

# EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LA CALIDAD Y DE LA SEGURIDAD INDUSTRIAL Y SUS IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA EMPRESARIAL

Por  
VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA PRIVATIZACIÓN DE LA CALIDAD Y DE LA SEGURIDAD INDUSTRIAL O UN SUPUESTO DE TRANSFORMACIÓN DE UN MONOPOLIO PÚBLICO EN OTRO PRIVADO.— 2. EL PRESUPUESTO BÁSICO PARA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO PRIVATIZADO DE LA CALIDAD Y DE LA SEGURIDAD INDUSTRIAL: LA NECESARIA SEPARACIÓN ENTRE LOS OPERADORES EN LAS TAREAS NORMALIZADORAS Y LAS EMPRESAS CERTIFICADORAS: A) *Introducción*. B) *La significación de las técnicas normalizadoras y certificadoras desde una perspectiva económica: el alcance del mercado de la normalización y del mercado de la certificación*. C) *La obligada separación desde un punto de vista jurídico y económico de los organismos de normalización y de las entidades certificadoras*.—3. LOS CRITERIOS COMUNITARIOS BÁSICOS PARA UNA CORRECTA COMPETENCIA EMPRESARIAL EN EL MERCADO DE LA CERTIFICACIÓN: EL ASUNTO *STICHTING CERTIFICATIE KRAANVERHUURBEDRIJF (SCK) Y FEDERATIE VAN NEDERLANDSE KRAANVERHUURBEDRIJVEN (FNK) CONTRA COMISIÓN*: A) *Introducción*. B) *Las reglas comunitarias de juego para el ejercicio de la libre competencia en el mercado de la certificación*: a) Los organismos de certificación son empresas desde la perspectiva del Derecho de la competencia. b) Un sistema de certificación restrictivo de la libre competencia en el conjunto del territorio de un Estado afecta necesariamente al comercio entre los Estados miembros. c) La Comisión está facultada para definir los criterios a los que debe atenerse un sistema de certificación para que pueda ser considerado conforme al Derecho de la competencia. d) La Comisión considera que para que un sistema de certificación sea compatible con el Derecho comunitario de la competencia tiene que respetar cuatro criterios: independencia, transparencia, carácter abierto y aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas.—4. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA PRIVATIZACIÓN DE LA CALIDAD Y DE LA SEGURIDAD INDUSTRIAL O UN SUPUESTO DE TRANSFORMACIÓN DE UN MONOPOLIO PÚBLICO EN OTRO PRIVADO

La elaboración de estándares técnicos de ámbito nacional —normalización (1)— y el control de su aplicación —certificación en sentido am-

(1) La normalización es hoy un concepto capital del Derecho industrial. La calidad, la seguridad industrial, la protección del medio ambiente o de los consumidores y usuarios exigen la elaboración de unos estándares técnicos que sirvan para guiar (a veces de manera obligatoria, otras voluntaria) la fabricación de los productos y, en general, todo el comportamiento empresarial. Para esto sirve la normalización industrial, que puede, en consecuencia, definirse como aquel proceso destinado al establecimiento de las normas (volun-

plio (2)— han sido tradicionalmente tareas públicas desempeñadas directamente por la Administración (3). Nuestra incorporación a la Unión Europea provocó una transformación radical desde el punto de vista organizativo en estas funciones, no ciertamente en su totalidad, pero sí en una

tarias u obligatorias) que rigen la vida industrial en tanto que parámetros que van a tener que ser respetados por los productos o por sus fabricantes para poder acceder al mercado y ocupar en él un sitio u otro. Sobre la normalización industrial, vid., por todos, ÁLVAREZ GARCÍA/1998 y 1999.

(2) Tan importante como la creación de normas de comportamiento técnico es el establecimiento de mecanismos eficaces para asegurar el control de su efectiva aplicación por parte de los sujetos afectados por las mismas. En otras palabras, en el moderno Derecho industrial tan importante como la técnica de la normalización es el proceso de certificación. A diferencia de la normalización industrial, la certificación se refiere, por tanto, en un sentido amplio, a la acción de controlar mediante la emisión del correspondiente documento que un determinado producto (certificación de producto) o que una determinada empresa (certificación de empresa) cumple con los requisitos contenidos en las normas técnicas (voluntarias u obligatorias), que les sean en cada caso aplicables, elaboradas por aquellos entes (privados o públicos) que tienen encomendada la realización de tareas normalizadoras. Sobre los problemas jurídicos ligados a los controles técnicos, vid. CARRILLO DONAIRE/2000/402 y ss.; IZQUIERDO CARRASCO/2000/263 y ss., y ÁLVAREZ GARCÍA/1999/443 y ss.

Esta acción de control puede, según los casos, ser efectuada directamente de manera unilateral por el propio fabricante, distribuidor o importador («autocertificación») o por el comprador («certificación por segunda parte»), o bien, y esto es lo más normal, por un órgano tercero, independiente del fabricante y del comprador, especializado en la realización de estas tareas. Centrándonos en esta última modalidad, la «certificación por tercera parte», debe hacerse notar que reviste dos tipos de submodalidades. Puede, en efecto, ser voluntaria u obligatoria, en función de que el elemento de referencia (la norma) que se utilice para efectuar el «control» o la «evaluación de conformidad», que supone la certificación, sea una norma técnica voluntaria o sea, por el contrario, obligatoria (esto es, una reglamentación técnica).

El control en este último ámbito, es decir, en el reglamentario, es siempre obligatorio para poder comercializar un producto en el mercado español. Ahora bien, este tipo de control presenta dos variantes: a) La homologación, que es, según la definición de la Ley de Industria, la «certificación por parte de una Administración pública de que el prototipo de un producto cumple los requisitos técnicos reglamentarios» (art. 8.7). b) La certificación obligatoria efectuada por «organismos de control», externos al aparato burocrático administrativo. Estos organismos de control se definen por el artículo 41 del RD 2200/1995 como aquellas «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica que se constituyen con la finalidad de verificar el cumplimiento de carácter obligatorio de las condiciones de seguridad de los productos e instalaciones industriales, establecidas por los reglamentos de seguridad industrial...».

Junto a estos dos tipos de controles en el ámbito reglamentario (obligatorios, recordemos, para poder comercializar un producto), la normativa industrial prevé la existencia de una certificación en el ámbito voluntario. Su objetivo es, por tanto, evaluar la conformidad de un producto con normas técnicas de naturaleza voluntaria elaboradas por un organismo de normalización. Esta certificación se lleva a cabo por las llamadas «Entidades de certificación», que son «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de establecer la conformidad, solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas (voluntarias)» (art. 20 del RD 2200/1995).

La superación exitosa del proceso de certificación confiere el derecho a utilizar las llamadas «marcas de conformidad» con las normas técnicas, que se materializan, a menudo, mediante la colocación de etiquetas acreditativas sobre cada uno de los productos que se quieren comercializar. Mediante las marcas de conformidad y, en su caso, mediante las correspondientes etiquetas, el consumidor podrá fácilmente comprobar que un producto se ajusta a las normas técnicas preestablecidas al objeto de asegurar su calidad, su seguridad, su respeto al medio ambiente, etc.

(3) Eso no significa, claro está, que los particulares no hayan colaborado histórica-

gran medida. La elaboración de normas técnicas voluntarias y el control de conformidad de los productos y de las empresas con estas normas se confiaron a sujetos privados. En concreto, en los inicios de esta nueva andadura a uno exclusivamente: AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación) (4). Otra parte de la tarea de normalización y del control técnico se siguió entonces, y se sigue ahora, efectuando directamente por la Administración mediante la elaboración de reglamentaciones técnicas y la práctica de homologaciones (5). Pero unas y otras son cada día mucho menores, desde un punto de vista cuantitativo, pero también desde el cualitativo. En cuanto a la regulación técnica, las causas que permiten que la Administración adopte reglamentaciones técnicas han ido disminuyendo progresivamente (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/68 y 69), y en Derecho comunitario, de manera más visible todavía, se ha abandonado la armonización detallada y total de las reglamentaciones técnicas. Con la puesta en pie del sistema del nuevo enfoque, las instituciones comunitarias sólo se han reservado la adopción de las exigencias esenciales que deben respetar los productos, dejando la regulación de los detalles técnicos a los organismos de normalización europeos. Desde el punto de vista del control técnico, la tradicional homologación ha dejado paso a la certificación por entidades privadas en la inmensa mayoría de los sectores industriales.

Esta experiencia referida al mundo de la calidad y de la seguridad industrial, no es sino el reflejo de la privatización y de la liberalización de sectores antes monopolizados (o donde al menos contaban con una gran participación) por los poderes públicos con el objeto de formar nuevos

---

mente con la Administración para el correcto desempeño de las funciones públicas ligadas al mundo de la técnica. Ahora bien, esa colaboración privada fue tradicionalmente concebida «como una actividad material que servía de soporte, en cada caso, para el ulterior ejercicio de la potestad administrativa» (CARRILLO DONAIRE/2000/55; sobre el desarrollo histórico de la colaboración privada en el Derecho de la Técnica hasta la década de los ochenta del pasado siglo XX, vid. las págs. 52 y ss. del citado trabajo).

(4) AENOR es una asociación privada sin ánimo de lucro, según rezan sus Estatutos, que desde 1986 sustituye a una Administración institucional (adsrita originariamente al Ministerio de Educación y Ciencia, a través del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y, posteriormente, al de Industria y Energía) encargada con anterioridad de las tareas normalizadoras: el Instituto Español de Normalización (IRANOR). La justificación de la privatización de esta actividad se encontraba en la necesidad de acercarnos también en esta materia a nuestros vecinos europeos, para así poder hacer frente a las nuevas exigencias que desde el punto de vista industrial planteaba nuestra incorporación a las Comunidades Europeas, a mediados de la década de los ochenta, y, en definitiva, la absoluta falta de eficacia que el sistema público de normalización existente hasta entonces presentaba (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/240 y ss.).

(5) En todo caso, el marco regulador general de estas materias (tanto de la normalización como de la certificación, ya sean éstas de naturaleza voluntaria o ya obligatoria) es, naturalmente, jurídico-público: se efectúa, en concreto, por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (y por uno de sus reglamentos ejecutivos, el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, aprobado por RD 2200/1995, de 28 de diciembre). Y es que, al fin y al cabo, la exigencia de ciertos requisitos imperativos para la comercialización de los productos, para el funcionamiento de las empresas o de las instalaciones es una restricción a la libertad de empresa, reconocida al máximo nivel jurídico por nuestra Constitución (art. 38), y protegida en nuestro Derecho mediante, entre otras técnicas, la reserva de ley (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/113 y ss.).

mercados sometidos a la libre competencia. Éste es el caso, por ejemplo, del mercado de las telecomunicaciones.

En este proceso privatizador y liberalizador que vive la economía europea en los últimos años, y tal y como escribe el Prof. MUÑOZ MACHADO, «*el primer cuidado imprescindible para constituir un mercado en el antiguo dominio de los monopolios públicos consiste en evitar que no sean sustituidos por monopolios privados*» (1998/I/227). Para conseguir este objetivo se han utilizado técnicas como, en lo que ahora nos concierne, las relativas a la separación jurídica de actividades o a la separación de los reguladores y de los operadores.

En el caso de la calidad y de la seguridad industrial, se han privatizado, realmente, dos tipos de actividades: la normalización voluntaria y la certificación, esto es, la producción de normas técnicas, por un lado, y la evaluación de conformidad de los productos, de los servicios o de las empresas con las mismas, por otro. La primera tarea está encomendada a los organismos de normalización; la segunda, a las entidades de certificación.

La normativa que los regula (la Ley de Industria y el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial) habla de ellos en plural. Sin embargo, organismos de normalización sólo existe en nuestro país uno: AENOR; y entidades de certificación han ido apareciendo algunas en el mercado de manera progresiva (entre ellas, por ejemplo, CERTIAND, EAC...). No obstante, AENOR no es sólo ente normalizador, sino que a esta tarea une también la certificadora, y es más, en muchos ámbitos, es la única certificadora. Esto ocurre, por ejemplo, en el mercado de los productos de acero para hormigón. En este campo, AENOR, en tanto que ente normalizador, adopta las normas UNE que deben ser respetadas por este tipo de productos (entre ellos, la malla electrosoldada para construcción —o, más simplificada, mallazo— o el alambro que le sirve de materia prima) para poder ser certificados y obtener así la correspondiente marca de conformidad. En principio, ni las certificaciones ni las marcas de conformidad son jurídicamente obligatorias para poder comercializar esos productos en el mercado. Sin embargo, en el sector de la construcción, que es donde preferentemente se utilizan estos productos, se requiere de manera generalizada que dichos productos dispongan de tales marcas, siendo, por tanto, obligatorias *de facto* (6). Pues bien, no resulta

---

(6) Es cierto que tanto las normas técnicas como las certificaciones y las marcas de conformidad a ellas ligadas son voluntarias desde un punto de vista jurídico, pero no desde el económico; quien no las respeta tiene grandes posibilidades de ser expulsado del mercado por el creciente reconocimiento que están alcanzando las normas y las certificaciones, no sólo fruto de la actuación de los operadores privados en el mercado y de los consumidores y usuarios, sino también del respaldo con el que todas las Administraciones públicas en la Europa occidental han agraciado a estas normas.

Por lo que respecta a la certificación, su falta no impide la comercialización de los productos en un mercado ni lleva consigo aparejada, por supuesto, ningún tipo de sanción. Esto, que es así en el plano del Derecho, es bien distinto, sin embargo, en el de los hechos: la falta de certificación de un producto o de una empresa, por muy voluntaria que sea jurídicamente, puede conllevar, en efecto, su exclusión de hecho del mercado en beneficio de un producto o de una empresa concurrentes que sí hayan sido certificados. Y es que, lógicamente, los consumidores tenderán a adquirir de manera preferente aquellos productos

extraño en nuestro país encontrarse con algún supuesto en el que el único ente habilitado por las propias normas UNE de manera exclusiva para efectuar las tareas de certificación de esos productos sea la propia AENOR (que, insisto, en tanto que ente normalizador, es el único competente para elaborar las normas UNE). Este comportamiento ha sido analizado por el TDC en su Resolución de 4 de septiembre del 2000 (Expte. 469/99, AENOR). En esta Decisión, el TDC estudia realmente, en lo que ahora nos interesa, la compatibilidad de dos conductas de AENOR con el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (7). En concreto: a) El guardián de

---

cuya calidad esté contrastada por un organismo independiente (como es una entidad certificadora), en detrimento de aquellos otros cuya calidad no esté acreditada de manera fehaciente. Lo mismo ocurre en el caso de las empresas: la certificación confiere a los distintos sujetos que operan de una manera u otra con esa empresa una confianza en su correcto funcionamiento y en el de la calidad de sus productos, lo que la colocará en una situación más favorable en el mercado que sus empresas concurrentes no certificadas. Con independencia de que el mejor o peor hacer de los entes certificadores les haga acreedores de una mayor o menor valoración por los operadores económicos (desde los propios empresarios hasta los usuarios y consumidores finales), los poderes públicos no son precisamente ajenos al fomento de la certificación y, en definitiva, a su imposición fáctica en el mercado, y es que, por un lado, las Administraciones públicas exigen de manera creciente en su contratación la certificación de empresas y productos (no se olvide que la Administración en su conjunto es el primer usuario/comprador del país), con lo que ello significa a la hora de influir sobre la oferta y la demanda de productos, y, por otro, las normas jurídicas comunitarias y nacionales han apoyado de manera más que significativa la aplicación de esta técnica. En este orden de ideas, el Derecho comunitario, según dice el propio RD 2200/1995 en su Preámbulo, ha propiciado «la progresiva sustitución de la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades...» (vid., además, la DA 5.º de este RD y el art. 13.4 de la Ley de Industria).

Todas estas consideraciones encuentran una magnífica ejemplificación en el mundo de la construcción: la marca AENOR es exigida de hecho en este mercado, pues las empresas constructoras no aceptan el suministro de productos no certificados previamente. Buena prueba de ello son las siguientes palabras del TDC, tomadas de su Resolución de 17 de junio de 1996: «Aunque, en principio, la certificación AENOR tiene carácter voluntario porque legalmente una empresa puede vender productos derivados del acero sin dicha certificación, lo cierto es que las empresas constructoras no aceptan el suministro de dichos productos. Así lo prueban los siguientes documentos obrantes en el expediente: cartas de FERROVIAL y de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS a la recurrente (folios 37 y 38); y lo corrobora el propio Ministerio de Industria y Energía cuando, en su informe, afirma: al haber un seguimiento generalizado de las normas de certificación en el sector de la construcción, si una empresa no las sigue queda descolgada (folio 47)».

En la Resolución de 4 de septiembre de 2000, el TDC también tiene oportunidad de referirse a la cuestión de la obligatoriedad fáctica de las certificaciones y marcas de conformidad con normas técnicas voluntarias en los siguientes términos: «... si bien es cierto que en el sector de los productos de acero para hormigón la obtención de la marca AENOR es voluntaria, como se señala repetidamente por ésta, también lo es que en dicho mercado 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 2.º).

(7) El artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe, siguiendo el modelo de su homólogo europeo (el art. 82 TCE), los abusos de posición dominante en todo o en parte del mercado nacional por una o varias empresas, sin que, a diferencia de lo que sucede con las conductas prohibidas por el artículo 1 de esta misma Ley, sean admisibles ni excepciones ni autorizaciones a este tipo de conductas abusivas. Lo que se persigue con esta interdicción no es realmente la posición de dominio en el mercado, sino el abuso de esta posición.

Establece, en concreto, el citado artículo 6 LDC, en la redacción dada al mismo por la

la libre competencia en España dictamina que esta Asociación realiza, por un lado, «una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en el abuso de posición de dominio» al instaurar un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, en base al cual, para que AENOR certifique un producto transformado (el mallazo), se exige que la materia prima utilizada (el alambroón) haya sido previamente certificada también por la propia AENOR, sin que este ente certificador admita cualquier otra certificación equivalente, aunque ésta pudiera provenir de otras entidades certificadoras, nacionales o extranjeras, totalmente equiparables a ella. b) El TDC considera, por el contrario, que no infringe el artículo 6 de la LDC la emisión por AENOR de nuevas normas UNE en las que no se admite para declarar la conformidad de un producto con ellas ninguna otra certificación distinta a la efectuada directamente por la misma AENOR, incluso aunque esta certificación pudiera eventualmente haber sido realizada por otras entidades certificadoras completamente equiparables a esta asociación. En otras palabras, el TDC no ha sancionado como contrario al Derecho de la competencia el hecho de que AENOR tenga en sus manos de manera exclusiva la capacidad de elaborar normas técnicas para un producto y de autorreservarse la capacidad exclusiva de controlar la conformidad de esos productos con las normas UNE previamente elaboradas por esta entidad. Esto supone, en definitiva, la plena aceptación por el guardián español de la competencia del hecho de que un mismo ente realice tareas reguladoras (normalizadoras) y de operador en el mercado del control técnico (esto es, en el mercado de la certificación) que contribuye a regular de manera significativa, cosa realmente prohibida por el Derecho comunitario, tal y como, por lo demás, tendremos ocasión de demostrar a lo largo de este trabajo (8).

En todo caso, nos resulta suficiente por el momento con subrayar que tanto el TDC español, según acabamos de comprobar, como las instituciones comunitarias encargadas de la vigilancia de la correcta competencia empresarial en el mercado europeo han proclamado reiteradamente la aplicabilidad de las reglas de la competencia en los campos normalizador y certificador (ÁLVAREZ GARCÍA/2000). Pues bien, el objetivo de las páginas siguientes es ofrecer una visión panorámica de las re-

---

Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que: «1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b) De la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedoras que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad...».

El artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea dispone, por su parte, que: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...».

(8) Un extenso análisis crítico de esta resolución puede verse en mi estudio *Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto «G.P. Manufacturas del Acero, S.A., contra AENOR»* (en prensa).

glas que deben ser respetadas por los organismos de normalización y de certificación para ajustarse a las normas por las que se rige la libre competencia en la Unión Europea, y que, dada la peculiar configuración actual de los mercados de la normalización y de la certificación en España, deben ser necesariamente respetadas por las entidades españolas que se dedican a estas tareas. Me referiré, en primer lugar, a la obligada separación entre los mercados de la normalización y de la certificación y, consecuentemente, entre los operadores en ambos mercados, como presupuesto básico para que realmente puedan funcionar las reglas de la competencia en el conjunto del mercado de la calidad y de la seguridad privatizado; y, en segundo lugar, analizaremos las reglas de juego que las instituciones comunitarias han establecido como necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mercado de la certificación específicamente, mercado este donde, como veremos, se producen los riesgos más frecuentes de disfuncionalidades desde el punto de vista concurrencial.

2. EL PRESUPUESTO BÁSICO PARA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO PRIVATIZADO DE LA CALIDAD Y DE LA SEGURIDAD INDUSTRIAL: LA NECESARIA SEPARACIÓN ENTRE LOS OPERADORES EN LAS TAREAS NORMALIZADORAS Y LAS EMPRESAS CERTIFICADORAS

A) *Introducción*

Las tareas normalizadoras y las certificadoras han pasado de las manos públicas a las privadas, de tal forma que el monopolio público se ha convertido en un monopolio privado (en manos de AENOR), en el cual, por un lado, ambas tareas están concentradas en una misma mano, y dentro de cada una de ellas ocupa una posición preponderante: es el único ente normalizador, y aunque no es el único certificador en el conjunto del mercado español, sí que realiza este tipo de actividad de manera monopolística en muchos segmentos de este mercado (como sucede, por ejemplo, y tal y como ya hemos visto, en el mundo de los productos de acero para hormigón utilizados preferentemente en el sector de la construcción).

Ninguno de estos dos fenómenos parece coherente con el clima privatizador y liberalizador que se respira en Europa, y en todo caso no tiene sentido que un monopolio público (en el que, por definición, su carácter público significa la necesaria actuación en beneficio del interés general) se convierta en un monopolio privado, en el que sus titulares persiguen intereses privados.

Las privatizaciones y liberalizaciones en Europa persiguen crear nuevos mercados, que posibiliten «oportunidades de competencia nuevas a los

agentes económicos que ahora tienen la oportunidad de incorporarse a los sectores privatizados» (MUÑOZ MACHADO/I/1998/227) (9).

«Estas operaciones, en definitiva, consisten —continúa el Prof. MUÑOZ MACHADO/ídem/228— en propiciar la multiplicación de sujetos económicos que intervienen en sectores antes controlados por uno solo. El poder de mercado concentrado en el monopolista se desagrega ahora y divide para que la competencia actúe y sea la regla dominante».

Esta idea ha sido, ciertamente, la seguida por la práctica totalidad de los sectores económicos afectados por la ola privatizadora y liberalizadora,

---

(9) En la Europa de nuestro tiempo soplan los vientos, efectivamente, en favor de un cada vez mayor protagonismo económico de los sujetos privados ligado a una creciente disminución del sector público. No resulta nada difícil de justificar esta afirmación. Basta para ello con pensar en los procesos desreguladores, liberalizadores y privatizadores que se están produciendo no ya sólo en el seno de la Unión Europea, sino también en todas las economías del Este del continente, que han pasado de una férrea dirección centralizada de la economía por parte del Estado a una economía capitalista en la que las empresas occidentales se están adueñando de los emergentes mercados.

Es cierto que la participación de los sujetos privados en la economía de la Europa occidental ha sido siempre un hecho. Y ello, incluso, en sectores fuertemente intervenidos por los poderes públicos. La gestión indirecta de los servicios públicos a través, por ejemplo, de concesionarios privados es un buen ejemplo de todo ello. Ahora bien, los movimientos de potenciación del sector privado se han multiplicado en los últimos años, extendiéndose a sectores tan estratégicos como el transporte en sus distintas vertientes (terrestre —por carretera y ferroviario—, marítimo e incluso aéreo), la energía, los hidrocarburos, las telecomunicaciones, el mundo de la televisión o incluso el de la banca, por no citar sino algunos sectores.

Las justificaciones de estos procesos privatizadores son diversas y, en una gran medida, se superponen a las que tradicionalmente han propiciado la participación de los sujetos privados en la gestión de los servicios públicos de naturaleza económica a través de concesiones. Entre ellas, las que, por un lado, propugnan la necesaria reducción del aparato burocrático-administrativo, que, incluso en la mayoría de los países occidentales, ha alcanzado unas dimensiones que hacen imposible un manejo eficiente del mismo, y las que, por otro, ponen el acento en las cualidades propias de los sujetos privados: el aprovechamiento de su iniciativa económica, de los medios financieros en manos privadas, de su capacidad para ejercer una administración más eficiente de los negocios (con la expulsión del mercado de aquellos no suficientemente eficientes) o de sus conocimientos técnicos y profesionales de los distintos sectores (STOBER/2000/405).

A todas estas notas hay que añadir alguna otra que aleja los tradicionales sistemas concesionales de los modernos procesos privatizadores: las concesiones contribuyen a crear situaciones de monopolio en las que los poderes públicos aseguran el uso privativo de un mercado en favor de un sujeto en nombre de la mejor realización de una función pública, pero que, a pesar de ser tal, se desempeña por los sujetos privados en aras a la consecución de un beneficio económico; los modernos procesos privatizadores pretenden, por el contrario, proceder a una liberalización más o menos amplia del mercado, que lleva aparejada (o debe llevar aparejada) un aumento efectivo de la competencia, lo cual se traduce, a su vez, en una mejora de la calidad y del precio de los productos y de los servicios y, en definitiva, en un mayor beneficio para los consumidores finales.

En este contexto, es imprescindible que los procesos liberalizadores vayan acompañados de la creación de sistemas avanzados de vigilancia de la competencia. De lo contrario, los sujetos privados operarán en el mercado de manera probablemente irregular, realizando operaciones destinadas a su exclusivo enriquecimiento, sin tener en cuenta los derechos e intereses de los consumidores. En otras palabras, sin asegurar una efectiva competencia, el monopolio del sector público (que en última instancia está destinado a asegurar el bienestar general) se verá sustituido mediante el proceso privatizador por otra estructura monopolística, pero esta vez en manos de sujetos particulares, que ya no actuarán por definición en beneficio de la comunidad, sino en el suyo propio.

aunque, como ya hemos visto, con la notable excepción del mundo de la calidad y de la seguridad industrial, donde la privatización no ha traído consigo la creación de nuevos mercados realmente competitivos y tampoco ha propiciado una separación entre las tareas de regulación y de operación en el mercado.

A diferencia de lo que ha ocurrido en los sectores señeros de las telecomunicaciones o de la energía, donde se han separado claramente ambos tipos de tareas, dejando en manos públicas la regulación a través de autoridades administrativas independientes (como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o la Comisión Nacional de Energía), en el mundo de la industria se han privatizado ambas funciones (no ha retenido la Administración, ni siquiera a través de la creación de una autoridad independiente, la función de regulación, al menos en su integridad) y no se ha producido la separación entre el sujeto privado regulador y el operador en el mercado. Un mismo sujeto económico de naturaleza privada participa en la realización de ambas tareas.

Este sujeto privado, que es AENOR, dicta, en efecto, estándares voluntarios (de hecho, sin embargo, muy a menudo son obligatorios desde un punto de vista fáctico) (10). En otras palabras, dicta normas de comportamiento para la industria productiva y de servicios, función esta de dictar normas técnicas que es una de las capitales, si no la de mayor significación posible, de entre las que pueden atribuirse a los entes reguladores de naturaleza pública. Ni siquiera todos estos entes jurídico-públicos disponen de competencias normativas. Eso sí, cuando las tienen atribuidas, dictan nor-

---

(10) En la nota 6 de este trabajo se ha hecho referencia preferentemente a la cuestión de la obligatoriedad fáctica de las certificaciones y de las marcas de conformidad jurídicamente voluntarias, ejemplificando las afirmaciones allí vertidas con el funcionamiento real del mercado de la construcción. Este mismo fenómeno tiene también lugar en el mundo de las normas técnicas elaboradas por los organismos de normalización: aunque estas normas sean *de iure* voluntarias, no es infrecuente que el mercado las transforme *de facto* en obligatorias.

El espaldarazo definitivo al peso que en el mercado ha alcanzado la normalización es, en buena medida, fruto del nuevo enfoque en materia de armonización técnica y de normalización puesto en pie por las autoridades comunitarias. Según este «nuevo enfoque», cuando sea necesario proceder a una armonización en materia técnica, los poderes públicos comunitarios se limitarán a fijar única y exclusivamente las exigencias esenciales de seguridad, de protección medioambiental..., que tienen que ser respetadas necesariamente por los productos para ser comercializados en la Comunidad. La tarea de regulación de los detalles técnicos se encomienda a los organismos de normalización europeos (sujetos de Derecho privado) que elaboran las normas técnicas. Estas normas (salvo en algunas materias, como en las telecomunicaciones) son voluntarias. Ahora bien, los poderes públicos comunitarios otorgan un importante valor jurídico a estas normas técnicas: los productos fabricados según ellas se presumen conformes a las exigencias esenciales comunitarias y tienen, por tanto, franco el acceso al conjunto del mercado comunitario.

Los poderes públicos españoles no son tampoco ajenos al fomento de la utilización de este tipo de normas: los pliegos de prescripciones técnicas en la contratación pública deben ser redactados conforme a normas técnicas. Y, además, no conforme a cualquier tipo de normativa técnica, sino siguiendo el orden de preferencia establecido en el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto no es, por otro lado, otra cosa que la transposición al Derecho español de las Directivas comunitarias en esta materia (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/198 y ss.).

mas obligatorias desde el punto de vista jurídico. Si esta tarea reguladora, como ya se ha dicho, la realiza en exclusiva un sujeto privado como AENOR, el control de la aplicación de estas normas por los productos y las empresas también se ha privatizado. Y en este nuevo mercado, que es el realmente lucrativo desde el punto de vista empresarial, uno de los operadores económicos, ciertamente el fundamental, y que sigue conservando en exclusiva el dominio de muchos sectores de este mercado, es AENOR, que, en definitiva, a la vez que organismo de normalización es entidad certificadora. En otras palabras, a la vez que «juez» en el mundo de la calidad y de la seguridad industrial es una parte interesada económicamente en el mismo. Recordemos que AENOR en su calidad de normalizador-regulador aprueba normas técnicas (las normas UNE) en las que puede decidir autorreservarse el control de su aplicación, o, lo que es lo mismo, la certificación de conformidad de un producto o de una empresa con la norma. Autorreserva que no pueden hacer la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que, en cuanto entes reguladores, no pueden participar en el mercado como operadores.

La cuestión que debe afrontarse a continuación es la relativa al estudio de si existe algún tipo de justificación objetiva para que no se produzca una separación entre el sujeto privado que tiene encomendadas las tareas de normalización y funciones certificadoras, para que, en otros términos, AENOR siga siendo de manera exclusiva la entidad normalizadora, y para que en el mercado de la certificación siga ocupando una posición dominante e, incluso, también exclusiva en muchos de los segmentos de este mercado.

B) *La significación de las técnicas normalizadoras y certificadoras desde una perspectiva económica: el alcance del mercado de la normalización y del mercado de la certificación*

La respuesta a la cuestión que acaba de plantearse en el apartado anterior requiere previamente entender cuál es el significado de la normalización y de la certificación para el mundo de la economía.

a) Las tareas de *normalización*, en tanto que proceso de elaboración de los estándares técnicos que deben respetar los productos y las empresas para participar en el mercado, están desempeñadas en la Europa comunitaria realmente por muy pocos sujetos. Y ello a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde hay varios cientos de entes con funciones normalizadoras. En España hay uno sólo: AENOR; y en los países europeos con una mayor tradición normalizadora (como Francia, Inglaterra o Alemania) suele haber dos, con campos de actuación, no obstante, diversos: uno con competencias para la elaboración de las normas electrotécnicas y otro para el resto de las normas. Este mismo esquema se reproduce

en la normalización internacional a nivel general (donde coexisten la Comisión Electrotécnica Internacional —CEI— y la Organización Internacional de Normalización —ISO—). En Europa, donde históricamente han existido dos entes normalizadores como reflejo de lo que pasaba en el interior de los Estados miembros, uno con funciones en el campo electrotécnico (el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica —CENELEC—) y otro para el resto de los sectores (el Comité Europeo de Normalización —CEN—), se creó a finales de los años ochenta un tercer ente con funciones normalizadoras en el cada vez más pujante mundo de las telecomunicaciones (el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones —ETSI—).

En toda Europa existe, en definitiva, una estructura realmente monopolística en el mundo de la normalización privada, porque aunque haya en un espacio territorial no sólo uno, sino dos o tres entes normalizadores, éstos tienen encomendadas funciones distintas entre ellos. El mundo de la normalización carece de competencia empresarial entre entes normalizadores, lo cual no significa, por supuesto, que estos entes no estén sometidos a las reglas de la competencia, pues eventualmente pueden servir de marco para la adopción de acuerdos prohibidos por dos o más organizaciones empresariales sobrerrepresentadas en un determinado ente normalizador, o incluso estos entes pueden prevalerse de su posición dominante en el mercado de la normalización (del que disponen del cien por cien) para procurar ventajas competitivas a un determinado ente certificador en detrimento de otros, etc.

La existencia de esta situación monopolística encuentra una evidente explicación objetiva: la aparición de múltiples sujetos normalizadores propiciaría la multiplicación de normas divergentes, con lo que ello, por definición, implicaría de aparición de obstáculos de naturaleza técnica al comercio en una Europa y, en general, en una economía internacional presidida por los aires globalizadores, donde se persigue, por un lado, que *«las normas que regulan cada sector deban ser un número lo más reducido posible»* y, por otra parte, que *«las normas se apliquen en territorios lo más amplios posible»*. Es decir, que no exista una fragmentación indebida de las regulaciones que exigen a los operadores económicos adaptar sus productos o servicios a cada uno de los sistemas legales que dominan en cada mercado. A la ampliación y universalización de los mercados, debe corresponder una ampliación y globalización de las normas aplicables» (MUÑOZ MACHADO/I/1998/291).

Para la eliminación de barreras técnicas, la normalización es un elemento ciertamente imprescindible. La existencia de un único normalizador a nivel nacional significa que existirá tan sólo una norma para ese territorio. Pero piénsese lo que significa que exista una única norma a nivel internacional, los obstáculos normativos habrán desaparecido para la libre circulación de mercancías y de servicios en toda Europa o en todo el Planeta. En el caso europeo, los organismos europeos de normalización tradicionales todavía no hacen normas automáticamente aplicables en los Estados, pero los organismos de normalización nacionales transponen las

normas europeas, que de esta forma se aplican por igual en los diferentes territorios estatales. De hecho, una cada vez mayor parte del trabajo de los organismos nacionales de normalización se dirige a la transposición de las normas técnicas europeas (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/313 y ss.). Por su parte, los organismos europeos de normalización desarrollan una amplia tarea de cooperación técnica con los organismos internacionales, que, entre otras cosas, persigue la adopción de normas internacionales como normas europeas, y viceversa (ÁLVAREZ GARCÍA/1999/439 y ss.). En definitiva, la filosofía imperante en la normalización en Europa es que, en la medida de lo posible, haya una única norma internacional (aunque luego deba ser adoptada por los organismos de normalización europeos y los nacionales) para la regulación de cada aspecto técnico. Así ha ocurrido, por ejemplo, con las normas de la serie ISO 9000 en el mundo de la calidad en las empresas y las normas ISO 14000 para los sistemas de gestión y auditorías medioambientales.

En definitiva, en la medida en que se persigue la existencia de una única norma, a poder ser ni siquiera europea, sino internacional general, no tiene sentido la creación de un mercado competitivo de la normalización. Ello crearía previsiblemente más perjuicios que beneficios.

b) *El mercado de la certificación o de la evaluación de la conformidad con normas técnicas de un producto, de un servicio o de una empresa es, por el contrario, muy distinto. Mientras hemos visto que la normalización persigue la adopción de una única norma técnica para el ámbito territorial lo más amplio posible, el número de controles que se realizan de la adecuación de un producto o de una empresa a una norma es realmente extensísimo.*

Tan sólo una norma como la ISO 9001 genera muchísimos miles de certificaciones de empresas en todo el mundo. Realmente, la realización de certificaciones es un servicio económico de primer orden a nivel mundial, europeo y también español, que mueve grandes cantidades de dinero y que moverá muchas más en el futuro, y que, por lo tanto, justifica la presencia de múltiples operadores en este mercado de prestación de servicios.

Quizá alguien pudiera objetar que, desde un punto de vista técnico, es mejor la existencia de un único certificador para evitar la disparidades en los controles técnicos. En la práctica abundan las entidades certificadoras en toda Europa, y en nuestro país cada día hay más. Pues bien, para evitar los potenciales desajustes que desde un punto de vista técnico pudieran presentarse en las certificaciones practicadas por los diferentes operadores que, eventualmente, participen en este mercado, se ha establecido un sistema de acreditación o reconocimiento formal de la capacidad técnica, obligatorio para todas las empresas que quieran prestar servicios de esta naturaleza en Europa. Además, para poder ser acreditadas (y, después, poder desarrollar su labor), las entidades de certificación deben cumplir unas normas que también son comunes para todo el espacio europeo; en concreto, «las normas que les sean de aplicación de la serie UNE 66.500 (EN 45000)» (vid. en el caso español el art. 22 RD 2200/1995), esto es, las normas españolas UNE 66.500, que son resultado de la transposición por el

organismo español de normalización de las normas europeas EN 45000, elaboradas por el Comité Europeo de Normalización (CEN).

c) Vistas las peculiares naturalezas de los mercados de la normalización (que justifica la existencia de manera objetiva de un único ente normalizador) y de la certificación (que permite perfectamente la existencia de una pluralidad de operadores en libre competencia entre ellos), nos falta resolver *la relación entre ambas actividades desde un punto de vista técnico y económico*.

Desde la primera de estas perspectivas (esto es, la técnica), normalización, certificación y producción de bienes (o prestación de servicios) constituyen una cadena lógica: la normalización sirve para elaborar las normas técnicas conforme a las cuales se fabricarán los productos (o se prestarán los servicios) y la certificación sirve para controlar si los productos o los servicios se ajustan a las normas elaboradas por los agentes normalizadores. Los productores de bienes y los prestadores de servicios llevarán especial cuidado, si quieren estar en el mercado, de realizar su actividad empresarial conforme a las normas técnicas generadas por los normalizadores y de que así lo acrediten los certificadores tras los correspondientes controles.

En esta cadena, es fácilmente comprobable que quien dispone de la pieza superior tiene realmente la llave de las piezas inferiores desde un punto de vista técnico y, en última instancia, económico. Quien dispone de la normalización (o, lo que es lo mismo, de la regulación de las características de los productos, servicios, empresas), puede influir decisivamente en la configuración técnica y económica del mercado de la certificación y también del de la producción de bienes y del de la prestación de servicios; los certificadores también pueden influir en la configuración del mercado de bienes y servicios (11).

---

(11) En todo caso, normalización y certificación son actividades distintas pero estrechamente dependientes la una de la otra (las normas exigen el establecimiento de un control, sin este control las normas no sirven realmente para mucho). Esta vinculación técnica tiene también una traducción económica: la normalización influye decisivamente en la configuración del mercado de la certificación, igual que ésta condiciona el comportamiento del mercado de la producción de bienes y de la prestación de servicios. No es neutral, efectivamente, desde un punto de vista económico que el ente normalizador decida en sus normas que sólo un ente certificador va a poder controlar su aplicación o que decida que pueda hacerlo cualquier empresa acreditada para ello. La diferencia es sustancial: de un mercado de la certificación monopolístico a un mercado competitivo.

Me he referido hasta ahora a la influencia entre estos tres tipos de actividades (normalización, certificación y producción) en una dirección de arriba a abajo: el normalizador influye en el mercado de la certificación, y los operadores de este mercado condicionan el sector productivo. Pero también hay una influencia en el sentido inverso: las empresas productoras de bienes y prestadoras de servicios forman parte de la estructura y, en definitiva, de los mecanismos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de los organismos normalizadores y certificadores. En suma, normalización, certificación y sector productivo son, técnica y económicamente, interdependientes. El funcionamiento incorrecto de uno de estos tres elementos tiene repercusiones necesariamente perversas sobre los otros dos y, en general, sobre todo el sistema económico. Los riesgos de que esto ocurra se multiplican cuando el normalizador es único o/y el certificador es único, y estos riesgos son ex-

El problema que se debe resolver a partir de este momento es el relativo a si las dos piezas superiores de la cadena, es decir, la normalización y la certificación, pueden estar en manos de un mismo sujeto económico.

C) *La obligada separación desde un punto de vista jurídico y económico de los organismos de normalización y de las entidades certificadoras*

Hemos visto que la normalización es realmente una actividad de naturaleza reguladora, cuyas características peculiares justificaban un desempeño monopolístico de la misma. Pero, ¿puede participar el ente normalizador en otras operaciones de naturaleza económica, como la certificación, por ejemplo?

Si los reguladores públicos que se han creado en los últimos tiempos se caracterizan por algo es por su independencia respecto de los operadores económicos, e incluso respecto al aparato administrativo burocrático. No en balde esta independencia ha servido para caracterizar este tipo de entes, con mayor o menor fortuna, como autoridades o administraciones independientes. En su efectiva posición de independencia radican esencialmente las claves de su correcto funcionamiento y, en definitiva, de su mayor o menor prestigio. Si estos entes tuviesen algún tipo de interés en el mercado que regulan, por ejemplo por participar en él en concurrencia con otros operadores en el mismo, la independencia, real o potencialmente, estaría en peligro. Y, fuese verdad o fuese mentira, siempre cabría la sospecha de que el regulador interviene en el mercado, entre otras cosas, también para velar por sus intereses empresariales. Piénsese en el escándalo que supondría que la Comisión Nacional del Mercado de Valores fuese dueña de una operadora privada encargada de invertir en bolsa, o que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fuese la propietaria de una compañía orientada a prestar servicios de telefonía fija en competencia con las otras empresas que desempeñan esta actividad.

Esta situación, que es impensable hoy en la bolsa, en el mercado de las telecomunicaciones o en el de la electricidad, se produce en nuestro país en materia de calidad y seguridad industrial: el regulador (normalizador) privado participa también en uno de los mercados que regula, el de la certificación. No sólo eso, sino que se sirve de su situación de monopolio, y por tanto de su posición dominante absoluta, en el ámbito normalizador para reservarse en exclusiva una parte del mercado de la certificación. Hemos visto a lo largo de este estudio un magnífico ejemplo, santificado además por el mismísimo TDC, que nos permite ilustrar esto: AENOR aprue-

---

tremos cuando la normalización y la certificación están en una misma mano, y esa mano, además, es única, como ocurre en el caso español con AENOR, que es el único ente normalizador nacional, a lo que añade el ser el operador monopolístico en el mercado de la certificación de muchísimos sectores, entre ellos del que venimos analizando, el de los productos de acero para hormigón. Y, además, esa mano única es privada, moviéndose, por tanto, en función de sus intereses económicos particulares y no del interés general de la comunidad.

ba distintas normas UNE en 1996 que establecen que para evaluar que diversos productos de acero para hormigón (entre ellos, el mallazo) han sido fabricados conforme a dichas normas no cabe otra certificación posible que la efectuada por la misma AENOR, excluyendo certificaciones equivalentes (12).

Esto, que choca contra toda lógica económica, está prohibido por el Derecho comunitario a través de varias técnicas. Un sujeto que tiene una posición dominante en un mercado (como la normalización) no puede abusar de ella para reservarse otro mercado (como la certificación de los productos de acero para hormigón), excluyendo del mismo a cualquier otra empresa (13).

(12) En 1996, AENOR, en tanto que ente normalizador español, aprobó tres nuevas normas UNE para la regulación de los requisitos técnicos de los productos de acero para hormigón, en concreto para las mallas electrosoldadas (norma UNE 36092/96), los alambres corrugados (norma UNE 36099/96) y los alambres lisos para mallas y armaduras (norma UNE 36731/96).

Estas normas establecen que para que un producto sea declarado conforme a las mismas se pueden seguir dos sistemas: a) La vía de los ensayos: el sometimiento de cada suministro del producto a una serie de ensayos técnicos que aseguren que el producto cumple los requisitos técnicos preestablecidos. b) La certificación del producto: tan sólo se pueden certificar estos productos por parte de AENOR, sin admitirse ninguna otra certificación equivalente.

Aunque es cierto que las normas UNE citadas prevén un mecanismo alternativo a la certificación por parte de AENOR (la vía de los ensayos), esta alternativa es realmente muy costosa, por lo que en la práctica empresarial resulta inviable (vid. Antecedente de Hecho 3.º de la Resolución del TDC de 4 de septiembre del 2000, Expte. 469/99, AENOR). En definitiva, la alternativa prevista en las normas UNE no existe en el mundo de las realidades, quedando como único mecanismo efectivo de control de conformidad la certificación, y no cualquiera, sino única y exclusivamente la de AENOR [vid. A. de H. 5.º, 3, y 6.º, b), de la citada Resolución].

(13) Existirá, según el TJCE, una situación de abuso en la posición de dominio en el mercado cuando «una empresa que ocupa una posición dominante, incluso cuando dicha posición tiene su origen en disposiciones legislativas o reglamentarias, se reserve, sin una necesidad objetiva, una actividad que podría ser ejercida por una tercera empresa...» (Sentencia *TBCM-Télémarketing*, de 3 de octubre de 1985).

Pues bien, AENOR, en tanto que única entidad normalizadora española, realiza su actividad de manera monopolística en el mercado español de la normalización, gozando, por tanto, de una posición de dominio («cuando una empresa —según reiterada jurisprudencia del TJCE— tiene una parte del mercado del 100% es claro que ostenta una posición de dominio»: Sentencia *Greenwich Film Production/Société des auteurs*, de 25 de octubre de 1979). AENOR se vale de esta posición de dominio en el mercado de la normalización para autorreservarse con carácter monopolístico, mediante la aprobación en 1996 de un conjunto de normas UNE, el mercado de la certificación de los productos de acero para hormigón (en concreto, del mallazo, de los alambres corrugados y de los alambres lisos para mallas y armaduras).

El TDC considera en su Resolución de 4 de septiembre de 2000 (Expte. 469/99, AENOR) que, con esta conducta, AENOR no abusa de su posición dominante porque «existen motivos lógicos y razonables» que la justificarían. En mi opinión, debe llegarse a la solución totalmente contraria: el comportamiento de AENOR en materia normalizadora, y la decisión del TDC justificándolo, sólo contribuyen a reservar el mercado de la certificación de los productos de acero para hormigón a la propia AENOR, impidiendo que otras entidades españolas que pudieran estar interesadas en este mercado puedan acceder a él efectivamente. Pero lo que es todavía más evidente, la conducta de AENOR viola las reglas que disciplinan la libre prestación de servicios en la Unión Europea. Existen distintas entidades europeas que realizan la certificación de estos productos en sus respectivos países. Pues bien, carece de toda justificación objetiva que estas empresas no puedan certificar confor-

Pero no sólo esto, sino que además el Derecho comunitario impone una estricta separación de los reguladores y de los operadores. Es cierto que la participación de AENOR en ambos mercados vino propiciada por el reconocimiento administrativo de esta entidad como organismo de normalización y entidad certificadora en 1986. Esta situación pudo justificarse entonces por el deseo de impulsar estos mecanismos en España y ajustarlos al sistema imperante en las entonces Comunidades Europeas, pero con las nuevas reglas que rigen los movimientos privatizadores y liberalizadores en Europa ya no se sostiene esta situación. La citada regla de la separación de los reguladores y los operadores lo impide.

El Prof. MUÑOZ MACHADO ha explicado el funcionamiento de esta regla en su obra *Servicio Público y Mercado*. En el volumen primero (*Los fundamentos*) escribe que:

«En todos los sectores liberalizados se está implantando una regla general de organización que exige que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad.

El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión quedan situados en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector, quedarían en una situación de desigualdad» (I/1998/254).

El origen de esta regla se encuentra en el mundo de las telecomunicaciones. En su *Libro Verde sobre las telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987, la Comisión propugnaba ya, como recuerda MUÑOZ MACHADO, la «separación de las actividades de regulación y explotación» en este mercado, indicando que «en un entorno más abierto a la competencia, las administraciones de las telecomunicaciones no pueden, al mismo tiempo, ejercer la potestad reglamentaria y participar en el mercado. Esto es ser al mismo

---

me a normas UNE, por muy españolas que éstas sean. El principio comunitario del reconocimiento mutuo impone exactamente lo contrario: los controles técnicos operados por todas las empresas europeas debidamente acreditadas a tal efecto en algún Estado de la Unión tienen que ser reconocidos como equivalentes en el conjunto de la Unión. En definitiva, en mi opinión, el hecho de que una norma UNE se adopte en España no es ningún obstáculo para que empresas comunitarias acreditadas puedan evaluar la conformidad con dicha norma de un producto, nacional o extranjero, que se quisiera vender o no en nuestro país. Lo harán si el control que prestan es mejor o más barato en el mercado y pueden obtener, por ello, algún tipo de beneficio económico. En todo caso, desde un punto de vista técnico será equivalente al realizado por AENOR. Esta asociación podrá hacer la norma UNE correspondiente en tanto que organismo de normalización reconocido, pero una vez adoptada no deberá ser, en modo alguno, la dueña y señora de su aplicación. Un detallado análisis de esta cuestión puede encontrarse en mi estudio *Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto «G.P. Manufacturas del Acero, S.A., contra AENOR»* (en prensa).

tiempo juez y parte» (I/1998/256). Esta cuestión vuelve a reaparecer en la Directiva 90/388/CEE, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. La Comisión señala aquí que:

«El poder de reglamentación de acceso al mercado de los servicios de telecomunicaciones constituye un reforzamiento de la posición dominante que esta misma empresa tiene en el mercado».

Comentando estas palabras, MUÑOZ MACHADO subraya que, haciendo uso de este poder de reglamentación, «se podrían imponer restricciones al acceso de los competidores a los mercados de servicios de telecomunicaciones y limitar la libertad de elección de los usuarios» (I/1998/257).

Para evitar esta situación, la Comisión impone que los poderes reguladores en materia de telecomunicaciones sean desempeñados por «una entidad independiente» de los operadores económicos en dicho mercado.

Esta doctrina de la Comisión, confirmada por el TJCE en la Sentencia *Reino de España y otros c. Comisión*, de 17 de noviembre de 1992, se ha trasladado «como una máxima de obligado cumplimiento en la organización de cualquier otro servicio liberalizado» (MUÑOZ MACHADO/I/1998/258), como en materia eléctrica, servicios postales, transportes...

Nótese que esta regla de la separación de los reguladores y de los operadores se ha creado y se ha extendido en servicios en los que la Administración ha ejercido tradicionalmente poderes de regulación en el mercado de esos servicios, y ha participado, además, bien de manera monopolística o bien como un operador más en dicho mercado. Es cierto que tras las oleadas privatizadoras y liberalizadoras la Administración se ha reservado los poderes de regulación, instaurando normalmente administraciones independientes *ad-hoc* para el ejercicio de esta tarea, abriendo el paso (e incluso abandonando totalmente las operaciones de contenido económico en el mercado) a los operadores privados, como ocurre en el propio sector de las telecomunicaciones.

Si esta regla es aplicable para campos en los que la Administración, en tanto que servidora del interés general (art. 103.1 CE), sigue estando presente, a pesar de la marea liberalizadora y privatizadora, en el ejercicio de las tareas reguladoras, con más motivo debe serlo en aquel otro ámbito, como el de la calidad y la seguridad industrial, en el que se ha privatizado tanto la normalización (esto es, la regulación) como la operación en el mercado de la certificación en manos de sujetos privados que ni siquiera se mueven (o, al menos, no de forma preponderante) por el interés general, sino que, por definición, persiguen prioritariamente intereses exclusivamente particulares. Parafraseando, para concluir con este asunto, unas palabras del Prof. MUÑOZ MACHADO transcritas hace unos instantes, si el normalizador-regulador y el certificador no están separados, sino que están en manos del mismo sujeto privado, éste queda en una situación de dominio que resulta incompatible con la competencia. El resto de las empresas privadas que quisieran competir en el sector de la certificación quedarían en

una situación de desigualdad, pues en cualquier momento el normalizador-regulador podría aprovechar su posición de dominio para autofavorecerse en el campo de la certificación, en el que también actúa con una posición que ya, sin necesidad de ayudas suplementarias de ningún tipo, resulta ser también dominante.

3. LOS CRITERIOS COMUNITARIOS BÁSICOS PARA UNA CORRECTA COMPETENCIA EMPRESARIAL EN EL MERCADO DE LA CERTIFICACIÓN:  
EL ASUNTO *STICHTING CERTIFICATIE KRAANVERHUURBEDRIJF (SCK)* Y *FEDERATIE VAN NEDERLANDSE KRAANVERHUURBEDRIJVEN (FNK)* CONTRA COMISIÓN

A) *Introducción*

La primera ocasión en la que un Tribunal comunitario ha tenido la oportunidad de enfrentarse abiertamente a la aplicación de las reglas del Derecho de la competencia a un sistema de certificación ha sido en la Sentencia *SCK* y *FNK* c. *Comisión*, de 22 de octubre de 1997, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96.

En esta decisión se le plantean al Tribunal de Primera Instancia europeo distintas cuestiones tanto desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias por sus comportamientos ilícitos como, y sobre todo, desde el punto de vista de la aplicación del entonces artículo 85 TCE, hoy artículo 81 (14). Nosotros nos vamos a centrar en este último ámbito, y más en particular en el aspecto que se refiere a la compatibilidad de este precepto con un sistema de certificación establecido por una fundación, la SCK, en el mercado holandés del alquiler de grúas móviles.

El asunto litigioso planteado ante el TPI tiene su origen, básicamente, en la impugnación que tanto la fundación SCK como la asociación de empresas FNK efectúan de la Decisión 95/551/CE, de la Comisión, de 29 de noviembre de 1995. En esta Decisión considera la Comisión, entre otras muchas cosas, que la referida fundación con su peculiar sistema de certificación ha violado el artículo 85.1 TCE al no respetar las reglas de juego que, según la Alta Institución comunitaria, deben regir el correcto funcionamiento de este tipo de sistemas, y que cifra en un total de cuatro: su carácter abierto, su independencia, su transparencia y la necesaria aceptación de garantías equivalentes ofrecidas por otros sistemas.

---

(14) Este precepto establece en su apartado primero que: «1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...».

Su homólogo español, esto es, el artículo 1 LDC, relativo a las «conductas prohibidas», dispone, por su parte, que: «1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...».

Considera, en concreto, la Comisión que la prohibición expresa contenida en el reglamento de la entidad certificadora (según la cual aquellas empresas de alquiler de grúas afiliadas al sistema —esto es, certificadas por la SCK— no pueden alquilar este tipo de maquinaria de otras empresas de alquiler que carezcan, por su parte, de tal certificación) no tiene tan sólo el efecto de garantizar la calidad de los bienes y servicios certificados, sino también, y sobre todo, el de restringir ilícitamente la competencia en el mercado holandés de alquiler de grúas, pues este sistema «no es, en todo caso, totalmente abierto o, al menos, no lo era hasta el 21 de octubre de 1993, y no permite aceptar garantías equivalentes de otros sistemas» (F. de D. 23.º de la Decisión).

La falta de apertura del sistema certificador radicaría, según el criterio de la Comisión, entre otras circunstancias, en el hecho de que, al menos *de facto*, «las empresas extranjeras quedan excluidas del sistema de certificación de SCK», o en que el coste económico de la certificación no es igual para todas las empresas que deseen acceder a este servicio, o en que «los requisitos en materia de certificación se establecen en función de la situación neerlandesa», difíciles (si no imposibles) de reunir por empresas extranjeras (F. de D. 24.º).

Constata, además, la Comisión, en un segundo momento, que el sistema de certificación de SCK no acepta garantías equivalentes de otros sistemas, rechazando las ofrecidas por «sistemas de certificación establecidos por otros entes de Derecho privado de la Comunidad» homólogos a la SCK y excluyendo, «asimismo, las normas de los poderes públicos que ofrecen garantías equivalentes en materia de seguridad en el mercado de las empresas de alquiler de grúas» (F. de D. 25.º).

Sin hacer referencia a los otros dos criterios previamente señalados como básicos para la compatibilidad de un sistema de certificación con las reglas de la competencia a nivel europeo, esto es, el de la independencia y el de la transparencia, la Comisión considera que el carácter cerrado del sistema en cuestión y su falta de aceptación de garantías equivalentes «no sólo limita(n) la libertad de acción de las empresas afiliadas [al sistema de certificación de la SCK] y, por ende, la competencia entre sí, sino que sobre todo obstaculiza(n) de forma considerable el acceso de terceros al mercado neerlandés y, concretamente, el acceso de las empresas establecidas en otro Estado miembro» (F. de D. 26.º).

Tras todas estas consideraciones, la conclusión de la Comisión no podía ser otra que la de declarar que el sistema de certificación de la SCK «ha infringido lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE» (art. 3 de la Decisión).

**B) *Las reglas comunitarias de juego para el ejercicio de la libre competencia en el mercado de la certificación***

El TPI confirma en su Sentencia de 22 de octubre de 1997 la Decisión de la Comisión en todos sus extremos, con la única salvedad de que rebaja

la cuantía de la sanción inicialmente impuesta a la SCK de 300.000 a 100.000 ECU. Lo realmente esencial de esta Sentencia es, no obstante, que el TPI hace en ella un repaso de las reglas fundamentales por las que se debe regir el mercado de la certificación en Europa desde la perspectiva del Derecho de la competencia. El Tribunal comunitario precisa, en concreto, cuatro cuestiones de especial significación para nuestro estudio: una primera es la relativa a si los organismos de certificación, aunque revistan la forma jurídica de fundaciones o de asociaciones sin ánimo de lucro, son realmente empresas a la luz del Derecho comunitario de la competencia; una segunda es la referente a cuándo un sistema de certificación puede afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión, entrando en juego, por tanto, el Derecho comunitario de la competencia; una tercera se centra en determinar si la Comisión está facultada para definir los criterios que deben respetar los sistemas de certificación para ser admisibles por el Derecho comunitario; y una cuarta, y realmente la fundamental, es la determinación de cuáles deben ser precisamente estos criterios de competencia empresarial de una manera específica.

El juego de los principios del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional (15) va a provocar necesariamente que las apreciaciones realizadas por el TPI de las Comunidades Europeas sobre los cuatro aspectos señalados deban tener un peso absolutamente determinante en la configuración del mercado de la certificación en nuestro país. Pero centrémonos, sin más preámbulos, en su análisis.

a) *Los organismos de certificación son empresas desde la perspectiva del Derecho de la competencia.*

Tanto en el Derecho español como en el comunitario está sometida a las reglas de la competencia «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (Sentencia TJCE *Höfner y Elser*, asunto C-41/90, de 23 de abril de 1993).

Lo determinante no es hoy, pues, en el Derecho de la competencia la forma jurídica de un ente para caer en su ámbito subjetivo de aplicación, sino si realmente interviene o no en el mercado. Está prohibida, en consecuencia, la realización de prácticas restrictivas de la competencia tanto para las sociedades como para las asociaciones o cualquier otro tipo de entes que desarrollen efectivamente una actividad económica, y ello con total independencia de que según sus estatutos tengan, o no, ánimo de lucro (BELLAMY/CHILD/1992/74; BAÑO LEÓN/1996/60).

Pues bien, frente a las alegaciones de SCK de que no era una empresa a los efectos del apartado 1 del artículo 85 TCE, «puesto que un organismo de certificación que se dedica única y exclusivamente a un control neutral

---

(15) Sobre el origen y el funcionamiento de estos dos principios, vid., por todos, ALONSO GARCÍA/1994.

y objetivo de empresas en un sector específico no ejerce actividad económica» (F. de D. 116.º), el TPI, siguiendo las tesis de la Comisión, y tras recordar que el concepto de empresa manejado por el Derecho de la competencia «comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación», constata:

1.º Que SCK es una fundación de Derecho privado que ha establecido un sistema de certificación para las empresas de alquiler de grúas de naturaleza voluntaria, determinando ella misma de manera autónoma los criterios que deben cumplir las empresas certificadas y expidiendo los correspondientes certificados previo pago de una cantidad económica.

2.º Estas características demostrarían que SCK ejerce una actividad de naturaleza económica.

3.º La conclusión necesaria: la fundación SCK «debe ser considerada como empresa a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado» (16).

- b) *Un sistema de certificación restrictivo de la libre competencia en el conjunto del territorio de un Estado afecta necesariamente al comercio entre los Estados miembros.*

Las demandantes alegan que el mercado de alquiler de grúas es un mercado típicamente nacional, que se circunscribe al territorio de los Países Bajos.

La Comisión replica, por su parte, que, aunque las grúas móviles sólo puedan desplazarse en un radio de 50 kilómetros, el comercio con las regiones fronterizas belgas y alemanas podría verse afectado. Y señala, como prueba de ello, que entre los denunciantes de las prácticas anticompetitivas de SCK y FNK había dos empresas belgas.

El TPI asume también los postulados de la Comisión, recordando la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre el contenido de la cláusula de afectación al comercio entre los Estados miembros:

«... para que un acuerdo, una decisión o una práctica concertada puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, deben permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa

---

(16) De manera coherente con esta doctrina, el TDC califica en su Resolución de 4 de septiembre del año 2000 a AENOR como «una empresa sin ánimo de lucro» (Hecho Probado 1.º). Por lo demás, ya en decisiones anteriores que han tenido como protagonista a esta entidad, el TDC ha considerado que la concreta realización tanto de las tareas normalizadoras (Resolución de 25 de noviembre de 1997, Expte. R.260/97, AENOR) como de las certificadoras (Resolución de 17 de julio de 1996, Expte. R.136/95, AENOR) está condicionada por el respeto del Derecho de la competencia y, en consecuencia, sometida a su control a la luz de estas reglas (ÁLVAREZ GARCÍA/2000).

o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros...».

Existe un supuesto en el que, por definición, una práctica restrictiva de la competencia desarrollada dentro de las fronteras de un Estado miembro afecta necesariamente al comercio internacional. Esto ocurre, en efecto, cuando este tipo de comportamientos anticompetitivos «se extiende(n) —en palabras del propio TPI— a todo el territorio de un Estado miembro», pues «tiene(n) como efecto, por su propia naturaleza, consolidar compartimentos de carácter nacional, obstaculizando así la interpenetración económica querida por el Tratado».

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el TPI concluye que «en el caso de autos, no existe controversia entre las partes sobre el hecho de que la prohibición de alquiler de SCK [elemento fundamental, recordemos, de su sistema de certificación] y las tarifas aconsejadas de FNK se aplican en todo el territorio neerlandés .../... Por consiguiente, estas prácticas restrictivas de la competencia... afectan, por su propia naturaleza, al comercio entre los Estados miembros».

- c) *La Comisión está facultada para definir los criterios a los que debe atenerse un sistema de certificación para que pueda ser considerado conforme al Derecho de la competencia.*

Las demandantes SCK y FNK alegan que la Comisión «infringió el apartado 1 del artículo 85 del Tratado al definir por su cuenta criterios generales para apreciar la aplicación de esta disposición a sistemas de certificación, cuando tales criterios no se recogen en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado». Recordemos, como hacen las demandantes, que la Comisión había considerado en su Decisión impugnada que si la prohibición de alquiler de grúas «estuviese vinculada a un sistema de certificación *plenamente abierto, independiente y transparente, que aceptara garantías equivalentes presentadas por otros sistemas*, podría aducirse que el efecto de la prohibición no es restringir la competencia, sino tan sólo garantizar plenamente la calidad de los bienes o servicios certificados», resultando, en este caso, ajustada al Derecho comunitario de la competencia.

El TPI rechaza estas consideraciones, afirmando, por el contrario, que la Comisión está facultada «para definir criterios que concreten las exigencias del apartado 1 del artículo 85 del Tratado en una situación jurídica y económica específica». Esta facultad de la Comisión no excluye que el TPI pueda examinar «si resultan pertinentes» los criterios señalados por la Comisión.

- d) *La Comisión considera que para que un sistema de certificación sea compatible con el Derecho comunitario de la competencia tiene que respetar cuatro criterios: independencia, transparencia, carácter abierto y aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas.*

La Comisión ha determinado la necesidad de que concurran estos cuatro criterios en relación con un sistema de certificación determinado, pero de las propias palabras de la Comisión y del TPI parece que estas reglas de juego son extensibles a cualquier sistema de certificación (17).

Aunque, por otro lado, no se afirme expresamente, para que un sistema de certificación sea declarado conforme al Derecho de la competencia deben concurrir cumulativamente estos cuatro criterios. Esto explica el comportamiento de la Comisión, primero, y del TPI, después, que tras analizar la ausencia de tan sólo dos de estos criterios califican el sistema como contrario al artículo 85.1 TCE.

Tal como acaba de afirmarse, a pesar de que la Comisión definió en su Decisión 95/551/CE cuatro criterios de compatibilidad, los pronunciamientos tanto de esta institución como del TPI nos permiten tan sólo conocer la técnica de aplicación de dos de ellos: el carácter abierto del sistema de certificación y la aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas. Los otros dos criterios (el de la independencia y el de la transparencia) no son utilizados en el caso concreto por la Comisión, y el TPI no se pronuncia ni sobre su pertinencia en tanto que criterios de compatibilidad de un sistema de certificación con el Derecho de la competencia ni sobre su contenido.

1.º El TPI declara, en primer término, la pertinencia del criterio del *carácter abierto de un sistema de certificación* para evaluar su adecuación al artículo 85.1 TCE, dado que «en el supuesto de que el acceso al sistema de certificación sea difícil, la prohibición de alquilar grúas de empresas no certificadas afecta considerablemente a las posibilidades de competir» de

---

(17) Señala el TPI en el Fundamento de Derecho 133.º de la Sentencia que analizamos:

«En primer lugar, por lo que se refiere a la primera alegación de esta parte del motivo, basada en un error de Derecho sobre la referencia a los criterios de transparencia, carácter abierto, independencia y aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas, a efectos de valorar la compatibilidad de *un* sistema de certificación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado...».

Nótese que el TPI utiliza un artículo indeterminado («la compatibilidad de *un* sistema de certificación»), lo que da idea de generalidad y de abstracción, y no un artículo determinado («la compatibilidad *del* sistema de certificación»). En este último caso habría resultado evidente que los cuatro criterios se referirían exclusivamente al sistema de certificación de la SCK. La utilización del artículo indeterminado permite llegar a la solución contraria: el respeto de los cuatro criterios es eventualmente exigible de todo sistema de certificación.

las empresas. Y es que un sistema cerrado en este ámbito limita, por un lado, la libertad de acción de las empresas certificadas, afecta también, por otro, a las posibilidades de competir de las empresas no certificadas nacionales y, por supuesto, obstaculiza de forma considerable el acceso de terceros al mercado neerlandés.

El TPI acepta los razonamientos manejados por la Comisión para determinar que el sistema de certificación de grúas móviles de la SCK no es verdaderamente abierto: el coste de la certificación es desigual para las empresas, los requisitos establecidos para la certificación impedian de hecho la participación de empresas extranjeras... El Tribunal se detiene de manera particular, no obstante, en el análisis de la cuestión relativa a si la incorporación de diversas obligaciones impuestas por la legislación holandesa aplicable a las grúas móviles dentro de la normativa privada reguladora del sistema de certificación voluntaria de la SCK es realmente aceptable, una vez que se ha aprobado la Directiva comunitaria sobre máquinas (la Directiva 89/392/CEE), en la que se impone el reconocimiento mutuo de las legislaciones nacionales diferentes sobre este tipo de aparatos. La respuesta dada por el Tribunal comunitario resulta suficientemente expresiva por sí sola:

«(...) al haber recogido en el sistema de certificación varias obligaciones de la legislación neerlandesa, SCK consolidó y reforzó las barreras al comercio intracomunitario derivadas de las eventuales disparidades entre las legislaciones nacionales. En efecto, cuando en virtud de una Directiva comunitaria se consigue en un sector el reconocimiento mutuo de los diferentes regímenes nacionales, el hecho de que un organismo privado de certificación imponga la obligación de cumplir la legislación neerlandesa en ese mismo sector tiene por efecto mantener o restablecer las barreras al comercio intracomunitario que el legislador comunitario quiso suprimir».

2.º El criterio de *la aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas* es considerado, también, por el TPI como adecuado para apreciar la compatibilidad de un sistema de certificación con las reglas jurídicas que ordenan la competencia empresarial en la Unión Europea. Y es que, considera literalmente el TPI,

«(...) una prohibición de alquiler que impide a las empresas certificadas recurrir a empresas no certificadas, aunque estas últimas presten garantías equivalentes a las garantías del sistema de certificación, en modo alguno puede encontrar justificación objetiva en la preocupación por mantener la calidad de los productos/servicios que garantiza el sistema de certificación. Por el contrario, la no aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas protege a las empresas

certificadas frente a la competencia de las empresas no certificadas».

Sólo se cumple con este criterio de la aceptación de garantías equivalentes cuando el sistema de certificación en cuestión admite la pertinencia de cualquier certificación equivalente (entendiendo ésta —tal y como se define en nuestra Ley de Industria— como «aquella actividad que permite establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio con los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas»), ya se realice por otros organismos de certificación privados, previamente acreditados para la realización de este tipo de tareas por uno de los organismos de acreditación existentes en los diferentes Estados europeos, o ya por las propias Administraciones nacionales.

En este sentido, la Comisión reprochaba inicialmente a la SCK que su sistema no aceptaba ninguna otra certificación (ni pública ni privada) distinta a la suya. Ante las demandas de la Alta Institución europea, la SCK propuso aceptar las certificaciones expedidas por otros organismos privados de certificación acreditados, que siguieran las normas europeas EN de la serie 45000 correspondientes. La Comisión, no obstante, seguía considerando insuficiente la propuesta de SCK, dado que excluía tanto el reconocimiento de la marca oficial holandesa expedida por las autoridades de este Estado como de «las certificaciones oficiales similares de las autoridades públicas belgas y alemanas». Este argumento fue hecho suyo por el TPI («... sería preciso hacer constar —subraya este Tribunal— que el sistema de SCK no prevé en modo alguno el eventual reconocimiento de una normativa de los poderes públicos que aporte garantías equivalentes a las garantías de SCK») para declarar que el sistema de la SCK «no permitía aceptar garantías equivalentes de otros sistemas».

El criterio de la «equivalencia» es bien conocido en la jurisprudencia del TJCE relacionada con el mundo de la técnica. Destaca, en este sentido, la Sentencia *Dundalk*, de 22 de septiembre de 1988, en el asunto 45/87. En ella, el TJCE sentó la doctrina, reproducida en otras Sentencias significativas posteriores, como la dictada en el asunto *Comisión contra España*, de 17 de noviembre de 1993, de que las Administraciones públicas no pueden desplazar en sus contratos los productos que, aunque no estén fabricados conforme a la norma técnica nacional del Estado en cuestión, lo estén, sin embargo, conforme a otra norma técnica, nacional (de un tercer Estado) o internacional, «equivalente».

De este modo, el TJCE hacía suyas las tesis defendidas por la Comisión y el Abogado General Marco Darmon, según las cuales el rechazar el examen y el rehusar sin justificación adecuada una oferta de un contratista que preveía la utilización de unos tubos fabricados conforme a una norma técnica internacional (la ISO 160) que aseguraba unas garantías equivalentes a las exigidas por la normativa técnica irlandesa empleada en la redacción del pliego de prescripciones técnicas del contrato público constituía una violación del entonces artículo 30 TCE (hoy art. 28, que, recordemos, prevé la prohibición entre Estados miembros de «las restricciones cuanti-

tativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente»), por constituir un obstáculo injustificado a la importación de tubos en Irlanda.

El TJCE pretendía con su Sentencia evitar que la referencia exclusiva a las normas técnicas nacionales en los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos pudiesen servir a objetivos estatales de naturaleza proteccionista. Por ello, sugería que para evitar conductas de este tipo se añadiese en los pliegos de contratación, junto a la referencia a la norma o normas técnicas nacionales, la locución «o equivalente»:

«Insertando, en el caso litigioso —afirmaba el Tribunal comunitario—, el término “o equivalente” tras la indicación de la norma irlandesa, como lo prescribe la Directiva 71/305 [y hoy hace lo propio su sustituta, la Directiva 93/37/CEE] para los casos en los que resulta de aplicación, las autoridades irlandesas habrían podido controlar el respeto a las condiciones técnicas sin reservar desde su inicio el contrato únicamente a los licitadores que se propusiesen utilizar materiales irlandeses» (FJ 22.º).

Antes de concluir con este apartado se impone una última reflexión: la admisión de las garantías equivalentes de otros sistemas es una obligación derivada directamente del principio del reconocimiento mutuo de las normativas y de los sistemas de control técnicos nacionales en el que se centra de manera fundamental la política comunitaria del nuevo enfoque en materia de armonización técnica y de normalización, que, desde mediados de los años ochenta, persigue la creación de un mercado, verdaderamente común, europeo, en el que desaparezcan las barreras técnicas que amenazan la libre circulación de mercancías y servicios.

Pues bien, una de las hijas de esta nueva filosofía armonizadora europea fue la potenciación de los mecanismos de normalización y de certificación voluntaria. Estos instrumentos deben estar al servicio de estas libertades de circulación, deben potenciar los efectos del principio del reconocimiento mutuo, sin que en ningún caso puedan servir para el mantenimiento, reimplantación o creación de nuevos obstáculos técnicos y, por tanto, para la instauración de un sistema de neoproteccionismo de los mercados. No tendría ningún sentido que los Estados se viesen obligados a reconocer las reglamentaciones nacionales equivalentes ni los controles técnicos obligatorios, también equivalentes, efectuados en otros Estados por sus autoridades, mientras que los organismos de normalización y las entidades de certificación destinados a suplir en gran medida la labor de las Administraciones en estos dos tipos de ámbitos (creación normativa y control) pudiesen actuar sin reconocer las normas y los controles realizados por organismos privados similares. Si esto fuese así, habrían desaparecido los obstáculos técnicos impuestos de derecho por las Administraciones, pero habrían sido sustituidos por otros obstáculos impuestos por los agentes económicos nacionales que, de hecho, impedirían tanto la libre

circulación de mercancías como de servicios dentro de la Unión. El resultado es que no se habría avanzado gran cosa en la formación de un mercado interior real. El reconocimiento mutuo, en definitiva, de la misma forma que opera en el ámbito de las reglamentaciones y de los controles obligatorios, debe funcionar, y con más motivo, en el de las normas y en el de las certificaciones voluntarias. La obligación de un sistema de certificación de aceptar las garantías equivalentes de otros sistemas de certificación es, por tanto, una exigencia impuesta por el principio comunitario del reconocimiento mutuo (18).

Alguien pudiera pensar, quizá, que gracias al funcionamiento de este principio se podría producir una «armonización a la baja» del Derecho de la técnica en el conjunto de la Comunidad, que tanto las reglamentaciones técnicas nacionales como las normas voluntarias de los distintos organismos de normalización nacionales, o los controles técnicos obligatorios o voluntarios, tenderían a aproximarse a aquellos que ofrezcan dentro de la Comunidad las más bajas garantías de seguridad, de calidad, de protección ambiental o de los consumidores y usuarios, y que normalmente serán las que representen un menor coste económico para las empresas. Para evitar este fenómeno, la política del «nuevo enfoque» prevé una solución: los poderes públicos comunitarios establecerán para el conjunto de la Unión unas «exigencias esenciales» armonizadas de carácter obligatorio, que deberán ser respetadas por todas las normas y sistemas de control técnico nacionales existentes en los diferentes Estados comunitarios, ya sean éstos de naturaleza obligatoria o ya voluntaria. De esta forma, las normas o los sistemas de control existentes en un Estado miembro deberán ser considerados equivalentes a los existentes en otros Estados de la Unión siempre que respeten las citadas exigencias esenciales imperativas, debiendo ser necesariamente aceptados en estos Estados por los poderes públicos, por supuesto, pero también por sujetos privados, como los organismos de certificación, cuyo comportamiento anticompetitivo podrá, en caso contrario, poner en peligro la libre competencia o la libre circulación de bienes y servicios en Europa.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes*, núm. 147 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1998.
- *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, 1999.
- *La aplicación de las reglas del Derecho de la competencia en el mundo de la técnica*, núm. 152 de esta REVISTA, mayo-agosto 2000.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho de la competencia*, McGraw-Hill, 1996.

(18) Sobre la significación del principio del reconocimiento mutuo, vid., por todos, LÓPEZ ESCUDERO/1993 y GARDEÑES SANTIAGO/1999.

- BELLAMY, Ch./CHILD, Cr.: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, 1992.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la calidad y de la seguridad industrial*, Marcial Pons, 2000.
- GARDEÑES SANTIAGO, M.: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, 1999.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Marcial Pons, 2000.
- LÓPEZ ESCUDERO, M.: *La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CE», núm. 19, 1993.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio Público y Mercado*, vol. I: *Los fundamentos*, Civitas, 1998.
- STOBER, R.: *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht (Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht)*, 12.<sup>a</sup> ed., Kohlhammer, 2000.