrativos en el sentido del artículo 35 de la Ley de procedimiento administrativo²³⁴;
- d) Sujeto privado en sentido material. El *Beliehene* tiene que ser un sujeto privado en su pleno sentido; se trata, según OSSENBÜHL, de un sujeto no estatal (*nicht-staatliches Subjekt*) excluyendo por tanto cualquier posible actuación de la Administración a través del recurso al derecho privado. Fácticamente la *Beleihung* es una organización privada que permite, desde la perspectiva del Estado, una privatización formal de una función que sigue siendo pública aunque su realización corresponde a un privado²³⁵. La ejecución de una función pública por parte de la Administración mediante el recurso a fórmulas de personificación jurídico-privadas es, en cambio, un

función le imponga en su relación con terceros, la responsabilidad incumbe por principio al Estado o a la corporación pública a cuyo servicio actúa. En caso de dolo o negligencia grave queda abierta la posibilidad de una acción de regreso”.

²³³ Vid. W. RÜFNER, “Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadenersatz- und Entschädigungsleistungen”, en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (H-U. ERICHSEN, ed.), Berlín, 1995 (10ª ed.), § 48 II, 1, 11-12 (pág. 589-590). BGH, 30.11.1967, NJW 68, 443

²³⁴ “Acto administrativo es toda disposición, decisión u otra medida pública que adopte la autoridad para regular un supuesto individual en el marco del Derecho público y que se dirige al exterior provocando efectos jurídicos inmediatos”.

²³⁵ En este sentido, F-J. PEINE, “Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte”, *DÖV*, 1997, pág. 361-362; R. SCHOLZ, “Verkehrsüberwachung durch Private?”, *NJW*, 1997, pág. 15-16.

supuesto de lo que viene en llamarse Derecho administrativo privado²³⁶;

- e) La remuneración del *Beliehene*. El *Beliehene* cubre los costes derivados su actividad mediante la percepción de las correspondientes tarifas (p. ej. § 36 UAG y § 1 UAGGebV²³⁷) legalmente establecidas (ley, reglamento – *Rechtsverordnung*, u ordenanza – *Satzung*).

Un ejemplo actual que permite observar la virtualidad de este instituto es el que nos ofrece la citada Ley alemana de auditoría mediambiental (UAG)²³⁸, de 7 de diciembre de 1995, mediante la cual se desarrollan algunos aspectos organizativos previstos en el Reglamento 1836/93 (sustituido por el Reglamento 761/2001, de 19 de marzo²³⁹). Ahí se prevé la necesidad de una autoridad a nivel de toda la Federación que acredite a los llamados verificadores ambientales. Aunque en un principio estaba previsto que esa función la desarrollara el Ministerio Federal de Medio Ambiente, finalmente fue asignada a una asociación empresarial que actúa como *Beliehene*²⁴⁰. Conviene destacar que frente a una interpretación estricta que considera aplicable este instituto sólo cuando se trata de funciones públicas, se ha ofrecido por algún autor la posibilidad de extender su aplicación a sujetos privados que realizan determinadas actividades de indudable interés público, como es

²³⁶ Vid. F. OSSENBÜHL, cit., pág. 145. Entre nosotros vid. S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996

²³⁷ Reglamento de 18 de diciembre de 1995 (*BGBl. I*, pág. 2014), de ejecución de la Ley de Auditoría ambiental en lo referente a las tarifas y costes por las actuaciones públicas de la Entidad de Acreditación (*Verordnung über Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Zulassungsstelle und des Widerspruchsausschusses bei der Durchführung des Umweltauditgesetzes [UAG-Gebührenverordnung-UAGGebV]*).

²³⁸ Una traducción íntegra de esta Ley puede verse en M. TARRES VIVES, “Los sujetos privados...”, cit., pág. 522 y ss.

²³⁹ DO nº L 114, pág. 1 y ss.

²⁴⁰ Véase nota núm. 120. La *Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mit beschränkter Haftung* es, de acuerdo con el § 1 del Reglamento para la habilitación de Entidades de Acreditación, la entidad habilitada para acreditar a los verificadores ambientales en el marco del Reglamento EMAS. El § 29 de la UAG establece una supervisión del Ministerio Federal de Medio Ambiente (BMU) sobre la Entidad de Acreditación, dentro de esta actividad de control se encuentra la necesaria aprobación del BMU para el nombramiento del director de la Entidad de Acreditación (§ 2, párrafo 3, de la *UAG-Belehungsverordnung*).

singularmente el caso de la normalización²⁴¹. De igual forma, como veremos más adelante, se pretende extender la consideración de *Beliehene* a los organismos notificados que realizan los cometidos previstos en las Directivas comunitarias de armonización técnica.

En último extremo, como advierte SEIDEL²⁴², el instituto de la *Beleihung* nos aparece como una variante de autorregulación regulada que se sirve del potencial privado para garantizar la consecución de fines legalmente establecidos, especialmente en lo que atañe a la protección contra peligros (*Gefahrenabwehr*) y a la prevención de riesgos (*Risikovorsorge*).

3.4 La tipología de expertos que contempla la legislación alemana en atención al elemento industrial

En atención a las materias y a las funciones que el legislador alemán atribuye a los sujetos privados –o espera que sea por ellos desarrollada– cabe establecer una cuádruple clasificación que atiende a la posición jurídica de esos sujetos calificados, en un sentido amplio, de expertos.

a) *öffentlich bestellte Sachverständige* (“expertos con un encargo público”)²⁴³

Como hemos visto anteriormete este tipo de expertos encuentran su reflejo en el § 36 GwO. El encargo público (*öffentliche Bestellung*) de estos expertos no constituye una autorización para la realización de una actividad²⁴⁴. Supone

²⁴¹ En este sentido *vid.* J. BACKHERMS, *Das DIN Deutsches Institut für Normung e. V. als Beliehener*, Colonia, 1978 –“Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Industrierecht”, vol. 22-.

²⁴² En *Privater Sachverstand...*, *op. cit.*, pág. 29.

²⁴³ *Vid.* R. STÖBER, *Der öffentlich bestellte Sachverständige zwischen beruflicher Bindung und Deregulierung*, Colonia, 1991.

²⁴⁴ El Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de tal reserva de autorización mediante el requisito de un examen (*Bedürfnisprüfung*) por parte de la Administración en su decisión de 25 de marzo de 1992. De este modo no constituiría una

meramente un reconocimiento que operaría del mismo modo que la acreditación según las normas de la serie EN 45 000²⁴⁵. En suma, se trata actualmente de una actividad de libre ejercicio, cuyo ejercicio, eso sí, es objeto de regulación. En este sentido el instituto de la “*öffentliche Bestellung*” requiere una especial cualificación de su destinatario, sin que, por otro lado, ello signifique una traslación de competencias públicas, pues, en ningún caso, se trata de un supuesto de *Beleihung*²⁴⁶.

b) *amtlich anerkannte Sachverständige* (“expertos oficialmente reconocidos”)

En este caso el experto reconocido recibe mediante previsión legal, o cuando menos a través de un acto expreso, el estatuto de *Beliehene*. Este tipo de expertos encuentra su mejor ejemplo en las TÜV. Tradicionalmente la actividad de estas entidades venía amparada en las previsiones contenidas en la GewO, concretamente en sus §§ 24 y 36. En el primero se contemplaba de manera muy detallada el tema de la inspección industrial; el segundo, aún vigente, es el que posibilita el encargo oficial a expertos para la realización de funciones pública. Más concretamente estos expertos oficialmente reconocidos tienen la categoría de “expertos habilitados” (*beliehene Sachverständige*) y ejercen potestades públicas en el ejercicio de su actividad de inspección²⁴⁷. Un cometido que realizan hoy día las TÜV en el marco de este encargo público previsto en el artículo 36 GewO es el de la inspección de vehículos conforme a la Ordenanza de circulación (*Strassen-Zulassungs-Ordnung*). Es interesante

excepción al principio de libertad de profesión y oficio reconocido en el artículo 12.1 de la Ley Fundamental. Este precepto dispone que “(E)l ejercicio de la profesión u oficio sólo podrá limitarse por ley o sobre la base de una ley”.

²⁴⁵ La falta de implementación legal de este tipo de normas en el § 36 GwO es destacado por BLEUTGE en su comentario de ese precepto en Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung*, vol. I § 36. 9 (pág. 11, ed. 1999).

²⁴⁶ Vid. A. SEIDEL, *Privater Sachverstand...*, op. cit., pág. 169.

²⁴⁷ Vid. BLEUTGE, cit., § 36.19 (pág. 19, ed. 1999).

destacar que el control de estos expertos en sede judicial corresponde de forma privativa a los expertos descritos en el apartado anterior.

c) *zertifizierte Sachverständige* (“expertos certificantes”)

La toma en cuenta de este tipo de expertos obedece expresamente a la introducción por parte de los organismos europeos de normalización de los sistemas de acreditación y certificación que, a su vez, han encontrado su reconocimiento en la legislación europea. Mediante tales sistemas han ganado carta de naturaleza unos procedimientos privados –la acreditación– cuyo objetivo es garantizar la confianza en la prestación de servicios tendentes a asegurar la calidad de los productos. Al igual que en el caso español se trata de un ámbito regulado por normas privadas que sólo ganan un carácter jurídico público cuando son contempladas en una norma jurídica. Interesa destacar que en el caso alemán, a diferencia del español, la acreditación según las normas de la serie EN 45 000 no ofrecen una especial relevancia.

Dentro de esta categoría de expertos pueden ubicarse tanto las entidades de acreditación –como auténtico elemento de ordenación– como las entidades de certificación acreditadas para la realización de certificación. En un sentido estricto el ámbito de actuación de los expertos certificantes (*zertifizierten Sachverständigen*) se limita al no regulado legalmente (*nicht gesetzlich geregelten Bereich*), no siendo en nada aplicable ni a los encargados públicos, ni a los expertos oficialmente reconocidos. Ello no excluiría que una entidad acreditada según las normas EN 45 000 pudiese integrarse en las categorías precedentes a) y b) pudiendo actuar entonces en ámbitos regulados. En suma, la posición jurídica de las entidades de certificación no es equiparable a los dos anteriores tipos de expertos ya comentados. Ello tiene trascendencia, por ejemplo, en los procesos judiciales, donde sus dictámenes o informes carecen de la presunción que, en cambio, sí tienen los elaborados por los encargados públicos.

- d) *selbsternannte und verbandsanerkannte Sachverständige* (expertos y asociaciones de expertos autorreconocidas)

Respecto a este tipo de expertos no existe ninguna regulación legal relevante. Se trata de meramente de personas o empresas que se autorreconocen como expertas sin necesidad de cumplir ningún tipo adicional de exigencia legal. Se trata, pues, fundamentalmente de sectores en los que, por diferentes motivos, existen manifestaciones de autorregulación (p. ej. en la publicidad). No obstante, en determinados ámbitos se les ha reconocido jurídicamente la calidad de expertos de algunas entidades privadas. Si bien tal reconocimiento no es de naturaleza legal, sino judicial. En este sentido, la sentencia del Tribunal Federal de 23 de mayo de 1984²⁴⁸ considera posible la existencia de “expertos reconocidos” más allá de lo previsto en las regulaciones legales existentes. Sin embargo, la imparcialidad y objetividad de esas organizaciones privadas no ofrece las mismas garantías que en el caso de los “encargados públicos” o los “expertos oficialmente reconocidos”. Por este motivo, la total ausencia de institucionalización en el caso de los expertos privados junto a la total ausencia de un reconocimiento legal puede abrir las puertas a abusos²⁴⁹.

3.5 Adecuación legislativa a la normativa comunitaria: la sustitución de un sistema público de control por otro privado

El esquema planteado, aun de modo simplificado, se ha visto fuertemente sacudido por las políticas comunitarias del “nuevo enfoque” y del “enfoque global”²⁵⁰. La amalgama entre lo público y lo privado que presentan las disposiciones

²⁴⁸ BGH- Entscheidung –NJW 84, 2365-.

²⁴⁹ Vid. BLEUTGE, cit., § 36.27 (pág. 26, ed. 1999).

²⁵⁰ La incorporación al Derecho alemán de las directrices europeas fue bastante discutida. Sobre esta cuestión el Parlamento alemán solicitó diferentes dictámenes a reconocidos iuspublicistas y economistas. De entre los primeros destaca el realizado por U. DI FABIO, actual magistrado del Tribunal Constitucional, que fue objeto de publicación: *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Carl Heymanns, Colonia, 1996.

comunitarias en atención a conseguir una eficaz supresión de obstáculos en la libre circulación de los productos industriales garantizando, a su vez, la seguridad de los mismos, hizo conveniente desgajar y llevar a otro texto legal uno de los preceptos más significados de la GwO -el artículo 24- relativo al desarrollo de la inspección industrial. Esa regulación se encuentra actualmente desarrollada en la GSG (Ley de seguridad del utillaje técnico-*Gerätesicherheitsgesetz*), ley que se sitúa entre la tradición de la *Gewerbeordnung* y la legislación de prevención de riesgos laborales. La GSG incorpora los procedimientos sustitutivos de los controles administrativos que suponen los procesos de autocertificación o certificación por tercera parte que se establecen para aquellos productos industriales objeto del “enfoque global” en la evaluación de su conformidad a las exigencias contenidas en las Directivas armonizadoras. Junto a la armonización técnica buscada mediante las normas elaboradas por los organismos europeos de normalización, la Comunidad Europea ha fomentado también una equivalencia de las certificaciones sobre productos, para ello ha tratado de asegurar un común denominador entre los organismos europeos de certificación. Con ambos elementos se trata de lograr el objetivo de una total supresión de las barreras técnicas en la libre circulación de productos, garantizando también su seguridad.

Lo verdaderamente destacable para el caso alemán es que actividades de control que anteriormente realizaban sujetos privados (las TÜV) en virtud de una exhaustiva regulación legal, actualmente son ejercidas por esos mismos sujetos (organismos notificados) pero en base a una acreditación. De este modo resulta que se ha sustituido un procedimiento de habilitación basado en normas jurídicas por otro -la acreditación- fundado en otras normas privadas, en este caso residentes fuera del Ordenamiento jurídico y cuya finalidad es reconocer la solvencia técnica de aquella entidad -privada o pública- que certificará la conformidad de tal o cual producto a las exigencias de seguridad previstas en las Directivas. Exigencias cuya concreción se remite a las especificaciones técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización. Además, la relación entre el fabricante y el organismo de control notificado presenta también una nota

destacada frente a la situación anterior. El fabricante tiene la opción de escoger entre los diferentes organismos nacionales notificados –incluso a uno de otro Estado miembro si ha seguido el procedimiento para su reconocimiento–, esto supone que la relación entre fabricante y organismo notificado tiene, en principio, un marcado carácter contractual, a partir de la cual el fabricante se somete a las prescripciones técnicas previstas en la legislación nacional que traspone las Directivas y el organismo notificado asume la responsabilidad de que el marcado “CE” que emite certifica correctamente la conformidad del producto con los exigencias técnicas previstas en la legislación. La complejidad que presenta este sistema hace aconsejable observar el régimen jurídico dado en la RFA a la acreditación y a los organismos notificados.

3.5.1 Organización y procedimiento de la acreditación en lo que se refiere a los organismos notificados previstos en las Directivas europeas de armonización técnica

Con carácter general el sistema alemán de acreditación tiene en el *Deutscher Akkreditierungsrat* DAR (Consejo alemán de acreditación) el organismo de coordinación de las diversas entidades de acreditación existentes. EIDAR es una *Arbeitsgemeinschaft* sin personalidad jurídica que fue creado en el año 1991, en él están representados la Federación, los *Länder* y representantes de la economía alemana. La función del DAR es la de establecer las directrices para la acreditación pero en ningún caso ejerce tal función. Los organismos de acreditación representados en el DAR se distinguen entre los que actúan en ámbitos regulados legalmente (*gesetzlich geregelter Bereich*) y los que ejercen su actividad en sectores no regulados (*nicht geregelter Bereich*). En el primer caso se encuentran la *Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik*–ZLS–, que comentamos más abajo, y otras entidades como, por ejemplo, el DAU (*Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsstelle für Umweltgutachter*) encargado de acreditar a los verificadores medioambientales, o el *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*

(organismo federal para la seguridad en las tecnologías de la información)²⁵¹. Respecto a los ámbitos no regulados, es decir los que se refieren a la calidad, la entidad de acreditación más importante es la *Trägergemeinschaft für Akkreditierung GmbH –TGA-*, la cual acredita, por ejemplo, a las entidades de certificación que ejercen su actividad en el marco de la ISO 9000. Junto a la TGA existen otras siete entidades también miembros del DAR. En todo caso el número de entidades de acreditación es absolutamente abierto ya que en esta actividad no existe la posibilidad de monopolio.

En lo que atañe al ámbito regulado de la seguridad industrial es en el § 9 de la GSG donde se encuentra una referencia expresa a la actividad de acreditación y a su naturaleza. Este precepto es especialmente relevante en lo que atañe a la acreditación de los organismos que deben realizar funciones certificantes en el marco de las Directivas comunitarias. Con carácter sintético pueden extraerse las características siguientes:

- 1) La acreditación, es concedida por la autoridad competente del *Land* a los laboratorios de ensayo (*Prüflaboratorium*) y las entidades de certificación (*Zertifizierungsstelle*). La acreditación tiene un plazo establecido.
- 2) La acreditación es un acto administrativo, en cuanto la misma es una función de la autoridad competente que la legislación de cada *Land* haya establecido (§ 9 IV –*Die Akkreditierung von Prüflaboratorien und Zertifizierungsstellen ist Aufgabe der nach Landesrecht zuständigen Behörde*).
- 3) Al tratarse de una competencia de los *Länder*, estos pueden organizar el sistema de acreditación y les compete la supervisión de los organismos autorizados así como el examen sobre la competencia de su personal (§ 9.II*in fine*). En este sentido, los *Länder* suscribieron el 16/17 de diciembre de 1993 un

²⁵¹ Una lista del conjunto de entidades alemanas de acreditación puede consultarse en <http://www.dar.bam.de>

acuerdo sobre el organismo central de los *Länder* para seguridad técnica y el organismo de acreditación de los *Länder* para los organismos de calibración y control en la ejecución de la legislación sobre productos peligrosos (*Abkommen über die Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik–ZLS- und über die Akkreditierungsstelle der Länder für Meß- und Prüfstellen zum Vollzug des Gefahrstoffrechts –AKMP-*). La entidad designada es un organismo creado por el Estado libre de Baviera y que se haya adscrito al Ministerio de Trabajo (art. 1). El artículo 2 de este acuerdo²⁵² establece que la ZLS ejerce las funciones de los *Länder* en el ámbito de la acreditación de las entidades previstas en el § 9 de la GSG. Así se encarga de acreditar y examinar a los laboratorios de ensayo y a los organismos de certificación. La ZLS, según el art. 11 del acuerdo, tiene un consejo asesor en el cual está representado cada Land, la Administración federal tiene un representante sólo con derecho a voz (*Gast- und Rederecht*). El artículo 12 prevé un Tribunal arbitral para los posibles conflictos que puedan suscitarse, a estos efectos y como anexo al acuerdo existe un convenio.

- 4) La acreditación debe seguir un procedimiento no fijado legalmente (normas de la serie EN 45 000) pero que no excluye la posibilidad de que mediante reglamento el gobierno federal pueda establecer exigencias adicionales a los organismos acreditados en atención a la observancia de las funciones que les son encomendadas.
- 5) Estos organismos acreditados y autorizados son notificados y registrados por el Ministerio Federal de Trabajo quien procede a su publicación en el correspondiente boletín oficial del Ministerio Federal de Trabajo

²⁵² Sobre el régimen jurídico de estos acuerdos administrativos véase J. M^a. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1997. Como bien señala este autor, "la celebración de los acuerdos administrativos –en Alemania- descansa sobre el poder de organización y administración. Quien puede dictar reglamentos administrativos puede también, en su ámbito, adoptar acuerdos sobre el contenido de sus reglamentos administrativos con otra Administración que no esté ni supra ni subordinada" (pág. 72). Con carácter general sobre el tema en la RFA véase también la monografía de M^a. J. GARCIA MORALES, *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, Madrid, 1998.

(*Bundesarbeitsblatt*)²⁵³, y a su comunicación a la Comisión europea como “organismos notificados” (en el caso de los productos sanitarios, el órgano notificante es el Ministerio Federal de Sanidad, § 20 MPG).

- 6) Los requisitos y controles de partida son los previstos en los anexos correspondientes de cada Directiva donde se remite a las normas técnicas europeas de la serie 45 000 con el fin de establecer la estructura y competencia de estos organismos. Cabe señalar que aunque la acreditación se realiza siguiendo los parámetros establecidos en las normas europeas EN 45 000, tal y como establece la legislación comunitaria, el Gobierno federal puede establecer requisitos suplementarios a los que con carácter general establece en el § 9.2 GSG²⁵⁴. Esas otras exigencias son establecidas mediante reglamento (*Rechtsverordnung*) que precisa de la aprobación del *Bundesrat* (Cámara federal).
- 7) La aptitud de estas normas es objeto de examen por parte del ya comentado consejo de acreditación alemán (*Deutschen Akkreditierungsrat* DAR) quien puede proceder a su concreción.
- 8) El § 9 III reconoce como organismos acreditados los de aquellos otros Estados miembros que hubieren sido notificados a la Comisión europea, así como los pertenecientes a los Estados del Espacio económico europeo.
- 9) La acreditación de tiene un componente de discrecionalidad²⁵⁵ que permite limitar el número de organismos. No existe un derecho por parte del solicitante ya que no se trata de ejercer una actividad estrictamente económica. En este

²⁵³ Puede consultarse la lista actual de esos organismos en: <http://www.bma.de/arbeitschutz>.

²⁵⁴ Los requisitos generales son similares a los previstos en la legislación española: demostrar la solvencia técnica necesaria para la realización de las actividades; disponer de los medios necesarios, así como de personal con la adecuada formación; solvencia financiera e independencia que garantice la imparcialidad de sus actividades.

²⁵⁵ Vid. K-Ch. SCHEEL, “Bennanten Stellen...”, cit., pág. 448.

sentido, la acreditación no constituye una autorización en sentido estricto.

3.5.2 *El régimen jurídico de los organismos notificados previstos en las Directivas de armonización técnica*

Actualmente, como hemos dicho anteriormente, la inspección industrial no encuentra su cabida en este texto legal tras la sustitución del § 24 GewO por la sumamente detallada regulación de la *Gerätesicherheitsgesetz* en su versión de 26 de agosto de 1992. Regulación que encuentra su causa en las consabidas directrices comunitarias y que ha incidido en ámbitos especialmente sensibles sujetos a reglamentación administrativa como es el caso de las máquinas. El § 14 de la GSG establece que la inspección oficial de las instalaciones industriales corresponde a los expertos reconocidos que, citados de manera expresa, son las “organizaciones de inspección técnica” (*technischen Überwachungsorganisationen*). Ese mismo precepto excluye de aplicación el citado artículo 36 de la GewO²⁵⁶ aunque ello no significaría la pérdida de consideración como *Belihene* de estos organismos quienes únicamente realizan con carácter oficial las inspecciones técnicas de carácter preventivo en aquellas instalaciones previstas en el § 2 II n° 1 a 10.

Otra cosa son los citados organismos acreditados que actúan en el marco prefijado en las Directivas de armonización técnica. Aquí, como sabemos, la introducción de los sistemas de acreditación y certificación tiene por objeto el establecimiento de procedimientos que permitan garantizar la prestación correcta de un servicio y la conformidad del producto a determinadas normas privadas antes de su puesta en servicio o venta en el mercado. Se trata, no de un sector sino de un sistema cuya regulación es de naturaleza privada y que, no obstante, adquiere un carácter público a partir del momento en que encuentra su reconocimiento legal en un determinado ámbito o sector.

²⁵⁶ El § 14.1.3 de la GSG expresa claramente esa inaplicación al establecer que: “§ 36 der Gewerbeordnung findet keine Anwendung”.

Los organismos de certificación no son equiparados a aquellas entidades que realizan tareas de inspección en base a disposiciones legales. Esto se justifica a partir del hecho de que la certificación es llevada a cabo no en base a normas jurídicas, sino de acuerdo a las correspondientes normas nacionales fiel trasunto de las europeas. En síntesis aparece aquí la misma división que nuestra legislación hace entre seguridad (ámbito regulado u obligatorio) y calidad (ámbito no regulado o voluntario). Y nuevamente se suscita el mismo problema y confusión respecto al régimen jurídico de unas entidades que en ocasiones controlan por razones de seguridad y, en otras, certifican siguiendo parámetros de calidad. En el primer caso a partir de reglamentos técnicos; en el segundo observando normas técnicas nacionales que transponen las europeas.

La GSG está lejos de constituir un paradigma en cuanto a claridad en lo que atañe a la multiplicidad y diferente categorización de expertos en ella realizada. La distinción entre “expertos resultantes de un encargo público” (*Öffentlich bestellte Sachverständige*), “expertos reconocidos oficialmente” (*Amtlich anerkannte Sachverständige*), y “expertos certificantes” (*Zertifizierte Sachverständige*), constituye un esquema demasiado confuso. Ejemplo de ello es que, por ejemplo, aquellos posibles errores de las entidades o expertos reconocidos oficialmente que sean conocidos por los Tribunales son a su vez peritados exclusivamente por parte de los expertos de un encargo público²⁵⁷. Esta embarullada clasificación de expertos realizada por el legislador germano ha sido objeto de una doble consideración.

En primer lugar, en relación a los organismos notificados, se ha propuesto que tengan la consideración de *Beliehene*. El punto de conexión de estos organismos con el instituto de la *Beleihung* se encontraría en el proceso de acreditación. De este modo, la Entidad de acreditación sería el órgano habilitante (*beleihende Stelle*)

²⁵⁷ Vid. BLEUTGE, cit., § 36.8

y el encargado de realizar las funciones de control sobre los organismos notificados. El hecho de que los organismos notificados actúen en virtud de una relación contractual de naturaleza privada con el fabricante no vendría a suponer ningún inconveniente para su consideración como *Belihene*²⁵⁸.

Finalmente, y de forma crítica²⁵⁹ con la clasificación establecida en la GSG, se ha señalado que la coincidencia de numerosos elementos entre las diferentes categorías de “expertos” hace difícil observar en la mayoría de casos donde radica la diferencia. Así, se ha destacado la posibilidad de extender la acreditación al conjunto de “expertos” con el fin de lograr un régimen común. Las normas de la serie EN 45 000 posibilitarían, pues, no sólo la acreditación de organismos de certificación, sino que permitirían también la de las entidades oficiales de inspección. Igualmente la coincidencia de numerosos elementos entre estas últimas entidades y los expertos titulares de un encargo público hace difícil observar en la mayoría de casos donde radica la diferencia. Se llega así a plantear una confluencia de funciones en idénticos sujetos que, se argumenta, podría comportar una mayor y mejor competitividad (curiosamente eso es lo que perfila nuestra legislación) Un deslinde de funciones en una misma entidad que operaría a partir de la obtención de las oportunas acreditaciones. Así mismo, se concluye considerando que la distinción entre tipos diferentes de expertos puede llevar a la falsa creencia de unos niveles diferentes de solvencia o calidad que en realidad no existen. Lo que esta identidad exigiría es, en cambio, una regulación legal en la que fueran garantizados los controles administrativos. Naturalmente, la extensión de la acreditación sólo es posible atendiendo a su carácter de acto administrativo y a los ámbitos de actuación que la misma determine.

²⁵⁸ Vid. K-Ch. SCHEEL, “Bennanten Stellen...”, cit., pág. 447.

²⁵⁹ Vid. BLEUGTE, cit., § 36. 20

BIBLIOGRAFÍA

ABELSHAUSER, W., "Die deutsche Industrielle Revolution", en *Scheidewege der deutschen Geschichte* (H.-J. Wehler, ed.), Beck, Munich, 1995.

ABENDROTH, W., "El Estado del Derecho democrático y social como proyecto político" en *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986.

AGUADO I CUDOLA, V., *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.

ALBROW, M., *Abschied vom Nationalstaat*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1998 (ed. original en inglés: *The Global Age. State and Society Beyond Modernity*, 1996).

ALDECOA, F. y CORNAGO, N., "El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial", *REDI*, núm. 1, 1998.

ALLIÈS, P., *L'invention du territoire*, P.U.G, Grenoble, 1980.

ALVAREZ GARCIA, V., *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- "La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y la certificación", *REDA*, núm. 105, 2000.
- "La aplicación de las reglas del derecho de la competencia en el mundo de la técnica", *RAP*, núm. 152, 2000.
- "La capacidad normativa de los sujetos privados", *REDA*, núm. 99, 1998.
- "Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes", *RAP*, núm. 147, 1998.

ANSELMANN, N., "Die Rolle der europäischen Normung bei der Schaffung der europäischen Binnenmarktes", *R/W*, núm. 12, 1986.

- "Die Bezugnahme auf harmonisierte technische Regeln im Rahmen der Rechtsangleichung", en *Technische Regeln im Binnenmarkt* (P.-Ch. Müller-Graff, ed.), Nomos, Baden-Baden, 1991.

ARANA GARCIA, E., "Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 52, 1999.

ARBOS, X., "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.

ARBOS, X. Y GINER, S., *La gobernabilidad (Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial)*, Siglo XXI, Madrid, 1996, 2ª ed.

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

- "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.

ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUETARA MARTINEZ, M., y MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ARIZA DOLLA, G., *Barreras técnicas al comercio. Normalización, homologación y certificación de productos*, ESIC, Madrid, 1989.

ARON, R., *La República Imperial. Los Estados Unidos en el mundo (1945-1972)*, Alianza, Madrid, 1976.

ARPON DE MENDIVIL, A. y GARCIA VICENTE, R. (GómezAcebo & Pombo), "Legal Aspects of Standardisation in Spain", en AA.VV, *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, vol.II (ed. J. Falke y H. Schepel), Luxemburgo, 2000.

ARPON DE MENDIVIL, A. y MILLAN, R. (GómezAcebo & Pombo), "Equipos, aparatos e instaladores", en AA.VV, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

ARROYO HUGUET, M., *La industria del gas en Barcelona (1841-1933). Innovación tecnológica, territorio urbano y conflicto de intereses*, Serbal, Barcelona, 1996.

BACKHERMS, J., *Das DIN Deutsches Institut für Normung e. V. als Beliehener*, Colonia, 1978.

BADURA, P., "Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre", *Der Staat*, num. 16, 1977.

BAGHESTANI-PERREY, L., "Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science", *Le Dalloz*, num. 41, 1999.

BALLBE, M. y PADROS, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

BAÑO LEON, J. M^a., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGrawHill, Madrid, 1996.

- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria* Civitas, Madrid, 1991.

- “La potestad normativa de las Universidades”, en *Tercer Curso sobre Régimen Jurídico de las Universidades Públicas*, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 1995.
- “Los ámbitos del Reglamento independiente”, en *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor E. García de Enterría)*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991.

BARCELO, F., “Un sistema integrado de calidad para España”, *Economía industrial*, núm. 247, 1986.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988.

- “Consideración sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *RAP*, num. 82, 1977.

BAYONA, A., *El derecho a legislar en el Estado autonómico*, Tecnos, Madrid, 1992.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

- *Políticas ecológicas en la edad del riesgo (Antídotos. La irresponsabilidad organizada)*, El Roure, Barcelona, 1998.
- “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno* (U. BECK et al.), Alianza, Madrid, 1997.

BEJARANO, E., “Las cargas gremiales y su influencia en la decadencia de las corporaciones a mediados del siglo XVIII. El caso del gremio de carpinteros”, *Estudis d'Història Econòmica*, 1991.2.

BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BERG, M., *La era de las manufacturas 1700-1820. Una nueva historia de la revolución industrial británica*, Crítica, Barcelona, 1985.

BERLIN, I., “La unidad europea y sus vicisitudes”, en *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Península, Barcelona, 1995, 2ª ed.

BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *RAP*, num. 147, 1998.

BERNAL, J. D., *Historia social de la ciencia*, vol I, Península, Barcelona, 1979.

BERNARDINI, A., *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milán, 1966.

BERNERS-LEE, T., *Tejiendo la red*, Siglo XXI, Madrid, 2000.

- BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BLACK, J., "Constitutionalising Self-Regulation", *The Modern Law Review*, num. 59. 1996.
- BLANCHARD, A., *Les ingénieurs du Roy. De Louis XIV à Louis XVI*, Montpellier, 1979.
- BLEUTGE, en Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung*, vols. I y II.
- BOBBIO, N., *Teoría general del derecho* Debate, Madrid, 1992.
- BRENNECKE, V. M., *Normsetzung durch private Verbände (Zur Verschänkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz)*, Werner-Verlag, Düsseldorf, 1996.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt (Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981, 2ª ed.
- "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart", en *Recht, Staat, Freiheit (Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte)*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1991.
- BREULMANN, G., *Normung und Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- BRIAN, E., *La mesure de l'Etat. Administrateurs et géomètres au XVIIIe siècle* Albin Michel, París, 1994.
- BULLINGER, M., *Derecho público y Derecho privado* IEA, Madrid, 1976.
- "Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa", en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996.
- BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif* PUF, París, 1995.
- BURKE, E., "Reflexiones sobre la Revolución francesa" (1790), *Textos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona, 2000.
- CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998.

CANALS AMETLLER, D., "La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad", *Revista del Poder Judicial*, 1999.

CAPEL, H., SANCHEZ, J. E. y MONCADA, O., *De Palas a Minerva. La formación científica y la estructura institucional de los ingenieros militares en el siglo XVIII*, Del Serbal, Barcelona, 1988.

CAPELLA, M. y MATILLA, A., *Los cinco Gremios Mayores de Madrid*, Madrid, 1957.

CARANDE, R., *Carlos V y sus banqueros*, Crítica, Barcelona 2000.

CARDWELL, D., *Historia de la tecnología*, Alianza, Madrid, 1996.

CARLON RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones (Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías)*, La Ley, Madrid, 2000.

CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- "Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE. (La doctrina del TJCE sobre la "inoponibilidad" frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia "CIA Security")", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, 2000.

CARON, F., *Les deux révolutions industrielles du XXe siècle*, Albin Michel, París, 1997.

CASAS VALLES, R., "Política uniforme para la resolución de conflictos en materia de nombres de dominio", en *Internet y Derecho* (J. Cremades, R. Illescas y M. A. Fdez.-Ordoñez), Madrid, La Ley, 2001

CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

CIPOLLA, C. M., *Historia económica de la Europa preindustrial*, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976.

CIRIANO VELA, C. D., *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

CHITI, E., "La normalizzazione", *Trattato di Diritto Amministrativo- Diritto Amministrativo Speciale*, vol. III, (S. CASSESE dir.), A. Giuffrè Editore, Milán, 2000.

COLMEIRO, M., *Elementos del derecho político y administrativo de España*, Madrid, 1877.

CONDE, J. Y PEREZ, M^a M., "Nota sobre la regulación industrial: comentario a la Ley de Industria", *Autonomies- Revista Catalana de Derecho Público*, num. 16, 1993.

COZIGOU, G., "Un nouveau cadre juridique pour les applications biotechnologiques dans le secteur alimentaire: le règlement *Nouveaux aliments*", *Revue du Marché Unique Européen*, num. 2, 1997.

CUCHILLO FOIX, M., *La reforma del régimen local en Inglaterra y Gales*, IEAL, Madrid, 1987.

- *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996.

DAHL, R., *La democracia (Una guía para los ciudadanos)*, Taurus, Madrid, 1999.

DE LA SERNA BILBAO, M^a N., *La privatización en España (Fundamentos Constitucionales y Comunitarios)*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DE LA VALLINA Y VELARDE, J. L., *Transferencia de funciones administrativas*, IEAL, Madrid, 1964.

DEL SAZ, S., "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en AA.VV, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo (Tres estudios)*, Civitas, Madrid, 1992.

- *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

DERVILLE, A., "L'héritage des draperies médiévales", *Revue du nord*, LXIX, núm. 275, 1987.

DEVAUX, O., "La politique européenne de lutte contre la fraude en matière de marchandises au regard de la protection des consommateurs et de la liberté des échanges", en *Influence et impact du procès de construction européenne*, Toulouse-Gerona, 1998.

DI FABIO, U., *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, C. Heymanns, Colonia, 1996.

- *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1998.

- "Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung" en *VVDStRL*, núm. 56, 1997.

DIEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*, CEC, Madrid, 1984, 4^a ed.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEON, L., "La doctrina de las Fuentes del Derecho", en *Anuario de Derecho Civil*, XXXVII, 1984.

- “La Ley y la potestad normativa privada” en *Democracia representativa y parlamentarismo* (A. Lópeza Pina ed.), Madrid, 1994.

DIRKS, G. “Die Umweltschutzbeauftragten im Betrieb”, *Der Betrieb*, 1996.

DOMINGUEZ GARCIA, M. A., “Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

DU BOFF, R. B., “The Rise of Communications Regulation: The Telegraph Industry, 1844-1880”, en *Journal of Communication* vol. 34, núm. 3, 1984.

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel* vol II, Boccard, París, 1928, 3ª ed.

- “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, *RD publ.*, 1907.

EGEA, J., “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local* (J. Esteve Pardo, coord.), Civitas, Madrid, 1996.

ELIAS, G., *UNI 1921-1991 settant’anni al servizio dell’azienda Itala*, Hoepli, Milán.

EMMANUELLI, F.-X., *État et pouvoirs dans la France des XVIe-XVIIIe siècles*, Nathan, Paris, 1992.

ENTRENA CUESTA, R., *Los movimientos centralizadores en Inglaterra* IEAL, Madrid, 1960.

- “El régimen estatutario de los funcionarios como postulado constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor E. García de Enterría)*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991.

EPSTEIN, S., *Wage Labor and Guilds in Medieval Europe* Universidad de Carolina del Norte, 1991.

ERICHSEN, H.- U., *et alii, Allgemeines Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1995.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

- *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local. La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España*, Civitas, Madrid, 1991.
- *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes* Civitas, Madrid, 1995.
- “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, núm. 149, 1999.
- “El concepto de funcionario público en la Ley Orgánica del Notariado de

- 1862 (Notariado y burocracia en la España del siglo XIX)", en *Simposio Notarial 83*.
- "La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialectica Estado-sociedad. Perspectiva histórica", en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas-Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.
 - "El común origen del Derecho Administrativo y la ingeniería civil en el XIX", en *La configuración jurídico política del Estado liberal en España-Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)-*, Zaragoza, 1997.
 - "Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones deportivas (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1985), *REDA*, núm. 45, 1985.

FABER, K.-G., *Zum Verhältnis von Absolutismus und Wissenschaft* Maguncia, 1983, Akademie der Wissenschaften und der Literatur (*Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, núm. 5).

FALKE, J., *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA (Deutschland)*, vol. III, Comunidad Europea, Luxemburgo, 2000.

- "Normungspolitik der Europäischen Gemeinschaften zum Schutz von Verbrauchern und Arbeitnehmern", en *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, vol.3, Nomos, Baden-Baden, 1989.

FANLO LORAS, A., *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales* Civitas, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ DE PINEDO, E., *Historia de España* (M. Tuñón de Lara, dir.), vol. VII -*Centralismo, ilustración y agonía del antiguo régimen (1715-1833)-*, Labor, Barcelona, 1984.

FERNANDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.

- "Industria", *Derecho Administrativo Económico*, vol. II (S. MARTIN.RETORTILLO, dir.), La Ley, Madrid, 1991.
- "La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control", *RAAP*, num. 13, 1998.

FERNÁNDEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ TASCÓN, *Ciencia, Técnica y Estado en la España ilustrada*, Zaragoza, 1990.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., "Reflexiones sobre las llamadas Autoridades administrativas independientes", en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas-Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.

- *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración* IEAL, Madrid, 1972.

- "Inscripciones y autorizaciones industriales, *RAP*, num. 52, 1967.

FERRATER MORA, voz "ilustración" en *Diccionario de Filosofía*, vol. 2, Barcelona, 1991.

FERRO, V., *El Dret públic català. Les Institucions a Catalunya fins el Decret de Nova Planta*, Eumo, Vich, 1987.

T. FONT I LLOVET, "Algunas funciones de la idea de participación", *REDA*, núm. 45, 1985.

FONTANA, J., *La fi de l'Antic Règim i la industrialització (1787-1868)*, en *Història de Catalunya* (dir. Pierre Vilar), vol. 5, Barcelona, 1996, 5ª ed.

FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958.

- *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania)*, IEP, Madrid, 1975.
- "Der Jurist in der industriellen Gesellschaft", *NJW*, 1960.
- "La previsión existencial en la edad de la técnica", *Documentación Administrativa*, núm. 100, 1966.
- "Technisch bedingte Strukturwandlungen des modernen Staates", en *Technik im technischen Zeitalter* (ed. H. Freyer et alij), Düsseldorf.

FOURNIER, E. G y LA PERGOLA, M. S., "La nouvelle procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté", *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1996.

FRANCHINI, C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria* Padua, 1992.

FRONIA, J., "Keine Anwendung von nationalen technischen Vorschriften, die nicht zuvor der Kommission notifiziert wurden", *EuZW*, 12/1996.

FUKUYAMA, F., *La gran ruptura*, Barcelona, 2000.

GADAMER, H.-G., "Los límites del experto" en *La herencia de Europa—Ensayos—*, Península, Barcelona, 1990.

GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1987, 2ª ed.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid, 1992.

- "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", *RAP*, núm. 122, 1990.

GARCIA, J., CRESPO, J. y VOLTES, P., "Antecedentes de la constitución de los Cuerpos de Ingenieros Industriales", en *Cincuenta años de actuación de los Cuerpos de Ingenieros Industriales 1931-1981*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1982.

GARCIA COTARELO, R., "Origen y desarrollo del Estado del bienestar", *Sistema*, Núm. 80/81, 1987.

- "Crisis y reformulación del Estado del bienestar" en AA.VV, *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974.

- *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, 4ª ed.
- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *RAP*, núm. 17, 1955.
- "El servicio público de gas", en *Problemas actuales de régimen local*, IGO, Sevilla, 1986.
- "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria" en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998, 3ª ed.
- "Legislación delegada y control judicial" en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998, 3ª ed.
- "Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las Comunidades Autónomas (Sentencias constitucionales 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo), *REDA*, num. 95, 1997.

GARCIA LLOVET, E., "Conocimiento de la norma y seguridad jurídica", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo*—coord. F. Sosa Wagner, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *RAP*, núm. 131, 1993.

GARCIA MORALES, Mª J., *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, McGrawHill Madrid, 1998.

GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

- voz "Derecho Público", en *NEJ Seix*, t. I, 1985.

GARCIA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991, 2ª ed.

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., "¿Es aplicable la responsabilidad administrativa por la denegación, para operar en Internet, del registro de un

nombre de dominio de DNS de segundo nivel bajo "es"?", *RAP*, num. 149, 1999.

GARRABOU, R., *Enginyers industrials, modernització econòmica i burgesia a Catalunya*, L'Avenç, Barcelona, 1982.

GENY, B., *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930.

GHIDINI, G., "La competencia desleal desde las corporaciones al corporativismo", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 106, 1975.

GIANNETTI, R., *Tecnologia e sviluppo economico italiano 1870-1990* Il Mulino, Imola, 1998.

GIANNINI, M. S., *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo* INAP, Madrid, 1987, 2ª ed.

- *Diritto Amministrativo*, vol I, Milán, 1988.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado (Los efectos de la globalización en nuestras vidas)*, Taurus, Madrid, 2000.

GIERKE, O. von, *Teorías políticas de la Edad Media* CEC, Madrid, 1995.

GILLE, B *Histoire des Techniques (Encyclopédie de la Pléiade)*, Gallimard, París, 1993.

GILLISPIE, Ch. C., *Science and Polity in France at the End of the Old Regime* Princeton University Press, 1980.

GIPPINI FOURNIER, E. y SERENA LA PERGOLA, M., La nouvelle procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1996.

GINER, S. Y PEREZ YRUELA, M., *La sociedad corporativa*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

GOMEZ MENDOZA, A., "Transportes y crecimiento económico (1830-1930)" en *La modernización económica de España (1830-1930)*- N. Sánchez Albornoz ed. Alianza, Madrid, 1897.

GOMEZ NEBRERA, C., "Industria", *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994-1995*, Barcelona, 1995.

GONZALEZ IBAN, R Y AHIJADO QUINTILLAN, M., *El Banco Central Europeo y la política monetaria común. El Banco que gobernará Europa*, Pirámide, Madrid, 1999.

GONZALEZ VAQUE, L., "La anulabilidad de los reglamentos técnicos nacionales no notificados en el ámbito de la Directiva 83/189/CEE: efectos de la jurisprudencia *Security International* en la realización del mercado interior", *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 11, 1996.

- "Inaplicabilidad por los jueces nacionales de las reglamentaciones técnicas no notificadas a la Comisión Europea: la sentencia *Lemmens* del TJCE", en *GJ de la UE y de la competencia*, núm. 201, 1999, págs. 45 a 50.

GONZALEZ-VARAS, S., "El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros", *REDA*, núm. 94, 1997.

- "Derecho público y Derecho privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la *Administración y el Derecho privado* y sobre el tema de la *colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas*)", en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 8, 1999.
- *Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- "La polémica *sentencia del crucifijo* (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)", *REDC*, num. 47, 1996.

GRIMM, D., "Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechtsgesetzgebung", en *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (H. COING, ed.), III/1, Beck, Munich, 1982.

- "Evolución de las tareas del Estado y crisis del Estado de Derecho" en *Democracia representativa y parlamentarismo* (coord. A. López Pina), Madrid, 1994

GROCIO, H., *De la libertad de los mares*, CEC, Madrid, 1979.

GROSSI, P., *El Orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GUEHENNO, J.-M., *El fin de la democracia*, Paidós, Barcelona, 1995.

GUERY, A., "L'oeuvre royale. Du roi magicien au roi technicien", *Le Débat*, núm. 74, 1993.

HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, Tecnos, Madrid, 1984.

HAMILTON, R. W., "The Role of Nongovernmental Standards in the Development of Mandatory Federal Standards Affecting Safety or Health", *Texas Law Review*, vol 56, núm. 8, 1978.

HAMMER, F., "Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und schlanker Staat" en *DÖV*, núm. 15, 2000.

HATTENHAUER, H., *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Edersa, Madrid, 1981.

- *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987.

HAURIOU, M., *Droit Constitutionnel*, París, 1967.

- *Précis de Droit Administratif*, Prefacio a la 4ª ed. (1901). Se ha consultado la traducción española publicada en *Obra escogida de Maurice Hauriou* (trad. J. A. Santamaria Pastor y S. Muñoz Machado), IEA, Madrid, 1976.
- "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *La Cité moderne et les transformations du Droit, Cahiers de la nouvelle journée*, vol. IV, Librairie Bloud & Gay, París, 1925.
- *Principes de Droit Public*, 2ª ed., 1916 – citado por E. García de Enterría, en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* Civitas, Madrid, 1998, 3º ed.

HAYEK, F. A., *Los fundamentos de la libertad* Obras completas, vol. XVIII, Madrid, 1991.

HEINZ, K. E., "Delegation und Mandat. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung", en *Der Staat*, 1997.

HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

HERNANDEZ MARQUEZ, M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, IEP, Madrid, 1944.

HOFFMANN, W. E., *Unabhängigkeit und Neutralität – die TÜV und ihr Verband VdTÜV*, Wiesbaden, 1986

HOFFMANN-RIEM, W., "Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven", *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996.

HUMBOLDT, W. v., *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988.

IACONO, G., *La certification d'assurance qualité: de nouvelles questions pour le droit?*, "Droit Administratif", Mayo 1994.

IM HOF, U., *La Europa de la Ilustración* Crítica, Barcelona, 1993.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución CEC*, Madrid, 1991).

- *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlín, 1906 (ed. Española, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991).

JELLINEK, W., *Verwaltungsrecht*, Lehrmittel, Offenburg, 1948.

JIMENEZ-BLANCO, A., *Derecho público del mercado de valores*, CEURA, Madrid, 1989.

- "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", *REDA*, núm. 84, 1994.
- "La distribución de competencias económicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas* (S. Martín Retortillo, dir.), IEE, Madrid, 1989
- "La legislación sobre reconversión y reindustrialización", *REDA*, núm. 47, 1984.

JORDANA DE POZAS, L., "El problema de los fines de la actividad administrativa", *RAP*, núm. 4, 1951.

JOVELLANOS, G. M., *Obras publicadas e inéditas*, BAE, vol. II, Atlas, Madrid, 1952.

JÜNGER, E., *El trabajador*, Tusquets, Barcelona, 1990.

- "El Estado Mundial. Organismo y organización", *La Paz* (y otros escritos), Tusquets, Barcelona, 1996.

KANT, I., *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

KLOEPFER, M., "En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado", *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, monográfico sobre "El Derecho Administrativo en Alemania: tendencias actuales (II)", 1993.

KLUTH, W., *Funktionale Selbstverwaltung* Mohr, Tübinga, 1997.

KNAPP, B., "La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général", en *Mélanges Henri Zwaalen*, Lausanne, 1977.

KÖNIG, W., "Die Ingenieure und der VDI als Großerien in der wilhelminischen Gesellschaft 1900 bis 1918", en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft* (K. H. Ludwig ed.), Düsseldorf, 1981.

KRYGIER, M., "State and bureaucracy in Europe: the growth of a concept", en *Bureaucracy: The Career of a Concept* (E. Kamenka y M. Krygier, ed.), Arnold, Londres, 1979.

LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bolonia, 2000.

LADEUR, K.-H., "Gestión de riesgos como tarea del medio ambiente público y privado", en *IURIS*, núm. 1, Barcelona, 1994.

LANARO, P., "Guild Statutes in the Early Modern Age: Norms and Practices. Preliminary Results in the Veneto Area", en *Guild, Markets and Work Regulations in Italy, 16th-19th Centuries*, Ashgate, Brookfield-EE.UU, 1998.

LANDES, D. S., *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Tecnos, Madrid, 1979.

LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991

- "Delegación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

LE GOFF, J., *La civilización del occidente medieval*, Paidós, Barcelona, 1999.

LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

LOPEZ ESCUDERO, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, Granada, 1991.

- "La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. D-19, 1993.

- "Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 23, 1996.

LOPEZ-FONT MARQUEZ, J. F., *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993.

LOPEZ PINA, A., "Las tareas públicas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998.

LOPEZ PIÑERO, J. M^a., *Ciencia y técnica en la sociedad española de los siglos XVI y XVII*, Labor, Barcelona, 1979.

LOPEZ RAMON, F., "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente", *RAP*, núm. 126, 1991.

LÜBBE-WOLFF, G., "El principio de cooperación en el Derecho medioambiental (¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?)", en *Documentación Administrativa*, 235-236, 1993.

- "Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen", *VVDStRL*, num. 56, 1997.

LUNDGREEN, P., "Die Vertretung technischer Expertise im Interesse der gesamten Industrie Deutschlands durch den VDI 1856 bis 1890", en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft*, (K. H. Ludwig Hrsg), Düsseldorf, 1981.

LUZZATTO, G., voz "corporazione" en *Enciclopedia del Diritto*, X, Giuffrè Editore, 1962.

LYNCH, J., *La España del siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1999, 2^a ed.

LLOBERA, J. R., *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en*

Europa occidental, Anagrama, Barcelona, 1996.

LLOMBART, V., "Convicciones agraristas y actitudes industrialistas. Paradojas de la ilustración (de Adam Smith a Jovellanos)", en *Industrialización en España: Entusiasmos, desencantos y rechazos. Ensayos en homenaje al profesor Fabián Estapé*, Civitas, Madrid, 1997.

LLUCH, E., *La Catalunya vençuda del segle XVIII. Foscors i clarors de la Il·lustració*, Ed. 62, Barcelona, 1996.

- *Las Españas vencidas del siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1999.
- "La arquitectura modernista catalana contra la industrialización", en *Industrialización en España: Entusiasmos, desencantos y rechazos. Ensayos en homenaje al profesor Fabián Estapé*, Civitas, Madrid, 1997.

MACERA, B. F., *El deber industrial de respetar el medio ambiente (análisis de una situación pasiva de Derecho público)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- "La problemática de la asunción de la inspección administrativa por entidades privadas (Especial referencia al sistema de vigilancia ambiental de las actividades industriales)", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo* (F. Sosa Wagner, coord), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

MALARET GARCIA, E., *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas, 1991.

- "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *RAP*, núm. 145, 1998.
- "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, núm. 76, 1992.
- "Industria", en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. II, IEA, Barcelona, 1990.
- "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales", *RAP*, núm. 116, 1988.

MANGAS MARTIN, A., "La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", *REDI*, núm. 2, 1992.

- "El Tratado de la Unión Europea: una perspectiva general", en *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, 1992.

MANN, M., *Las fuentes del poder social*, vol. II, Alianza, Madrid, 1997.

MARBURGER, P., *Die Regeln der Technik im Recht*, Carl Heymans, Köln, 1979.

MARBURGER, P. y ENDERS, R., "Technische Normen im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1994*, UTR 27, Heidelberg, 1995.

MARTI, J.-A., voz "Inspección" de *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XII, 1987.

MARTI AROMIR, T., "El régimen de control, inspección y sanción en la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1998, de 24 de febrero, sobre la Intervención integral de la Administración Ambiental, *REALA*, num. 280-281, 1999.

MARTIN, H.-P. Y SCHUMANN, H., *La trampa de la globalización (El ataque contra la democracia y el bienestar)*, Taurus, Madrid, 2000.

MARTIN MATEO, R., *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental* Trivium, Madrid, 1994.

- *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.
- *Derecho Público de la Economía*, CEURA, Madrid, 1985.
- "De la economía española. La larga marcha hacia la liberalización", en *Libro Homenaje al Profesor José L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- "El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total", *RAP*, núm. 134, 1994.
- "La sustantividad del Derecho administrativo", *RAP*, núm. 53, 1967.
- "La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias. Su contraste con la Ley Orgánica del Estado", *RAP*, núm. 51, 1966.

MARTIN SAINT-LEON, E., *Histoire des corporations de métiers*, Paris, 1922. (se ha consultado la reedición llevada a cabo por SlatkineMegariotis Reprints, Ginebra, 1976).

MARTIN-RETORTILLO, L., *Energía nuclear y Derecho (Problemas jurídico-administrativos)*, Madrid, IEP, 1963.

- "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinvorsorge", *RAP*, núm. 38, 1962.

MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988.

- "La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho", *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", *RAP*, núm. 150, 1999.
- "Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria" en *Libro Homenaje al Professor José L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- "Consideraciones sobre los orígenes históricos del Derecho administrativo en España", *Don Luís Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Madrid, 1999.

MARTINEZ JIMENEZ, J. E., *La función certificante del Estado*, IEAL, Madrid, 1977.

MARTINEZ MARIN, A., *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1996.

MATTELART, A., *Historia de la utopía parlamentaria*, Paidós, Barcelona, 2000.

MATTERA, A., *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991.

- "L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur", *Revue du Marché Commun*, 1980.

MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, Munich, 1997.

MAYER, O., *Derecho administrativo alemán* vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982.

- *Derecho Administrativo Alemán*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1982.

McMILLAN, J., "Une politique européenne pour la promotion de la qualité", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, num. 411, 1997.

MEILAN GIL, J. L., *La "cláusula de progreso" en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968.

MELE, E., "Aspetti giuridici in materia di certificazioni di conformità", *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, il Mulino, Bologna, 1995.

MENCHETTI, P., "Legal Aspects of Standardisation in Italy", en *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA* vol II (J. Falke, H. Schepel, coord.), Luxemburgo, 2000.

MENJOT, D., "Les métiers en Castille au bas moyen âge: approche des "vécus socio-économiques" en *Les Métiers au Moyen Âge. Aspects économiques et sociaux*, Université Catholique de Louvain, 1994.

MILLAN, R., "Derecho internacional y Derecho comunitario de las telecomunicaciones", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* Aranzadi, Pamplona, 1999..

MINARD, Ph., *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Fayard, 1998.

- "Normes et certification des qualités: les règles du jeu manufacturier au XVIIIe. Siècle", en *Bretagnes. Art, négoce et société de l'antiquité à nos jours. Mélanges Jean Tanguy* (J.-Ch. CASSARD, ed.), Brest, 1996.

- “Les communautés de métier en France au XVIIIe. siècle: une analyse en termes de régulation institutionnelle”, en *Gremios, economía y sociedad* (C. E. Núñez, ed.), Sevilla, 1998.

MOLAS RIBALTA, P., *Los gremios barceloneses del siglo XVIII. La estructura corporativa antes el comienzo de la revolución industrial*, CECA, Madrid, 1970.

MOLES i PLAZA, R. J., *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, 2001.

MÖLLERS, Th. M. J., *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996.

MONTORO CHINER, M^a. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1989 ,10^a ed.

MORELL OCAÑA, L., *La delegación entre entes en el Derecho público español*, IEAL, Madrid, 1972.

MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MORSA, D., “Les métiers aux Temps modernes, reflets de situations médiévales?”, en *Les Métiers au Moyen Âge. Aspects économiques et sociaux*, Université Catholique de Louvain, 1994.

MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

- *Servicio público y mercado I (Los fundamentos)*, Civitas, Madrid, 1998.
- “Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías” en *RAP*, núm. 153, 2000.
- *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*, Taurus, Madrid, 2000.

MURO I BAS, X., “La Agencia de protección de datos”, *RAP*, núm. 147, 1998.

MURSWIEK, D., “Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht”, en *VVDStRL*, núm. 48, Berlín, 1990.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “Nuevas perspectivas sobre el régimen de

las medidas de seguridad en el ámbito industrial”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo* (F. Sosa Wagner, coord), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986.

- *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.
- “La retribución de los funcionarios en España”, en *Revista de Occidente*, 1967.
- “Algunas precisiones sobre el concepto de Policía”, *RAP*, núm. 81, págs. 35-75. Recogido posteriormente en su obra, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.

NINO, C. S., *Introducción al análisis jurídico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Las ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

- “Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 12, 1998.

OCHOA MONZO, J., *Riesgos mayores y protección civil*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

OJEDA MARIN, A., “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”, en *Estudios homenaje al profesor J. A. García-Trevijano Fos*, IEAL, Madrid, 1982.

ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1 (L. Parejo et alii), Ariel, Barcelona, 1996, 4ª ed.

ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Orbis, Madrid, 1983.

- “Meditación de la técnica”, en *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Alianza, Madrid, 1982.

OSSENBÜHL, F., “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, en *VVDStRL*, núm. 29, 1971.

PADROS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras (Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 2001.

PAEZ SANDUBETE, J. Mª. Y CARRASCO FENECH, F., “La normativa sobre sistemas de gestión medioambiental: un estudio de las aproximaciones de la Unión Europea y la International Organization for Standardization”, *Revista mensual de gestión ambiental*, num. 6, 1990.

PARADA VAZQUEZ, J.R., *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 9ª ed.

- "Las Administraciones independientes", en *Administración instrumental*, vol. I, *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas-Universidad de Sevilla Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.
- "La degeneración del modelo de función pública", *RAP*, núm. 150.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración pública (Los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*, Civitas, Madrid, 1983.

- "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", *RAP*, núm. 153, 2000.
- "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración instrumental*, vol. II, *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo* (coord. A. Pérez Moreno), Civitas-Universidad de Sevilla, Instituto García Oviendo, Madrid, 1994.

PATAULT, A.-M., "Les origines révolutionnaires de la fonction publique: de l'employé au fonctionnaire", *Revue historique de droit français et étranger*, núm. 64, 1986.

PAVON, R., "La normalización en España y en el mundo" en *Economía Industrial*, núm. 247, 1986.

PEINE, F.-J., "Grenzen der Privatisierung- verwaltungsrechtliche Aspekte", *DÖV*, 1997.

PENDAS GARCIA, M., *Los gremios en Cataluña en el siglo XVIII: las ordenanzas gremiales durante el Reinado de Carlos III, 1759-1788* Publicaciones de la Universidad de Barcelona –Tesis Doctoral en microficha–, 1995.

PEÑAFIEL RAMON, A., "Las ordenanzas de caldereros: un ejemplo más de gremio en la Murcia del siglo XVIII", *Murgetana*, 1986.

PENNEAU, A., *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989.

PEREZ TREMP, P., *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994.

PERUCCA, E., *Des origines de la metrologie au système international*, Turín, 1966.

PICARDI, "La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio", *Studi vari di Diritto Pubblico*, Milán, 1968.

PFAFFENBICHLER, M., *Armeros*, Akal, Madrid, 1998.

PICON, A., *Architectes et Ingénieurs au Siècle des Lumières*, Parenthèses, Marseille, 1988.

PIRENNE, H., *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza, Madrid, 1972.

POMED SANCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.

- "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP*, núm. 132, 1993.

PONCE SOLE, J., "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *RAP*, núm. 139, 1996.

POPPER, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1994.

PREVIDI, E y Mc. MILLAN, J., "Reglamentos técnicos, normalización y certificación en la Comunidad Europea", en *Economía Industrial* núm. 86.

PREUSS, U. K., "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social", *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

RAMBLA JOVANI, A. y LAS HERAS SANZ, C., "La aplicación en España de la legislación comunitaria en materia de productos e instalaciones industriales", *DA*, núm. 201, 1984.

REALE, G. y ANTISERI, D., *Historia del pensamiento filosófico y científico*, vol. II, Barcelona, 1999, 3ª ed.

REICH, N., "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post modernismo en la teoría jurídica", *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

REINHARDT, M., "Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht", *AöR*, num. 118, 1993.

REMOND, R., *Introducción a la historia de nuestro tiempo. El siglo XIX*, Vicens-Vives, Barcelona, 1983, 2ª ed.

REQUEJO, J. L., "El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997", *Cuadernos de Derecho Público*, num. 1, 1997.

RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.

- *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROßNAGEL, A., "Europäische Techniknormen im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrechts", *DVBl*, Octubre 1996.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a., *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1997.

RODRIGUEZ LABANDEIRA, J., "Relaciones laborales, sindicalismo y movimiento obrero", en *Historia universal contemporánea I* (J. Paredes, coord.), Ariel, Barcelona, 1999.

ROMA Y ROSSELL, F., *Las señales de la felicidad de España, y medios de hacerlas eficaces*, Edición facsímil de la edición de 1768, Diputación de Barcelona y Alta Fulla, Barcelona, 1999.

ROMANO, S., *L'Ordinamento giuridico (El Ordenamiento jurídico)*, traducción española de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo, IEP, Madrid, 1963.

RÖNCK, R., *Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Zulässigkeit und Praktikabilität ihrer Rezeption zur Realisierung des Gemeinsamen Marktes)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995.

RONELLENFITSCH, M., "Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht", *DVBl*, 1989.

ROSSI, P., *Los filósofos y las máquinas (1400-1700)*, Barcelona, Labor, 1970, 3^a ed.

- *El nacimiento de la ciencia moderna en Europa* Crítica, Barcelona, 1998.

ROYON, M., "L'urgence de systèmes nationaux de normalisation certification et leur connexion internationale", *RIDE* num. 1, 1999.

RÜFNER, W., "Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadenersatz- und Entschädigungsleistungen", *Allgemeines Verwaltungsrecht* (H-U. ERICHSEN, ed.), Berlin, 1995, 10^a ed.

RUMEU DE ARMAS, A., *Historia de la previsión social en España*, El Albir (edición facsímil de la del año 1944, en Ediciones Pegaso de Madrid), Barcelona, 1981.

- *Ciencia y tecnología en la España ilustrada. La escuela de caminos y canales*. Turner, Madrid. 1980.

RUPP, H. H., *Privateigentum an Staatsfunktionen? Eine fristische Untersuchung am Beispiel der Technischen Überwachungsvereine (¿Propiedad privada en las funciones estatales? Un estudio crítico en el ejemplo de las asociaciones de inspección técnica)*, Tubinga, 1963.

SAENZ RIDRUEJO, F., *Los ingenieros de caminos*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1993.

- *Ingenieros de caminos del siglo XIX*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1990.

SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

“Ejercicio privado de funciones públicas” en *Revista de Administración Pública*, num. 100-102, 1983.

SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *REDA*, núm. 42, 1984.

- “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en la obra colectiva *Telecomunicaciones por cable*, El Consultor-La Ley, Madrid, 2000.

- “Los dominios de segundo nivel en Internet: una aproximación desde el Derecho Público”, *Derecho sobre Internet*, (SALA ARQUER, J.M. Y BELLO PAREDES, S.A.), Banco Santander Central Hispano.

SALVADOR CODERCH, P., *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.

SALVADOR CODERCH, P. y SOLE FELIU, J., *Brujos y aprendices (Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto)*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SAMPER, A., voz “Ingenieros de Minas”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XIX., Seix, Barcelona.

SANCHEZ BLANCO, A., *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, Granada, 2000.

SANCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración-CEC, Madrid, 1980.

SANG, H.-P., “Technik und Staat im Absolutismus” en *Technik und Staat* (vol. 9 de la colección *Technik und Kultur*), Düsseldorf, 1992.

- “Die Französische Revolution und die Akademie”, en *Technik und Staat* (vol. 9 de la colección *Technik und Kultur*), Düsseldorf, 1992.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. II, Ceura, Madrid, 1999.

SANZ PEREZ, D., “Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental”, en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, Diciembre 1999.

SARRAILH, J., *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

SCHEEL, K-Ch., “Benannten Stellen: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes” (*Organismos notificados: Beliehene como instrumento par la realización del mercado interior*), *DVBI*, 1999.

SCHEPEL, H. y FALKE, J., *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and of EFTA. Comparative Report*, Luxemburgo, 2000.

- Vol. 2, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and of EFTA. Country Reports* (J. FALKE y H. SCHEPEL, coord.), Luxemburgo, 2000;
- Vol. 3, J. FALKE, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA. Deutschland*, Luxemburgo, 2000.

SCHMITT, C., *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Munich, 1932.

- *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- *Tierra y Mar (Consideraciones sobre la Historia universal)*, IEP, Madrid, 1952.
- *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963 (de la edición de 1932). Edición española (*El concepto de lo político*) en Alianza, Madrid, 1991.
- *Catolicismo y forma política*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *La Dictadura (Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria)*, Alianza, Madrid, 1999.

SCHMIDT-PREUSS, M., "Umweltschutz ohne Zwang – das Beispiel des Öko-Audit", en *Staatsphilosophie und Rechtspolitik (Festschrift für Martin Kriele)*, Beck, Munich, 1997.

- "Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung", *VVDStRL*, num. 56, 1997.
- "Normierung und Selbstnormierung aus der Sicht des öffentlichen Recht", *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, num. 24, 1997.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *et alii, Besonderes Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1995.

SCHOLL, L. U., "Der Ingenieur in Ausbildung, Beruf und Gesellschaft 1856 bis 1881", en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft* (K. H. Ludwig Hrsg.), Düsseldorf, 1981.

SCHOLZ, R., "Verkehrsüberwachung durch Private?", *NJW*, 1997.

SCHULZE, H., *Estado y nación en Europa* Crítica, Barcelona, 1997.

SEIDEL, A., *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Beck- Münchener Universitätschriften, Munich, 2000.

SMEND, R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (Constitución y Derecho constitucional), *Constitución y Derecho constitucional* CEC, Madrid, 1985.

- *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (1930) (- El Estado como integración: Una controversia de principio-, existe traducción española de J. A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997).

- "Integration", *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, 2ª ed.

SOBREQUES VIDAL, S., "La España de los Reyes Católicos", en J. VICENS VIVES (ed.), *Historia social y económica de España y América*, vol II, Barcelona, 1974.

SOLE FELIU, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SOLE TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1985, 13ª ed.

SONNENBERG, G.-S., *Hundert Jahre Sicherheit. Beiträge zur technischen und administrativen Entwicklung des Dampfkesselwesens in Deutschland 1810 bis 1910*, VDI-Verlag, Düsseldorf, 1968.

SORIANO, J. E., *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Colegio Español de Bolonia, 1993.

SOSA WAGNER, F., "La legalidad de la fijación de normas técnicas de calidad y otras cuestiones", *RAP*, núm. 84, 1977, págs. 661-670.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.

STAHLSCHMIDT, R., "Der Ausbau der technisch-wissenschaftlichen Gemeinschaftsarbeit 1918 bis 1933", en *Technik, Ingenieure und Gesellschaft* (K. H. Ludwig Hrsg.), Düsseldorf, 1981.

STOBER, R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, 1996 (10ª ed.), § 45 I (págs. 329-330). Existe traducción española de la séptima edición realizada por S. González-Varas, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1992.

STROMBERG, R. N., *Historia intelectual europea desde 1789*, Debate, Madrid, 1995, 3ª ed.

STUIBLE-TREDER, J., *Der Beliehene im Verwaltungsrecht*, Tubinga, 1986.

TARRES VIVES, M., "Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria, su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana," *RAP*, num. 145.

- "Un breve comentario en torno al momento actual de opinión sobre el Tribunal Constitucional alemán", *REDC*, num. 49, 1997.
- MESENBURG, Ph. Y TARRES, M., "La Ley alemana de protección contra las inmisiones y las perspectivas de transposición de la Directiva 96/61/CE al Ordenamiento jurídico alemán" en *Revista de Derecho Ambiental*, núm.

23. 1999.

- DARNACULLETA, M. y TARRES, M., “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe *Schlanker Staat*” en *Autonomies, Revista catalana de Derecho Público*, núm. 26. 2000.

TEROL GOMEZ, R., *El control público de las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TEUBNER, G., “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, en *Law & Society Review*, 1983.

- “Reflexives Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, num. 68, 1982.
- *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Mohr, Tübinga, 1978.
- *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/Nueva York, 1986.

THEYS, J., “L’expert contre le citoyen? Le cas de l’environnement”, en Ch. Join-Lambert, *L’Etat moderne et l’administration* LGDJ, Paris, 1994.

THRUPP, S. L., “La industria medieval, 1000-1500”, en *Historia económica de Europa –La Edad Media-* (C. M. CIPOLLA, ed.), Ariel, Barcelona, 1991.

TIMBAL, P.-C. y CASTALDO, A., *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Dalloz, París, 1985, 7ª ed.

TOCQUEVILLE, A. de, *El Antiguo Régimen y la revolución*, vol. I, Alianza, Madrid, 1982.

- *Recuerdos de la Revolución de 1848*, Trotta, Madrid, 1994.

TODD, E., *L’illusion économique*, Gallimard, 1999.

TOMAS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1987, 6ª ed.

TORNOS MAS, J., *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, 1999.

- “Las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Nuevo criterio para su delimitación en la STC 196/1997, de 13 de noviembre”, *REDA*, núm. 98, 1998.
- “El principio de legalidad en la doctrina jurídica española”, *Diritto Pubblico*, núm. 1, 1995.
- “Las relaciones entre la Ley y el Reglamento: reserva de ley y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *RAP*, núm. 100-102, 1983.
- “El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica”, *REDA*, núm. 29, 1981.

TORRES AGUILAR, "Sobre el control de los oficiales públicos en la Castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del Derecho romano", *RAP*, núm. 128, 1992.

TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Barcelona, 1983, 5ª ed.

VALENCIA MARTIN, G., *La defensa frente al neoproteccionismo en la Comunidad Europea*, Alicante, 1993.

VERIN, H., *La gloire des ingénieurs. L'intelligence technique du XVIe. XVIIIe siècle*, Albin Michel, Paris, 1993.

VERLEY, P., *La Révolution industrielle*, Gallimard, 1997.

VERNET GINES, J., *Historia de la Ciencia española* (reed.), Alta Fulla, Barcelona, 1998.

VICENS VIVES, J., *Manual de Historia Económica de España*, Barcelona, 1965, 4ª ed.

VIEWEG, K., "Technische Normen im EG-Binnenmarkt", en P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Technische Regeln im Binnenmarkt*, Nomos, Baden Baden, 1991.

VILLAR EZCURRA, J. L., *Derecho administrativo especial (Administración pública y actividad de los particulares)*, Civitas, Madrid, 1999.

- "Los cauces de la intervención administrativa", en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Madrid, 1999.

VILLAR GRANGEL, D., voz "Inspección", en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XIX., Seix, Barcelona

VILLAR PALASI, J. L., en *Administración y planificación*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

- *La intervención administrativa en la industria*, vol. I, IEP, Madrid, 1964.

- "Naturaleza y regulación de la concesión minera", *RAP*, num. 1.

- "Implicaciones jurídicas de Internet", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, num. 28, 1998.

VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

VILLAR Y ROMERO, J. M., voz "Ferrocarriles", *NEJ Seix*, t. IX.

VOELZKOW, H., *Private Regierungen in der Techniksteuerung*, Campus (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, vol. 24), Fráncfort del Meno, 1996.

WEBB, S. y B., *Historia del sindicalismo 1666-1920*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990.

WEBER, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.

- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1998.
- *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998.

WHITFORD, F., *La Bauhaus*, Destino, Barcelona, 3ª ed.

WILLKE, H., *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1997.

- *Ironie des Staates. Grundlinien einer Theorie des Staates polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1992.

WINCKLER, R., *Electrotechnical Standardization in Europe. A Tool for the Internal Market*, Bruselas, 1994.

- "Verfahren und Organisation der Harmonisierung technischer Normen - weltweit und im europäischen Rahmen", P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Technische Regeln im Binnenmarkt*, Nomos, Baden Baden, 1991

WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, Beck, Munich, 1987.

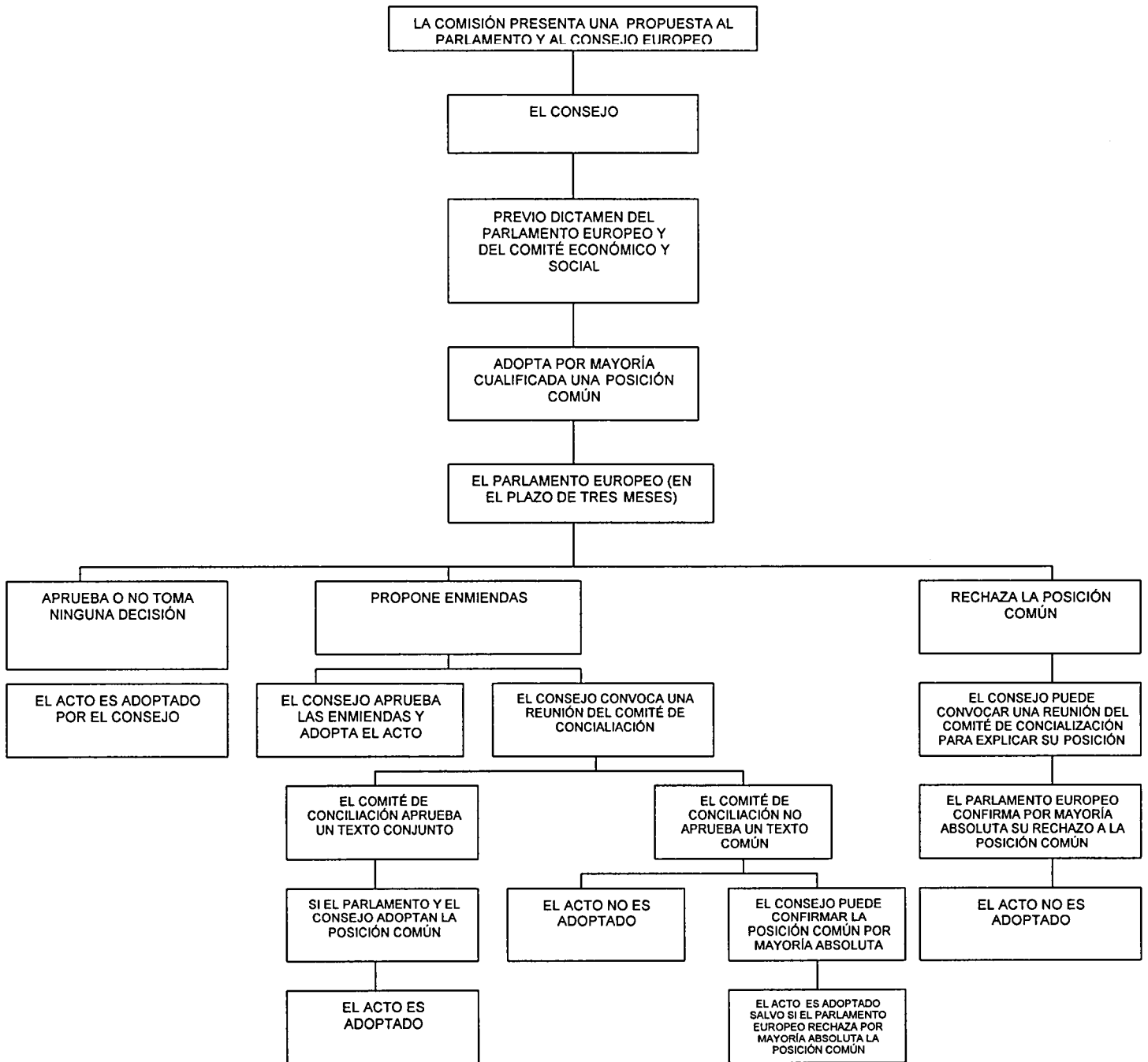
WORONOFF, D., *Histoire de l'Industrie en France* Seuil, Paris, 1994.

ZANOBINI, G., *Corso di Diritto Corporativo*, Milán, 1943.

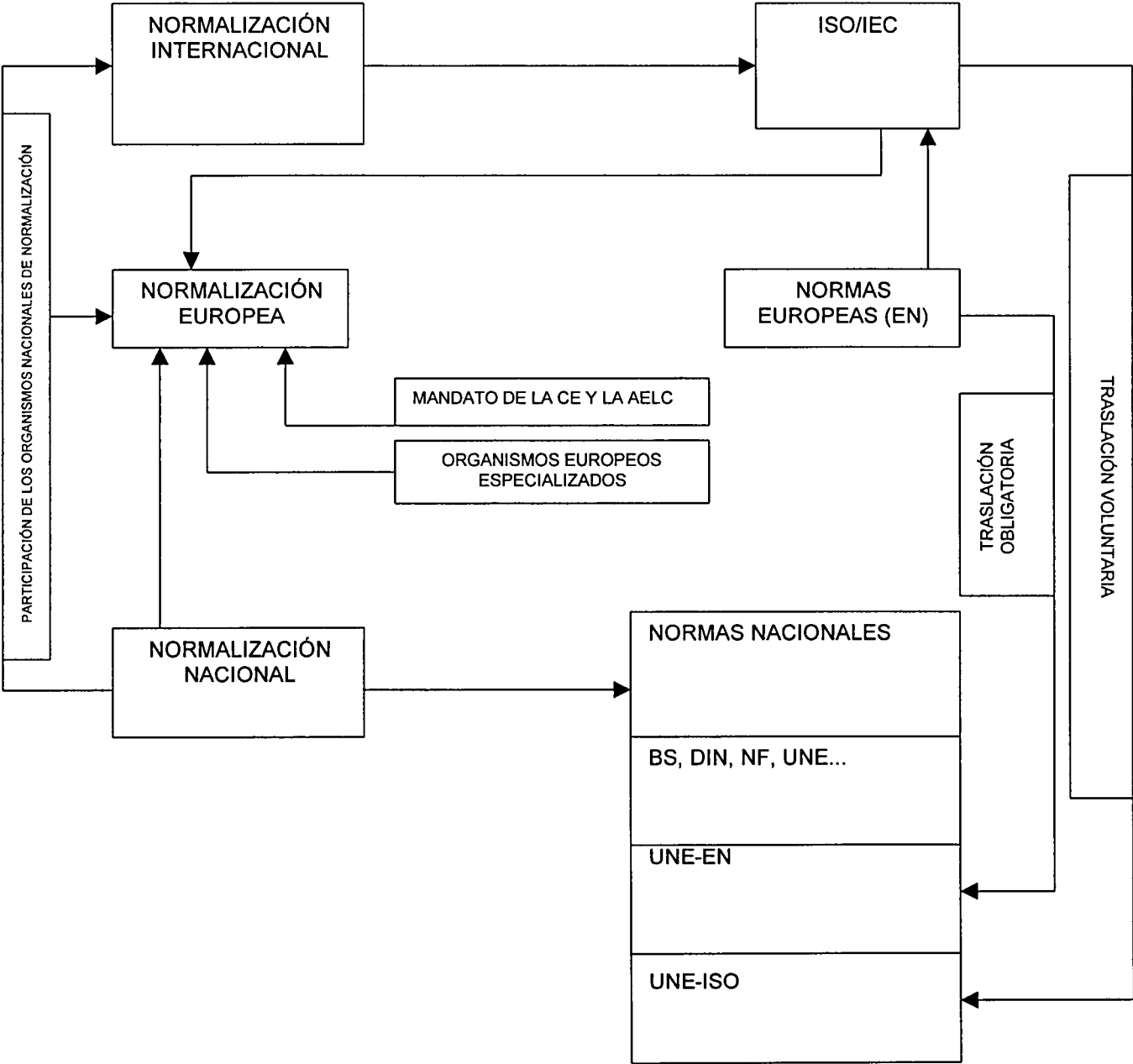
PROCEDIMIENTOS DE VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

<p>A. Control interno de fabricación</p>	<p>B. Examen de tipo</p>	<p>G. (Verificación de la unidad)</p>	<p>H. (GC: completa)</p>			
<p>Fabricante Documentación técnica a disposición de las autoridades nacionales A. <i>bis</i> Intervención del organismo acreditado</p>		<p>El fabricante presenta al organismo acreditado</p> <ul style="list-style-type: none"> — la documentación técnica — el tipo <p>El organismo acreditado</p> <ul style="list-style-type: none"> — evalúa la conformidad con los requisitos imprescindibles — efectúa las pruebas si procede — expide el certificado de homologación del tipo 	<p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — presenta la documentación técnica <p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — declara la conformidad con el tipo — pone el marcado «CE» 	<p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — adopta un sistema aprobado de conformidad para el diseño (SC) <p>El organismo acreditado</p> <ul style="list-style-type: none"> — controla el SC; — comprueba la conformidad del diseño (1) — expide el certificado de examen «CE de diseño» (1) 		
<p>D I S E Ñ O</p> <p>Fabricante</p> <p>— declara la conformidad con las exigencias básicas</p> <p>— pone el marcado «CE»</p> <p>A. <i>bis</i> El organismo acreditado</p> <p>— efectúa los ensayos sobre los aspectos específicos del producto (1)</p> <p>— efectúa controles por sondeo del producto (1)</p>	<p>C. (Conformidad con el tipo)</p> <p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — declara la conformidad con el tipo aprobado — pone el marcado «CE» 	<p>D. (GC de producción)</p> <p>EN 29002</p> <p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — adopta un sistema de calidad aprobado (SC) para la producción y los ensayos — declara la conformidad con el tipo aprobado — pone el marcado «CE» 	<p>E. (GC del producto)</p> <p>EN 29003</p> <p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — adopta un sistema de calidad (SC) homologado para la inspección y las pruebas — declara la conformidad con el tipo homologado con los requisitos imprescindibles — pone el marcado «CE» 	<p>F. (Verificación sobre producto)</p> <p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — declara la conformidad con el tipo aprobado o con las exigencias básicas — pone el marcado «CE» 	<p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — presenta el producto — declara la conformidad — pone el marcado «CE» 	<p>El fabricante</p> <ul style="list-style-type: none"> — adopta un SC aprobado para la producción y los ensayos — declara la conformidad — pone el marcado «CE»
<p>P R O D U C T O S E N T R A L I Z A D O</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— efectúa los ensayos sobre los aspectos específicos del producto (1)</p> <p>— efectúa controles por sondeo del producto (1)</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— aprueba el SC</p> <p>— efectúa el control del SC</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— aprueba el SC</p> <p>— comprueba el SC</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— comprueba la conformidad</p> <p>— expide el certificado de conformidad</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— comprueba la conformidad con los requisitos indispensables</p> <p>— expide el certificado de conformidad</p>	<p>El organismo acreditado</p> <p>— controla el SC</p>

ADOPCIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SEGÚN EL ARTÍCULO 251 DEL TRATADO CE



ORGANIZACIÓN DE LA NORMALIZACIÓN



Notificaciones por Estado miembro
1995-1998

