

José
ESTEVE PARDO

Colección
Divulgación Jurídica

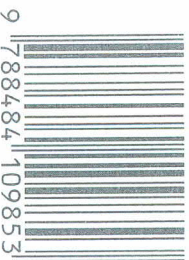
José
ESTEVE PARDO

Autorregulación
Génesis y Efectos

Autorregulación
Génesis y Efectos

C.M.: 20017

ISBN 84-8410-985-2



9 788484 109853

www.aranzadi.es

ARANZADI

ARANZADI
OMSON COMPANY

ARANZADI

III

Elementos de la autorregulación

La exposición y sistematización de fórmulas autorreguladoras ya operativas nos permite ahora ensayar una categorización del fenómeno, reparando en sus rasgos y elementos más característicos.

I. ELEMENTO SUBJETIVO. LA MATRIZ PRIVADA DE LA AUTORREGULACIÓN

Sin duda un elemento característico de la autorregulación, plenamente confirmado por lo demás en las experiencias referidas, es que se produce en la órbita privada, extramuros del Estado y de la Administración Pública. Los sujetos de los que proceden las manifestaciones y resultados de la autorregulación —ya sean normas, decisiones, inspecciones, auditorías, etc.— son, inequívocamente, sujetos privados. Este dato fundamental delimita la autorregulación de supuestos afines con los que en algún caso se confunde.

1. *Autorregulación y autoadministración. El caso de las Corporaciones de Derecho Público.*

Un supuesto que presenta notables similitudes con la autorregulación es la actuación de corporaciones de base privada que desarrollan actividades sujetas al Derecho público, al Derecho administrativo más concretamente.

En sentido lato se da ciertamente una autorregulación desde el momento en que es la corporación la que decide autónomamente. Y, de manera genérica e imprecisa, podría decirse que los miembros de la corporación se autorregulan pues deciden desde órganos representativos, sobre sus propios intereses y según sus propios criterios⁹⁸. Sin embargo, la consideración de estas Corporaciones como Administraciones Públicas —o, si se quiere, la aplicación del Derecho Administrativo a buena parte de su actividad— excluye de plano el presupuesto inicial de la autorregulación: su génesis en la órbita privada, su producción por sujetos privados.

Este es un principio incontrovertible para la doctrina alemana y que se aplica coherente y contundentemente al caso de la autoadministración o administración corporativa: La autoadministración es Estado, la autorregulación permanece en la sociedad⁹⁹. La autoadministración sólo pueden protagonizarla personas de Derecho público, mientras que la autorregulación se desenvuelve en las fórmulas organizativas y de personificación propias del Derecho privado. Idéntica conclusión se alcanza en el Derecho español: el régimen de las llamadas Corporaciones de Derecho público todavía ofrece, ciertamente, algunos aspectos controvertidos y no resueltos pero sobre lo que no parece existir duda alguna es de que esa autoadministración, cuando alcanza efectos públicos, se sitúa de lleno en la órbita de la Administración Pública —no en la sociedad— y está entonces plenamente sujeta

al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁰⁰.

En el Derecho anglosajón, en cambio, al no establecerse una sistematización y categorización de las Administraciones Públicas —como es usual en los Ordenamientos y doctrinas continentales— no se conoce, al menos con las notas que entre nosotros las caracterizan, las Corporaciones de Derecho público. De ahí que consideren como supuestos de autorregulación¹⁰¹ algunos que para nosotros no lo son por encuadrarse en la categoría de las Corporaciones de Derecho público y en la órbita de la Administración así ocurre, por ejemplo, con los Colegios Profesionales cuyo equivalente tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos son corporaciones privadas que operan en régimen de autorregulación.

2. Autorregulación y ejercicio privado de funciones públicas.

El dato subjetivo es sin duda determinante y desde luego es el que concentra la atención en los ya muy extendidos casos de ejercicio privado de funciones públicas. El presupuesto común a todos ellos es la presencia

100. Art. 2 c) de la Ley 29/1998, de 13 julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y disp. transit. primera de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

101. Así en el excelente artículo de Black, Julia: «Constitutionalising Self-Regulation», *The Modern Law Review*, núm. 59, 1996, pgs. 24 y ss. Está por lo demás extendida la idea de que lo característico de la autorregulación es la regulación de estándares de conducta de los miembros de una organización, así BALDWIN, R. y M. CAVE: *Understanding regulation*, New York, 1999, pg. 63. Este planteamiento conduce a encuadrar en la autorregulación la actividad desarrollada por las organizaciones profesionales que en la Europa Continental han tenido y conservan otra consideración vid. FANLO, A.: *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Madrid, 1992 y CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998.

98. Vid. como uno de los primeros desarrollos sobre el tema, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972.

99. Selbstverwaltung is Staat, Selbstregulierung bleibt Gesellschaft, así de rotunda es la afirmación de DI FABIO, Udo: «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 56, 1997, pg. 270.

de un sujeto privado y ahí podría advertirse la similitud con los casos de autorregulación.

Para valorar centeramente si nos encontramos ante realidades diferenciadas conviene indagar primero en la categoría que ahora consideramos, el ejercicio privado de funciones públicas, atendiendo a un dato que cobra una especial relevancia ante la aparición de nuevos sujetos. Un dato que nos obliga a precisar este elemento subjetivo: el dato de la imputación.

A. *Ejercicio privado de funciones públicas imputable a una Administración.*

Tradicionalmente ha sido éste —el de la imputación— un dato desatendido porque no se había desarrollado en torno a él distinción significativa alguna. El ejercicio privado de funciones públicas constituye una realidad poco definida todavía, sobre todo en sus contornos y en sus rasgos unitarios, pero parecía ofrecer o dar por sentado, al menos implícitamente, un presupuesto general: lo que está en la órbita privada, en manos de los sujetos privados, es el mero ejercicio de una función cuya titularidad permanece en la órbita pública, ordinariamente en la Administración¹⁰². Por ello, el resultado de la actuación, aunque procedente de un sujeto privado, se imputaba a una Administración Pública y asumía el régimen propio de los actos de la Administración. El Derecho aplicable era entonces el Derecho Administrativo¹⁰³. Con ello, el elemento

característico de la autorregulación que ahora consideramos —el elemento subjetivo de carácter privado— queda totalmente desvirtuado porque en rigor la decisión correspondiente, se imputa, a un sujeto público, a una Administración que asume *como propia* la inicial decisión del sujeto privado y que, por ello mismo, podría perfectamente rechazarla o rechazarla en su caso. Por lo demás, todo esta actividad, así como los mecanismos delegatorios que posibilitan su plena asunción *como propia* por la Administración está bajo el dominio del Derecho Administrativo. No estamos por tanto, en puridad, ante una decisión imputable a un sujeto privado, que resuelve autónoma y definitivamente, bajo propia responsabilidad, por lo que en tales supuestos de ejercicio privado de funciones públicas falta el presupuesto subjetivo de la autorregulación: el sujeto privado al que se imputa la decisión.

Precisamente el auge de la autorregulación en muy buena medida se debe a que, aun cuando la Administración Pública tome en consideración sus resultados, éstos no le son imputables a ella por lo que no puede asumir las responsabilidades que, en su caso, pudieran producirse. Si, por ejemplo, el régimen de comunicación ambiental ofrece —como entiendo y he podido exponer en el anterior capítulo— un relevante espacio para la autorregulación, ello supone que quien se responsabiliza de lo que allí consta es el titular de la instalación que comunica su apertura. No habría entonces responsabilidad de la Administración más allá de una limitada responsabilidad «in vigilando» que estaría reforzada en este caso al recibir una comunicación sobre el inminente inicio de una actividad¹⁰⁴. Este aligeramiento de responsabilidades ad-

102. Éste es el planteamiento inicial, cuando se constata el fenómeno de la colaboración de los particulares, y que en las categorías de la Europa continental, encuentra su primera acabada formulación en la obra de GENY, B.: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*. París, 1930.

103. Entre nosotros ese planteamiento reductor a una Administración sujeto ha sido particularmente firme en amplios sectores doctrinales que así cerraban filas en torno a teorías subjetivistas y estatutarias puesto que el ejercicio de potestades o funciones públicas que pudiera atribuirse en ciertos sujetos privados se acababa imputando a las Administraciones sujeto y el Derecho administrativo permanecía así como el

Derecho propio de estas Administraciones. Vid. al respecto acertadas observaciones críticas en CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la seguridad y calidad industrial*, cit., pgs. 544 y ss.

104. No sería desde luego, en este caso, una genérica y difusa responsabilidad en vigilando puesto que la legislación invita de manera expresa a la Administración para que en un plazo concreto inspeccione y verifique la instalación y el proyecto

ministrativas, que se endosan a las instancias privadas que responsablemente se autorregulan, es sin duda uno de los factores que más decisivamente promueve la autorregulación en el sector público en unos tiempos en los que la Administración se ve saturada de exigencias y costes, al tiempo que percibe serias limitaciones de conocimiento ante una complejidad creciente. En situaciones así, decidir sin conocer podría implicarla en responsabilidades gravosas. De ahí la tendencia a que decida quien conoce y a considerar y, hasta cierto punto asumir, las decisiones que adoptan los expertos. Éste es un orden de consideraciones en el que sin duda la autorregulación cobra su sentido.

B. Ejercicio privado de funciones públicas bajo propia responsabilidad.

Las circunstancias y tendencias apuntadas, particularmente la tendencia de las Administraciones a no asumir responsabilidades en sectores a los que no alcanzan sus conocimientos o capacidades y, más genéricamente, su tendencia a desprenderse en lo posible de responsabilidades, están sin duda en la base de un fenómeno relativamente reciente en nuestro ordenamiento: el reconocimiento de sujetos privados que ejercen funciones públicas bajo su propia responsabilidad, adoptando decisiones definitivas que la Administración asume sin reservas¹⁰⁵.

Estamos entonces también en presencia de supues-

tos de ejercicio privado de funciones públicas, pero si reparamos en el dato de la imputación se advierte una notable diferencia con respecto al caso enunciado en el anterior apartado¹⁰⁶. Ahora, cuando el sujeto privado ejerce funciones públicas bajo su propia responsabilidad, es a él y no a la Administración Pública a quien se imputa tales decisiones.

Pero el caso es que, entonces, un sujeto privado adopta, bajo su propia responsabilidad y con total autonomía, decisiones que afectan de lleno a funciones públicas, decisiones públicas que son asumidas como actos propios por las Administraciones Públicas que pueden a su vez adoptar medidas para la ejecución de aquéllas. En elemental coherencia, contra esas decisiones de sujetos privados se establece el régimen de recursos propios de los actos administrativos. Y es que si tal coherencia se mantiene habrá de concluirse que nos encontramos en tal caso ante actos sujetos al Derecho administrativo, actos administrativos. Y si la coherencia se lleva hasta el final habrá de superar la paradoja de que un sujeto particular dicte actos administrativos: o se entiende entonces que el concepto y radio del Derecho Administrativo se extiende más allá de donde llegan unos sujetos determinados, las Administraciones Públicas, para abarcar también ciertas actividades de sujetos privados, sin conexión con la Administración sujeto, o bien se considera que este tipo de sujetos que bajo propia responsabilidad ejercen funciones públicas forman parte de la Administración o, si se quiere, forman un grupo o escalón en el panorama de las Administraciones Públicas sea como Administración.

105.

presentado. Es ésta, en cualquier caso, una cuestión en la que no procede indagar aquí.

106. Una categoría que se acrecienta en nuestro ordenamiento, tal como destaca CARRILLO DONAIRE y que la detecta cuando «la función es directamente atribuida al particular por el ordenamiento jurídico, que sitúa a aquél en una posición externa al aparato Administrativo, de forma que el particular desarrolla su actividad con medios propios y en nombre propio, sin imputar el resultado de la misma a una Administración Pública», op. cit., pg. 551.

106.

Los supuestos de sujetos privados que ejercen funciones públicas no son de fácil adscripción a una categoría unitaria como pusiera de manifiesto SAINZ MORENO, F.: «Ejercicio privado de funciones públicas», *RAP*, núms. 100-102, 1983, pgs. 1699 y ss. pero lo cierto es que, últimamente sobre todo, toma cuerpo una distinción según se trate de actuaciones que se imputan a una Administración o se adoptan, con autonomía y bajo propia responsabilidad por el sujeto privado, externo a la Administración.

nistraciones mediatas –en la sistematización doctrinal al uso en Alemania¹⁰⁷– sea como Administración de segundo grado.

No procede en cualquier caso indagar aquí en las cuestiones, sin duda de gran calado, que acaban de apuntarse cuando de lo que se trata es de precisar que en estos supuestos, al entrar de lleno en la órbita de la Administración se abandona la que es propia de la autorregulación que se sitúa en la sociedad y desde la que se producen normas, decisiones o cualquier otra manifestación que puede ser tomada muy seriamente en consideración por la Administración Pública pero manteniendo su impronta privada, ajena a la Administración. Cuando se da un paso más, por así decirlo, y no sólo se toma en cuenta una decisión de un sujeto privado sino que, por expresa determinación legal, se asume como si fuera de la propia Administración, entonces nos situamos en unas coordenadas que ya no son las de la autorregulación.

Lo cierto es que sujetos con estas características –capaces de ejercer funciones públicas bajo propia responsabilidad y resolver con autoridad– están ya contemplados en nuestro Ordenamiento. Un sector característico en el que son llamados a operar es el de la seguridad industrial y, en él, su principal cometido se centra en el conocimiento, valoración, control y, en su caso, eliminación de riesgos. Un ámbito éste –el que se configura en torno al control y gestión de riesgos– en el que, como ya hemos destacado, son constantes los flujos y reflujo entre lo público y lo privado. La novedad que se advierte

en algunos de los sujetos privados que en esa órbita intervienen es que pueden adoptar decisiones que no sólo es ya que la Administración asuma sin reservas, sino que a su vez adoptará las medidas propias de ejecución de una resolución administrativa: hay en definitiva un reconocimiento de autoridad a las decisiones de esos sujetos privados.

Dos circunstancias ya aludidas explican el reconocimiento de estos sujetos y su identidad. Una es la complejidad técnica de muchas instalaciones industriales y de la propia normativa de seguridad a que están sujetas; una complejidad que desborda a la Administración ordinaria. Y la otra es que si la propia Administración tiene limitaciones de conocimiento, si está ciega ante las decisiones sobre riesgos de las instalaciones, resulta explicable entonces que no asuma responsabilidades por aquellas decisiones que ella no adoptó. La actuación de la Administración puede reducirse entonces a la ejecución de unas resoluciones externas: las que bajo su propia responsabilidad adoptan unos sujetos privados con conocimientos técnicos de los que la Administración carece. Uno de estos sujetos puede, por ejemplo, concluir que una instalación crea un riesgo inadmisibles para la normativa de seguridad. La Administración, asumiendo plenamente esta decisión se limitará a la ejecución de la misma, empleando en su caso los medios coactivos o de ejecución forzosa de los actos administrativos.

El reconocimiento legal de estos sujetos produce cierto desconcierto en nuestro entorno conceptual. Un desconcierto que se ha hecho patente en las primeras aproximaciones jurisprudenciales¹⁰⁸. En descargo de ello

107. Los *beliehene* o sujetos privados que en virtud de una habilitación (*Beleihung*) necesitada de expresa cobertura legal ejercen bajo propia responsabilidad funciones públicas son unánimemente considerados como integrantes de la Administración mediatas o indirecta (*Mittelbare Verwaltung*) que se distingue así de la Administración inmediata o directa: del Bund, del Land, de los Municipios, etc. Es una característica que se acoge en cualquier tratado o manual.

108. En ellas se afirma inequívocamente que estos sujetos desarrollan una función pública y que sus declaraciones «tendrán la misma validez» que las de la Administración –mejor sería tal vez hablar de efectos y no de validez– pero no se acierta a fundar en un título su posición que se quiere explicar en el esquema concesional en el que el particular es ejecutor de unas decisiones de la Administración, un esquema que justamente se invierte en el caso que nos ocupa. Sobre esas

debe significarse que se trata de fórmulas que no tienen tradición en nuestro sistema pero que están sin embargo muy ensayadas en otros Estados europeos con distinta trayectoria en ellos de la correlación entre particulares y Administración en punto al control y gestión de riesgos industriales¹⁰⁹. Fórmulas que también son acogidas por el Derecho Europeo y de ahí pasan a nuestro Ordenamiento interno¹¹⁰. Pero allí donde hace tiempo están arraigadas y, por ende, sobradamente estudiadas, la conclusión es inequívoca: estos sujetos adoptan bajo su propia responsabilidad actos administrativos que luego pueden ser ejecutados como tales por la Administración ordinaria. Están entonces en la órbita de la Administración Pública¹¹¹ y, a nuestros efectos, la conclusión es

cuestiones de catalogación jurídica de la cobertura de esos sujetos para el ejercicio de sus funciones me ocupé en *Técnica, riesgo y Derecho*, cit., pgs. 141 y ss. En la misma línea, con atinados comentarios sobre la jurisprudencia más reciente, CANALS I AMETLLER, D.: «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razos de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pgs. 459 y ss.

109. Así en la Exposición de Motivos de la Ley de Industria de 1992 se afirma significativamente que «en el campo de la seguridad industrial tienen un relieve especial las disposiciones referentes a normalización, homologación y certificación; el gran incremento y complejidad de las mismas, en todos los países industrializados, ha supuesto que estas funciones hayan pasado en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones públicas y laboratorios privados».

110. CANALS I AMETLLER, D.: «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico...», cit., pg. 471.

111. Y son por ello excluidos de la órbita de la autorregulación, en ese sentido D. FABIO, Udo: «Vervaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», cit., pg. 271. En la que fuera su ponencia para las jornadas de la Asociación de profesores alemanes de derecho público en las que se trató el tema de la autorregulación, este autor opera constantemente con la distinción y dialéctica entre Estado y sociedad; la autorregulación se adscribe a esta última mientras que los sujetos que, bajo propia responsabilidad, actúan funciones públicas (*Belehenene*) se adscriben a la Administración, al Estado.

también clara: su actuación en estos casos no puede considerarse autorregulación. Falta ahí el presupuesto subjetivo o de la génesis de la autorregulación: que proceda de sujetos privados que actúan en régimen de derecho privado.

Es cierto que el control, prevención y gestión de riesgos es un terreno idóneo para la autorregulación y ésta es la esencia de varias técnicas y fórmulas que ya conocemos, como puedan ser las ecoauditorías o el régimen de comunicación para la apertura de instalaciones. Autorregulación hay cuando los resultados y referencias que ofrece un sujeto privado—los resultados de una ecoauditoría o las referencias de una comunicación, por seguir con el ejemplo—son tomados en consideración por la Administración—u otras instancias públicas—pero no hasta el punto de ser asumido sin reservas en todos sus términos y convertirse en mera ejecutora. Si esto sucede se rebasa ya por completo el marco privado característico de la autorregulación.

Como veremos con mayor detalle más adelante, la autorregulación puede alcanzar diversos grados atendiendo a la relevancia que sus resultados tengan para los poderes públicos. Pero existe un grado máximo en el que esos resultados de la autorregulación son plenamente asumidos por la Administración como propios a todos los efectos. Se ha permeabilizado entonces la membrana de la Administración y por ello ya no puede hablarse de autorregulación, que necesariamente ha de desenvolverse en la órbita privada. Y ello es así aunque la actuación que ahora se incorpora a la Administración se desarrollara originariamente, históricamente si se quiere, en clave de autorregulación. Es así perfectamente posible que, en un momento dado—y desde luego, tal como habrá ocasión de precisar, por expresa determinación legal—las declaraciones o decisiones que antes emitían unos sujetos en régimen de autorregulación—declaraciones o certificaciones privadas, por así decirlo—

pasen a ser consideradas como decisiones de la Administración, o sujetas al Derecho administrativo, lo que antes era autorregulación dejaría de serlo entonces.

II. ELEMENTO OBJETIVO. LOS CONTENIDOS DE LA AUTORREGULACIÓN

Se han ido deslizando diversas referencias —certificaciones, códigos éticos, comunicaciones, normas técnicas— a las expresiones de la autorregulación. Llegados a este punto parece conveniente intentar una sistematización de las mismas reparando prioritariamente en su contenido. Una sistematización, ciertamente convencional, en la que encontramos algunas realidades apuntadas ya al exponer los espacios de la autorregulación, pero presentadas ahora desde otra perspectiva.

1. La autorregulación normativa.

En primer lugar debe significarse la existencia de una creciente autorregulación de contenido normativo. Sin duda, el más claro exponente lo ofrecen las normas técnicas. En su más general caracterización, este tipo de normas tiene un prolongado arraigo histórico cuyo punto de origen se sitúa convencionalmente en los estatutos y normas gremiales. El moderno Estado constitucional suprimió estas instituciones y asumió el monopolio normativo, sin duda más acusado allí donde se rechazaron de plano las corporaciones y los cuerpos intermedios, tal como ocurriera en Francia y también, aunque en menor medida, en España. En estos países la actividad de normación técnica e industrial fue asumida en pleno por el de Estado que pretendió incorporar toda la técnica a su propia estructura, formando en sus Ministerios a todos los ingenieros a los que integraba luego en cuerpos de funcionarios. En los Estados alemanes, por el contrario, se mantuvo el escalón asociativo¹¹² y no fue tan resuelta

la decisión del Estado por el total dominio e incorporación de la técnica. Eran ya bien pujantes allí en el siglo XIX las asociaciones de empresarios, industriales e ingenieros —formados estos últimos en las Universidades y no en Escuelas especiales (camerales en origen) de los Ministerios como ocurría en Francia y España¹¹³— que elaboraban normas técnicas.

Con el desarrollo de la industria, del paralelo aumento de los riesgos y las consecuentes exigencias de seguridad, las necesidades de normalización industrial rebasan la órbita estatal y son agrupaciones o asociaciones privadas las que dan respuesta a las mismas. El espectacular desarrollo de estas normas se debe al incremento de la complejidad técnica que guarda mucha relación con la especialización de los diferentes sectores industriales y

ción exclusiva entre Estado e individuos, en Alemania se mantuvo un nivel intermedio ocupado por colectividades, corporaciones, agrupaciones que encuentran su cobertura conceptual en la *Genossenschaft* (desarrollado sobre todo por Otto Von GIERKE, en su monumental obra, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Berlín, 1868) de ahí se deriva en muy buena medida el reconocimiento de «derechos» en favor de corporaciones o entes corporativos como puedan ser los Municipios o las Universidades —en una tradición ajena a la nuestra—; «derechos» que luego se configuran técnicamente como garantías institucionales. Esa evolución la traté con detalle en relación a los entes locales en mi libro *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre administración autonómica y orden local*, 1991. Con relación a las Universidades hemos tenido ocasión de hacer referencia, en el presente estudio, al «derecho», garantía institucional, de la libertad de investigación que se predica en favor de las universidades. En cualquier caso, es en ese escalón intermedio, asociativo, corporativo, o como se le quiera llamar, en el que se ubicaron desde el siglo XIX asociaciones de normalización en Alemania que se mantienen plenamente operativas en la actualidad. Asociaciones de ese tipo no existían entonces en Francia o España donde toda la regulación de los aspectos técnicos e industriales procedía de la Administración del Estado y sus poderosos cuerpos de ingenieros.

¹¹³. Sobre ello, véase ESTEVE PARDO, J.: «El común origen del Derecho administrativo y la ingeniería civil en el XIX», en *La configuración jurídica política del Estado liberal en España*. Zaragoza, 1997.

¹¹². A diferencia de Francia, donde se estableció una bipolariza-

que restringe a los expertos de cada uno ellos el conocimiento necesario para dictar las normas de seguridad y calidad.

Pero, en cualquier caso, es un fenómeno mucho más reciente el que ha conferido a las normas técnicas su incuestionable relevancia. Se trata del rápido proceso de unificación, procedimentalización y racionalización que se ha registrado en los últimos años, un proceso incentivado y auspiciado por los Estados y más aun, si cabe, por la Unión Europea. La lógica pretensión desde las instancias europeas es la unificación de normas técnicas: que en toda Europa sólo exista una única norma técnica en cada sector, subsector o producto. Un objetivo imprescindible para la formación de un verdadero mercado único en el que los productos y piezas respondan a una misma definición normativa y resulten perfectamente intercambiables. La propia Unión Europea intentó acometer ese proceso de normalización técnica pero pronto se percibió que era un objetivo inalcanzable por la diversidad, especialidad y complejidad misma de los sectores. Por eso la Unión Europea cambió su estrategia con el llamado *nuevo enfoque*, confiando que ese proceso de normalización sea desarrollado por instancias privadas con el apoyo y los incentivos de las instancias europeas para conseguir la unificación normativa.

La elaboración de normas técnicas se mantiene así en manos privadas, pero el proceso de unificación de las mismas las dota de una autoridad difícilmente contestable. No pueden ser contrastadas con otras normas técnicas pues, al pretenderse la unificación, se quiere eliminar la pluralidad de normas que era antaño la situación ordinaria¹¹⁴. Y si hay una sola norma ésta será la ineludible

¹¹⁴. Lo normal ha sido que sobre un producto, un sistema de producción, o cualquier otra realidad industrial o técnica susceptible de normación, pudieran obtenerse diversas referencias: desde las normas que elaborara una corporación profesional, hasta los métodos utilizados por la principal y más solvente empresa del sector, pasando por las normas que pudiera ela-

referencia que tengan en consideración los poderes públicos cuando intervengan en ese ámbito. Norma que será, por ejemplo, la referencia que tome en consideración la Administración Pública para establecer los límites del riesgo permitido o para exigir la incorporación de unas técnicas o métodos—en los términos que esa propia norma fije— a las instalaciones que deban adaptarse a la mejor tecnología disponible por contener esta cláusula su licencia de actividad; en otros casos, la norma técnica será atendida por los Tribunales para determinar la diligencia o deber de cuidado exigible en vistas a determinar responsabilidades. Ciertamente es que el Tribunal no está vinculado por esta norma técnica pero carecerá de otras con las que contrastarla o, en su caso, que tomar como referencia alternativa. Con todo ello la autorregulación normativa adquiere una relevancia desconocida hasta hace poco cuando era mucho más informal, difusa, no unitaria por supuesto. En realidad se tendía a operar con un instrumento menos definido y preciso que las normas técnicas: las «*regulae artis*», que constituyen también una manifestación de la autorregulación normativa.

Las «*regulae artis*» son los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación que puede ser de muy variado contenido: desde la instalación

borar una asociación de fabricantes. Por supuesto todas esas referencias variaban de un país a otro, cuando no de una región a otra. Se operaba en realidad con referencias que están más próximas a las «*regulae artis*» que a las normas técnicas. Estas últimas son, en principio, el resultado de procesos de elaboración más rigurosos—con interés de la participación en ellos de todos los sujetos, técnicos y expertos del sector— y sobre todo con una pretensión de generalidad. La aspiración natural de una norma técnica no es la de ofrecer una experiencia reiterada—como pueda ser común en la «*lex artis*»— sino la de constituir la referencia única y unificadora del mercado con todos sus efectos positivos de intercambiabilidad y acoplamiento de productos y piezas. Ésta es, como no puede ser de otra manera, la pretensión de la Unión Europea al promover un proceso de normalización técnica.

de una caldera de calefacción hasta una intervención quirúrgica. En muchos casos no están ni tan siquiera expresadas por escrito y se conocen entonces –por ejemplo en un proceso judicial en el que se ventila una cuestión de responsabilidad y deber de cuidado o diligencia– recabando la opinión o el dictamen de representantes de un sector profesional para que pongan de manifiesto los métodos y procedimientos generalmente aplicados y reconocidos como idóneos. No hay entonces una actividad previa organizada y procedimentalizada de autorregulación que produzca estas «regulae artis».

Pero, en otros casos, diferentes agrupaciones, colegios o asociaciones establecen una serie de criterios, normas o protocolos que constituyen una referencia para quienes operan en ese sector. Se produce entonces, con un rigor formal variable según los casos, una autorregulación que se manifiesta en instrumentos de carácter normativo. En algunos de esos supuestos las «regulae artis» pueden equipararse a normas técnicas. O mejor y visto desde otra óptica, en algunas normas técnicas pueden advertirse enunciadas ciertas «regulae artis». Pero, de todas formas, existen diferencias entre ambas aunque sean tendenciales. Las normas técnicas tienden a asemejarse a las normas jurídicas: se manifiestan por escrito, tienen por ello un enunciado rígido y aspiran a la seguridad y generalidad; por lo demás son, de ordinario, normas referidas a una realidad material unitaria, independiente de su entorno, que admite una sola descripción, pues generalmente se trata de normas que definen un producto o una tecnología con unos elementos dados. La «lex artis», por su parte, no se expresa normalmente por escrito y, si así sucede, no es con la pretensión de ofrecer un régimen insoslayable sino una referencia más precisa por documentada. Es normal la existencia de otras referencias que, en cualquier caso, no se enuncian con carácter general puesto que, al referirse a procedimientos y modos de actuación, la «lex artis» está muy condicionada por el entorno: no se le puede exigir el mismo

proceder a un médico en un hospital de primer orden, utilizando la mejor tecnología y un personal auxiliar de acreditada competencia que cuando, esa misma intervención, debe desarrollarse en ausencia de esos medios¹¹⁵, de ahí que se utilice el concepto de «lex artis ad hoc» que impide tratamientos generales rígidos pero que no invalida, sino que en todo caso modula, las referencias que pueden ofrecer las previsiones y criterios que por vía de autorregulación se establezcan.

Bien diferenciados de las «regulae artis», los códigos éticos constituyen una de las más acabadas manifestaciones normativas de la autorregulación. La tipología que se encuentra en la práctica es, desde luego, muy variada pero es hasta cierto punto común la pretensión de ofrecer una regulación acabada de la conducta a observar en un radio de acción que viene determinado por una condición personal, como pueda ser la del funcionario, o una organización, como pueda ser una empresa. Tienen una mayor tradición en la órbita anglosajona de la que proceden algunos modelos que se han tomado aquí como referencia¹¹⁶. Al igual que ocurre con las normas técnicas, se observa también una tendencia sistémica que se orienta a la unificación o refundición de códigos y que en no pocos casos se complementa con la proliferación de otros muchos en un nivel superior. Una tendencia que, alentada por la CNMV, hemos podido observar bien a las claras en el gobierno de sociedades cotizadas: elaboración de un código marco y concreción por las empresas que elaboran sus propios códigos tomándole como referencia.

Las anteriores manifestaciones normativas de la auto-

115. Sobre esta cuestión, y desde diversas perspectivas, vid. *Responsabilidad del personal sanitario*, AA VV, CGPJ. Madrid, 1994.

116. De algunos ya se ha dado cuenta en páginas anteriores como son los referidos al buen gobierno de sociedades cotizadas. Así, en el Reino Unido, los códigos «Cadbury», «Hampel» y «Greenbury», refundidos luego en el llamado «Supercode».

regulación proceden de instancias privadas; este es, como ya nos consta, un dato consustancial a la autorregulación. No se trata así, en ningún caso, del ejercicio de una potestad normativa de los poderes públicos. Las normas que son resultado de la autorregulación no se integran en el ordenamiento jurídico, no vinculan en rigor ni a los particulares—salvo que por vía convencional decidan sujetarse a las mismas—ni, por supuesto, a los poderes públicos. Pero, como es nota común a la autorregulación, aunque no exista esta vinculación jurídica en su sentido más formal, estas normas constituyen referencias, a veces insoslayables, para estos poderes públicos.

En esa consideración que desde las instancias públicas se efectúa puede darse un salto cualitativo cuando, desde el propio ordenamiento jurídico, se producen remisiones a lo que estas normas establezcan. En tal supuesto, si se trata de una remisión lo suficientemente precisa y rigurosa, en unos términos que no procede analizar aquí pero que implicarían la plena incorporación de esa norma de origen privado al ordenamiento jurídico, en tal caso, digo, la norma se desprende de la óptica privada característica de la autorregulación para alcanzar los plenos efectos de una norma jurídica y recibir también el tratamiento propio de éstas. No estamos entonces en presencia de un instrumento de autorregulación. Su génesis se encuentra ciertamente en la autorregulación privada pero los efectos que acaba alcanzando, su fuerza vinculante como norma jurídica, no se deben ya a la fuerza de las instancias privadas autorreguladoras, sino a la decisión que desde el propio ordenamiento jurídico se adopta por la incorporación de esa norma, que deja de ser entonces una norma privada para convertirse en norma jurídica con sus naturales efectos vinculantes y el reconocimiento como tal por la Administración y Tribunales.

2. *Autorregulación declarativa. La información de referencia.*

Lo que se ha concluido con respecto a las manifesta-

ciones autorreguladoras de carácter normativo es extensible a las manifestaciones consistentes en decisiones singulares: no pueden tener efectos públicos vinculantes. Si los alcanzarán—lo que implicaría comprometer al aparato estatal en la ejecución de tales decisiones—se habría superado entonces el ámbito propio de la autorregulación.

Si las resoluciones de contenido singular de la autorregulación carecen de fuerza vinculante, ha de reconocerse entonces que lo procurado por ellas no es tanto una decisión o una resolución, como una información. Este último es el contenido relevante. La genuina aportación que el producto singular de la autorregulación supone no es, como con frecuencia ofrece el acto administrativo, la resolución de un procedimiento en el que se otorga o deniega una solicitud, o en el que se resuelve sobre diversos intereses, sino el suministro de una información. La importancia de la información suministrada, el rigor en el método empleado para obtenerla y sus garantías de veracidad son entonces las principales magnitudes que se valoran y confieren la fuerza y relevancia a estas manifestaciones de la autorregulación¹¹⁷.

Fórmulas unánimemente reconocidas como autorregulaciones, que concluyen en una declaración singular, muestran bien a las claras que su funcionalidad específica y común a todas ellas es la de procurar información: lo propio de ellas es ofrecer una referencia que se toma en consideración y no tanto adoptar una resolución dirimente.

Reparemos ahora en las fórmulas más características

117. De guardar alguna similitud, por su contenido, con la intervención administrativa, lo sería con la potestad certificante de la Administración que se manifiesta en enunciados declarativos y no resolutivos. Al respecto continúa siendo de interés, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, E.: *La función certificante del Estado*. Madrid, 1977, sobre todo la relectura de las páginas que se dedican al ejercicio de tales funciones por «concesionarios», pgs. 38 y ss.

de la autorregulación declarativa, sistematizándolas ya en atención a cuál sea el destino prioritario de la información que ofrecen.

A. Información al mercado. Las declaraciones de calidad.

Es notorio que en los últimos años se ha extendido espectacularmente el sistema de la calidad. Un sistema ya muy tupido y abigarrado en el que se encuentran muy diversas fórmulas y técnicas como las acreditaciones, marcas, certificaciones¹¹⁸. Cada una de ellas tiene sus especificidades pero todas se orientan hacia un objetivo común: la obtención de información, su contraste o verificación para su posterior ofrecimiento al público. Información sobre aspectos muy diversos —sobre productos, sobre procedimientos de fabricación o transformación, sobre materias primas, sobre orígenes o procedencias, sobre la sujeción a normas técnicas o a ciertos controles, sobre análisis realizados—, pero información al cabo.

En este espacio de la calidad se asiste a la caída de los últimos reductos de la intervención administrativa directa, como era el régimen de homologación¹¹⁹, y a la entrada, ya veremos si triunfal, de fórmulas de autorregulación que parecen haberse enseñoreado de los más extensos territorios. Son sujetos privados los que emiten la mayor parte de las declaraciones que se producen en la órbita de la calidad. La Administración sólo retiene facultades ordenadoras del interior del sistema, dispone de una suprema potestad habilitante para el ejercicio de estas funciones por sujetos privados sobre los que también ostenta genéricas facultades de control y tutela. La prác-

tica totalidad de la actividad «ad extra», emitiendo las declaraciones en sus muy diversas formas, la desarrollan sujetos privados bajo su propia responsabilidad, sujetos que establecen entre ellos sus acuerdos para fijar métodos comunes o, con objetivos similares, se integran en asociaciones que son expresiones de la autorregulación en su vertiente organizativa.

El mercado —consumidores, usuarios, productores, aseguradoras, fabricantes, etc.— es el destinatario primero y principal de todas estas declaraciones y de la información que contienen. Pero lo cierto es que ese primer círculo de destinatarios se acaba rebasando y las declaraciones que emiten esos sujetos privados son atendidas por los poderes públicos. En unos casos es el poder judicial el que se muestra permeable, sobre todo cuando se trata de establecer responsabilidades, en otros es la Administración y en otros el propio legislador cuando exige controles, marcas o acreditaciones de calidad en determinados supuestos.

B. Información sobre riesgos. Riesgos tecnológicos y riesgos económicos.

La información que las ecoauditorías ofrecen lo es sobre una materia sensible no sólo para la propia instalación y para otros sujetos privados —potenciales adquirentes, compañías aseguradoras, etc.— sino también, de manera relevante, para las Administraciones Públicas con competencias en la gestión de riesgos ambientales, destacadamente las que ostentan competencias para la autorización e inspección de instalaciones¹²⁰. La prueba palmaria de ello la encontramos ya en normas jurídicas que exigen de determinados controles administrativos a las instalaciones que se hayan sometido a ecoauditoría

118. Vid. TARRÉS, M.: «Las nuevas referencias en el Derecho industrial: acreditación y normalización», *Revista Autonomías*, núm. 24.

119. Sobre esa evolución, MALAET, Elisenda: «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales», *RAP*, núm. 116, 1988, pgs. 287 y ss.

120. El primordial componente informativo de las ecoauditorías es destacado en cualquiera de las caracterizaciones de las ecoauditorías que analiza NOGUEIRA, A.: *Ecoauditorías...*, cit. en especial pgs. 74 y ss.

ambiental¹²¹. El giro propio de la autorregulación es nuevamente visible, con total nitidez ahora: una declaración emitida por un sujeto privado, como sin duda es el auditor, tiene efectos públicos al ser tomada en consideración por la Administración Pública hasta el punto de hacer innecesaria, sustituyéndola, su intervención.

El componente informativo de las fórmulas que analizamos donde posiblemente alcanza su expresión más acabada es en el modelo de comunicación previsto ya expresamente en el Derecho positivo. Para ciertas actividades –en principio las de menor impacto– se establece un régimen autorizatorio en el que basta con la comunicación del solicitante expresando las características del proyecto. El solicitante se autorregula por completo pues a él corresponde valorar la adecuación a la legalidad, establecer en su caso las medidas correctoras o neutralizadoras del impacto de su actividad y cubrirse frente a posibles responsabilidades solicitando por ejemplo –y para conectar con la otra fórmula contemplada– una ecoauditoría de su instalación.

Aunque se trata de un régimen hasta cierto punto novedoso, que por supuesto no procede analizar aquí en detalle, lo que no puede desconocerse es que el amplio margen de autorregulación de que dispone el particular no llega hasta la atribución de la licencia o la figura similar. Quien otorga la licencia es la Administración, bastando para ello con la comunicación del solicitante lo que en modo alguno impide una intervención más activa de la Administración, sea requiriendo más información, sea girando una inspección previa o sea, simplemente, denegando la licencia si entiende existen motivos para ello.

121. Así el art. 44.1 de la Ley catalana 3/1998, de *Intervención integral de la Administración ambiental*, que exige de ciertos controles a las instalaciones que estén acogidas al sistema de ecogestión y ecoauditoría de la Unión Europea.

C. *Recapitulando. Información como referencia para la adopción de decisiones desde instancias públicas.*

Las muestras que hemos analizado ponen en evidencia que la función esencial y característica de las declaraciones singulares de la autorregulación es el suministro de información cualificada y no la adopción de decisiones. A la vista de esos expedientes podemos discernir más claramente la operativa de la autorregulación en estos casos, particularmente en la constante correlación entre público y privado. Una correlación que se resuelve aquí del siguiente modo.

La autorregulación, de procedencia privada, concluye en una declaración cuyo valor reside, fundamentalmente, en la información que suministra. En base a esa información deciden las instancias públicas. El supuesto de mayor sintonía, promiscuidad incluso, de estas dos fases lo ofrece el régimen de comunicación: la intervención privada, en clave de autorregulación, consiste exclusivamente en una información y sobre ella, puede que también exclusivamente¹²², descansa una decisión administrativa otorgando una autorización. Decisión que puede ser silente, casi imperceptible si se quiere, pero decisión desde una instancia pública. También hay decisión del legislador cuando exonera de control administrativo a las instalaciones que voluntariamente se sometan a ecoauditorías. E igualmente hay una decisión de los poderes públicos cuando los Tribunales se atienen a la información de una certificación de calidad para entender cumplidos deberes de cuidado o diligencia y exonerar en su caso de responsabilidad a quien obtuvo tal certificación acreditativa de un proceder positivamente cualificado.

122. Supuesto que se dará si la Administración únicamente se atiene a la información que en la comunicación se ofrece sin efectuar por su parte comprobación o inspección alguna.

3. *Autorregulación resolutive. Remisión.*

Un frente en el que la autorregulación se desarrolla es el de la resolución de conflictos ante instancias alternativas a los Tribunales ordinarios. Nos ponemos así en contacto con los mecanismos arbitrales y la remisión en bloque a la legislación de arbitraje y la doctrina procesalista parece obligada. No obstante, las posibilidades que se abren a la autorregulación parecen más amplias que las ofrecidas por esa legislación. Los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos judiciales pueden presentar fórmulas diversas a la estrictamente arbitral pero merecen un tratamiento específico –no sólo en su función declarativa sino, también y tal vez destacadamente, en su más problemática vertiente ejecutiva– desde una perspectiva predominantemente procesal, que no parece pertinente desarrollar aquí.