

# REGULACIÓN, EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y AUTORREGULACIÓN

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

I. A UNO Y OTRO LADO DE LA FRONTERA ADMINISTRATIVA.—II. LA LLAMADA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN: 1. *La regulación consiste en la aprobación de normas. 2. El concepto amplio de regulación, sobre todo, es aplicado en el ámbito económico, en contraposición a las normas generales de defensa de la competencia. 3. La regulación no da lugar a nuevas técnicas jurídico-administrativas. 4. No refleja la naturaleza de los poderes de las autoridades administrativas sectoriales.*—III. EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS: 1. *Delimitación. 2. Entidades colaboradoras. 3. Actividades externalizadas. 4. Justificación. 5. Sus límites.*—IV. AUTORREGULACIÓN: 1. *Sus manifestaciones. 2. Límites: su carácter complementario de la regulación.*

## RESUMEN

i) El concepto amplio de regulación engloba la actuación pública en su conjunto. Se utiliza, sobre todo, en materia económica, como contraposición a las normas generales de defensa de la competencia. Sin embargo, no da lugar a nuevas técnicas jurídico-administrativas, ni refleja la naturaleza de los poderes de las autoridades sectoriales. ii) Con las debidas garantías, no hay inconveniente en que la Administración externalice tareas que tienen un carácter auxiliar o instrumental para el ejercicio de la competencia. iii) El ordenamiento jurídico debe reconocer, e incluso favorecer, la autorregulación. Sin embargo, su función es complementar, no sustituir a la regulación estatal.

*Palabras clave:* regulación; externalización; autorregulación.

## ABSTRACT

i) In broader sense regulation embraces public intervention as a whole. It is mainly used in opposition to competition law. However, it does not give rise to new legal and administrative techniques, and does not reflect the nature of the powers entrusted to sectoral regulators. ii) With proper safeguards, public Administration can outsource ancillary activities. iii) Self-regulation should be recognized and even promoted by the legal system. However, its role is complementing rather than replacing regulation.

*Key words:* regulation; outsource; self-regulation.

## I. A UNO Y OTRO LADO DE LA FRONTERA ADMINISTRATIVA

1) El ordenamiento jurídico debe responder a las exigencias que plantea la sociedad en cada momento. No puede, pues, extrañar que el Derecho público tenga ante sí el reto de adaptarse a los profundos cambios que se adivinan en el horizonte de nuestro siglo. Entre las muchas cuestiones que se plantean pueden escogerse tres, que apuntan al trazado de las fronteras de la Administración: i) regulación; ii) externalización de funciones administrativas; y iii) autorregulación.

2) El Derecho administrativo se ha convertido en una aldea global en la que —insistentemente— se habla de *regulación*. Con ello, nos beneficiamos de la experiencia de aquellos países que históricamente han estado más distantes de nuestra tradición jurídica. No obstante, esta peregrinación de conceptos puede también venir acompañada de confusión, no sólo terminológica. La regulación siempre ha significado la aprobación de normas. En su nueva versión, aglutina al conjunto de la intervención pública, especialmente en materia económica. Es decir, también significa supervisión, resolución y sanción. En este sentido, no refleja bien la naturaleza de los poderes de los llamados «reguladores sectoriales», cuya función —paradójicamente— no es regular (en sentido estricto). Además, en el Derecho, las palabras enseguida se acompañan de consecuencias jurídicas. A la que nos descuidemos, el concepto amplio de regulación puede desencadenar una dinámica que debilita el principio de reserva de ley y merme la función de gobierno (art. 97 CE).

3) A partir de los años noventa se hicieron moneda de cambio las críticas generalizadas a la llamada «huida de la Administración al Derecho privado», que pusieron de manifiesto la contribución del régimen jurídico-administrativo a la garantía del interés general. *Cuando actúa la Administración, debe aplicar el Derecho administrativo*, que permite asegurar (hasta donde es posible) el servicio objetivo al bien común, con respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Esto no significa que la Administración deba realizar por sí misma, de principio a fin, todas las actuaciones sobre las que se asienta el ejercicio de sus competencias. El ordenamiento jurídico siempre ha favorecido la colaboración de los particulares en el cumplimiento de las tareas administrativas. A este respecto, puede recordarse que algunos sistemas de gestión urbanística descansan sobre la iniciativa de los propietarios (concierto, compensación). Más aún, la normativa vigen-

te reconoce el derecho de iniciativa de los particulares —sean o no propietarios— para la urbanización de los terrenos<sup>1</sup>. Por otra parte —desde antiguo—, la contratación pública viene sirviendo también de cauce para la colaboración de los particulares en el desarrollo de actividades administrativas, en sus variadas manifestaciones<sup>2</sup>.

En esta línea, en los últimos años se ha acentuado la tendencia a la externalización de actividades, que se extiende a nuevos sectores. Con ello, la normativa confía a entidades privadas la realización de una serie de tareas de calificación o comprobación que —en otro caso— debería realizar la Administración. La aspiración es alcanzar una actuación pública más eficiente y eficaz. Lo exigible es que, con ello, se sirva al interés general, sin lesionar los derechos y libertades de los ciudadanos.

4) La ordenación de la iniciativa privada requiere el ejercicio de potestades públicas, lo que —inevitablemente— reclama la presencia de la Administración. Como excepción, determinados ámbitos han sido capaces de impulsar valiosos fenómenos de *autorregulación*, que el ordenamiento jurídico debe reconocer, e incluso favorecer. No obstante, se trata de iniciativas limitadas, cuya eficacia —al final— depende de su efectiva recepción pública<sup>3</sup>. Además, su función no es tanto sustituir, sino complementar a la regulación. Es más, hay buenas razones para pensar que los fallos de la regulación son la causa de algunas de las más sonadas disfunciones de los mercados, como la actual crisis financiera internacional ha puesto de manifiesto. Como muestra, la discusión actual sobre el régimen jurídico de las agencias de calificación crediticia (*credit rating agencies*), ampliamente desregulado<sup>4</sup>. A finales de 2010 ha

<sup>1</sup> Artículo 6.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «El derecho de propiedad sobre el suelo en su nueva Ley estatal de 2007», en *Libro Homenaje al Prof. M. Bassols Coma. El Derecho urbanístico del siglo XXI (Urbanismo y Vivienda)*, Ed. Reus, Madrid, 2008, págs. 531-534.

<sup>2</sup> J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Servicios Públicos y papel del particular entre instancias de solidaridad y mercado competitivo», en XVI Convegno Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli (AAIS), *Le Esternalizzazioni*, Genova, 25-27 maggio 2006, págs. 4-5.

<sup>3</sup> Así, en el sector financiero —que es considerado un sector de referencia—, en un número creciente de casos, «la producción normativa abarca una fase de gestación privada internacional, basada principalmente en la autorregulación y en la cooperación transnacional de autoridades nacionales; y una fase posterior de recepción pública, a nivel europeo primero y, finalmente, a nivel estatal» (M. DARNACULLETA I GARDELLA y M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», núm. 183 de esta REVISTA, 2010, pág. 142). La creciente interdependencia hace que las reglas acordadas sean virtualmente obligatorias para los Estados. Sin embargo, no creo que deba minusvalorarse la exigencia de que sean objeto de recepción pública, que es lo que las dota de eficacia jurídica general.

<sup>4</sup> «But the mortgage companies could not have done their mischief without being aided and abetted by the banks and rating agencies (...) The rating agencies, which should have checked the growth of these toxic instruments, instead gave them a seal of approval, which

entrado en vigor una nueva normativa europea<sup>5</sup> que establece elementales garantías para evitar posibles conflictos de intereses y lograr una mayor transparencia en el proceso de evaluación<sup>6</sup>. Ahora bien, ¿es esto suficiente? La Comisión Europea acaba de convocar una consulta pública cuyas preguntas ponen en cuestión las bases mismas del régimen jurídico de estas entidades<sup>7</sup>. Como se ve, el reto no es tanto dejar de lado a la regulación, sino perfeccionarla<sup>8</sup>.

## II. LA LLAMADA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN

5) Los administrativistas siempre han estado a la búsqueda de un criterio que dé razón del conjunto de la actuación pública<sup>9</sup>. La abnegada peregrinación aún no ha terminado. En los últimos años, las tranquilas aguas de nuestras modalidades de actuación administrativa se han visto agitadas con algunas instituciones que —aparentemente— ponen en cuestión sus fundamentos. Esto es lo que ha ocurrido con la liberalización de algunos de los más emblemáticos servicios públicos, que entran ahora en el torrente de las actividades de interés económico general (art. 106.2 TFUE)<sup>10</sup>, con o sin obligaciones de servicio público. La función administrativa de supervisión parece sustituir a la tradicional vigilancia e inspección de iniciativas y actividades. El concepto de Ad-

---

encourage others (...) to buy them. (...) In short, America's financial markets had failed to perform their essential societal functions of managing risk, allocating capital, and mobilizing savings while keeping transaction costs low. Instead, they had created risk, misallocated capital, and encouraged excessive indebtedness while imposing high transaction costs». J. STIGLITZ, *Freefall. America, free markets, and the sinking of the World economy*, Norton, New York, 2010, pág. 7.

<sup>5</sup> R. WENDT y S. LAMPERT, «Finanzmarktregulierung. Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Stand und Perspektiven der Maßnahmen zur Stabilisierung des Finanzsystems», *DVBl*, núm. 16, 2010, págs. 1007-1008.

<sup>6</sup> Reglamento (CE) núm. 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las agencias de calificación crediticia, de 16.9.2009 (*DO L 302*, de 17.11.2009).

<sup>7</sup> ¿Puede el sistema financiero descansar sobre la actuación de estas entidades o deberían promoverse alternativas (europeas y/o públicas)? ¿En qué medida se ve afectada la calidad del servicio por la enorme concentración de un sector con fuertes barreras de acceso, en el que sólo actúan tres grandes operadores a nivel mundial? ¿Cuál es el régimen de responsabilidad patrimonial al que se someten estas entidades? ¿Ofrece garantías un modelo en el que los evaluados seleccionan y pagan a los evaluadores (*rating shopping*)? ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/cra/cpaper\\_en.doc](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/cra/cpaper_en.doc)).

<sup>8</sup> «(...) whatever system we design, there will be those who will figure out how to circumvent the regulations and rules put in place to protect us. The World, too, will change, and regulations designed for today will work imperfectly in the economy of the mid-twenty-first Century. But the aftermath of the Great Depression, we did succeed in creating a regulatory structure that served us well for a half Century, promoting growth and stability (...) in the hope that we can do so again». J. STIGLITZ (2010: XXV).

<sup>9</sup> J. RIVERO, «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue du droit public et de la science politique*, núm. 2, 1953, págs. 279 y ss.

<sup>10</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, Civitas, Madrid, 2009.

ministración independiente envejece ante el de organismo regulador. De alguna forma, la nueva idea de regulación está en el trasfondo de todos estos planteamientos. Ahora bien —desde un punto de vista jurídico—, ¿qué es la regulación?

1. *La regulación consiste en la aprobación de normas*

6) Siempre se ha entendido por *regulación* el establecimiento de normas generales que disciplinan la conducta de los sujetos, públicos y privados. En cuanto tal, es expresión de la función legislativa del Estado, complementada con la potestad reglamentaria de la Administración.

La regulación *no contribuye, pues, a individualizar una modalidad de actuación administrativa, sino que es la base de todas ellas*. La regulación decide los espacios de la vida social que quedan publicados (servicio público). También la ordenación, supervisión y control de las actividades sujetas a la libre iniciativa (ordenación). La regulación asegura que —cruzados los límites que definen el contenido normal del derecho— las privaciones singulares deben ser compensadas (ablación). La norma también es el fundamento de la actividad prestacional de la Administración, así como del apoyo a los particulares para la realización de actividades que contribuyen al bien común (ayudas).

La horizontalidad del concepto de regulación es útil, en la medida en que *permite trazar una frontera clara respecto a la actividad de ejecución*. A estas alturas, nadie va a negar la trascendencia de esta última función, que —en la mayor parte de los casos— está muy lejos de una mera aplicación mecánica de la norma. Sin embargo, tampoco puede desconocerse su carácter puramente subordinado y, por tanto, sujeto a un pleno control de legalidad, como ponen de manifiesto los avances en el control de la discrecionalidad administrativa.

2. *El concepto amplio de regulación, sobre todo, es aplicado en el ámbito económico, en contraposición a las normas generales de defensa de la competencia*

7) *En EE.UU., el término regulación (regulation) puede utilizarse con la pretensión de englobar el conjunto de intervenciones públicas, especialmente en el ámbito económico*<sup>11</sup>. En esta línea, entre nosotros se ha

---

<sup>11</sup> J. ESTEVE PARDO, «La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía (*Regulierungsrecht*). La sistemática de la doctrina alemana y sus sustan-

dicho que la regulación comprendería «la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad, o en aplicaciones más limitadas, referidas a la ordenación y garantía de los derechos económicos y sociales»<sup>12</sup>.

No obstante, es interesante hacer notar que, en EE.UU., la racionalización de la intervención pública se ha llevado a cabo más por economistas —que, lejos de su disciplina, se enfrentan ante el todo indiferenciado del Estado— que por juristas, mucho más orientados al litigio que a la construcción teórica. En cambio, en el Reino Unido —más permeable a una creciente influencia continental— la presencia de este término tiene un significado mucho menor. El Derecho administrativo se considera, sobre todo, «*the area of law concerned with the control of governmental powers*»<sup>13</sup>.

Además, cuando en EE.UU. se habla de que determinadas autoridades tienen poderes «cuasi-legislativos» o «cuasi-judiciales», se toma como referencia su modelo administrativo tradicional, que nominalmente no reconoce ni la potestad reglamentaria ni el carácter ejecutivo de sus actos<sup>14</sup>. Es decir, los presupuestos del sistema, justamente, son los contrarios que los de la Europa continental.

Finalmente, no puede dejar de advertirse que el uso generalizado del término ha devaluado su significado técnico-jurídico. Los «políticos, los economistas y los periodistas han impuesto este término, han contaminado el discurso jurídico y lo han conducido a un terreno en el que no puede prosperar»<sup>15</sup>. El resultado es que la regulación aparece como un «concepto pluridisciplinar y jurídicamente confuso»<sup>16</sup>. Cuanto menos, es aconsejable «desvestir la regulación de su ropaje mitológico», como la medicina que todo lo cura<sup>17</sup>.

8) *En Europa también existe un concepto amplio de regulación (sectorial), que —sobre todo— se emplea en el ámbito económico, para contraponerlo a las normas generales de defensa de la competencia*<sup>18</sup>.

ciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», núm. 183 de esta REVISTA, 2010, págs. 295 y ss.; M. DARNACULLETA I GARDELLA y M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2010: 148-149).

<sup>12</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. IV, Iustel, Madrid, 2011, pág. 500.

<sup>13</sup> P. LEYLAND y A. GORDON, *Administrative Law*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2009, pág. 1.

<sup>14</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2008, págs. 507 y ss.

<sup>15</sup> A. BETANCOR, *Regulación: Mito y Derecho*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 28.

<sup>16</sup> A. BETANCOR (2010: 31).

<sup>17</sup> A. BETANCOR (2010: 24).

<sup>18</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *REDA*, núm. 145, 2010, págs. 89 y ss.

La regulación *ex ante* se presenta así como alternativa a la intervención *ex post*, característica de las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo —por las razones indicadas y por las que a continuación se indican—, no parece conveniente generalizar el uso amplio del término.

### 3. *La regulación no da lugar a nuevas técnicas jurídico-administrativas*

9) En los últimos años, el ordenamiento jurídico-administrativo no ha dejado de avanzar, en no pocos casos debido a la influencia anglosajona. La incorporación de programas de clemencia o de procedimientos de transacción en el Derecho de la competencia puede comportar una mayor eficacia en la respuesta administrativa. La acción pública se ha hecho mucho más transparente. La ampliación de la legitimación activa lleva a sopesar las ventajas e inconvenientes de las acciones colectivas. Se han incorporado eficaces técnicas de protección ambiental, como la evaluación de impacto o las ecoauditorías. En determinados ámbitos, se impulsan los llamados mercados secundarios de títulos administrativos<sup>19</sup>. Se realza el papel de las autoridades administrativas sectoriales, así como de la supervisión<sup>20</sup>. La posición del denunciante en los procedimientos sancionadores está más protegida. Las entidades colaboradoras de la Administración se extienden como una mancha de aceite. El principio de razonabilidad actúa como eficaz parámetro de control de la actuación pública<sup>21</sup>.

Ahora bien, estas aportaciones —y otras muchas que podrían traerse a colación— no son sino aspectos que perfeccionan nuestro ordenamiento jurídico, pero no ponen en cuestión los fundamentos de nuestra arquitectura administrativa. Se trata de la adecuación de la respuesta pública a los nuevos tiempos. Inevitablemente, ello comporta cambios en el alcance de la intervención pública y, con ello —si se quiere—, de la relación entre Estado y sociedad. La globalización fuerza también a la cooperación transnacional, con el fin de superar las limitaciones propias de la actuación estatal respecto de actuaciones que in-

<sup>19</sup> J. ESTEVE PARDO, «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 743 y ss.; I. SANZ RUBIALES (Dir.), *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

<sup>20</sup> «For me key elements of new regulation must involve greater transparency and better supervision. Self-regulation didn't work» (N. KROES, «Competition policy and the crisis. The Commission's approach to banking and beyond», *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2010, pág. 6).

<sup>21</sup> T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

ciden en su territorio, pero que se localizan fuera<sup>22</sup>. Sin embargo, *no hay nuevas modalidades de intervención administrativa ni nuevos principios o criterios ordenadores*. La prueba es que las novedades encajan en nuestros moldes tradicionales:

i) Los *servicios de interés económico general* (art. 106.2 TFUE) —más que un régimen jurídico definido— son un título de intervención que permite poner en juego la garantía pública de la actividad, cuando el mercado resulte incapaz de prestarla en condiciones aceptables<sup>23</sup>. En la mayor parte de los casos, estos servicios son satisfactoriamente prestados por la libre iniciativa, mientras que en otros requieren su sujeción a derechos exclusivos.

ii) En los sectores liberalizados la introducción de concurrencia es muy difícil. La llamada «*regulación para la competencia*», con frecuencia, consiste en la adopción de medidas asimétricas de promoción positiva de los nuevos entrantes<sup>24</sup>. Al final, la cuestión que se suscita no es otra que la distinción entre la delimitación del contenido normal de los derechos y las medidas que entrañan una privación singular, sujeta a indemnización.

iii) Las *obligaciones de servicio público*, sencillamente, son: prestaciones necesarias, de carácter singular —voluntariamente asumidas o, en su defecto, impuestas al operador designado—, que se desarrollan bajo la cobertura del principio de indemnidad patrimonial.

iv) En el Estado constitucional no hay ningún inconveniente en acudir al viejo concepto de *policía administrativa*, buscando su etimología griega, no su acento prusiano. Sin embargo, también pueden aceptarse sus nuevas versiones: *actividad administrativa de ordenación*<sup>25</sup> y *limitación*<sup>26</sup>; *actividad de coacción*<sup>27</sup>; *actividad administrativa que incide en forma negativa sobre la esfera jurídica de los particulares*<sup>28</sup>; *actividad de limitación*<sup>29</sup>; *actividad constrictiva*<sup>30</sup>; o *actividad de ordenación y control*<sup>31</sup>.

<sup>22</sup> Entre los muchos ejemplos que podrían ponerse, la Ley 7/2010, de 31.3, General de la Comunicación Audiovisual, se aplica sólo a los servicios cuyo prestador esté establecido en España (art. 3.1).

<sup>23</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ (2009: 51 y ss.).

<sup>24</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, págs. 313 y ss.

<sup>25</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, págs. 255 y ss.

<sup>26</sup> S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, págs. 183 y ss.

<sup>27</sup> F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, págs. 156 y ss.

<sup>28</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 11.ª ed., Civitas, Madrid, 2008, págs. 104 y ss.

<sup>29</sup> R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. I, 18.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 359 y ss.

v) Los *derechos de uso* derivados de títulos administrativos no parece fácil que puedan dar lugar a la formación de mercados secundarios, pero su transmisibilidad es conforme con nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se respeten unos límites elementales<sup>32</sup>. Entre éstos, la lógica de determinados procedimientos de adjudicación (concurso) no permite favorecer su incondicionada transmisión posterior, «a precios de mercado».

vi) Desde hace décadas, la Unión Europea se sirve del *soft law* como un eficaz instrumento que permite objetivar la actuación administrativa, al tiempo que favorece la seguridad jurídica<sup>33</sup>. Con ello no se altera el sistema de fuentes, aunque —en su caso— puedan activarse algunos principios jurídicos, como el de confianza legítima.

vii) El llamado «carácter regulador de los actos administrativos»<sup>34</sup> no es otra cosa que la producción de efectos jurídicos.

#### 4. *No refleja la naturaleza de los poderes de las autoridades administrativas sectoriales*

10) En su nueva versión, la regulación toma la parte por el todo. Con ello tiene que pagar el precio no pequeño de renunciar a caracterizar a las distintas modalidades de intervención administrativa, que —en la práctica— son devueltas al tronco común de la intervención del Estado. En este sentido, se dice que «las atribuciones en que se desglosa la función de regulación son tan variadas que no se corresponden exactamente con ninguna de las funciones públicas tradicionales de legislar, administrar o juzgar, sino que las implica a todas y supone un continuo análisis de las situaciones y creación de orientaciones, manteniendo una gran proximidad a la actividad regulada»<sup>35</sup>. De ahí que la regulación comporte la utilización de poderes de diverso signo: or-

<sup>30</sup> J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Proyecto Docente, Programa y Fuentes*, vol. IV, *pro manuscrito*, págs. 1401 y ss.

<sup>31</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, págs. 633 y ss.

<sup>32</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ (2010: 250).

<sup>33</sup> R. ALONSO GARCÍA, «El *soft law* comunitario», núm. 154 de esta REVISTA, 2001, págs. 63 y ss.; D. SARMIENTO, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

<sup>34</sup> R. BOCANEGRA SIERRA, «La teoría general del acto administrativo», en T. CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo III, Iustel, Madrid, 2009, pág. 154.

<sup>35</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2006, pág. 1195, marginal 554.

denación del mercado, supervisión, resolución de controversias y poder sancionador<sup>36</sup>.

11) La normativa —europea y española— promueve la creación de los llamados reguladores sectoriales. Al día de hoy, este modelo organizativo tiene más ventajas que inconvenientes<sup>37</sup>. No obstante, su confusa denominación no debe hacer perder de vista que se trata de organizaciones administrativas (las tradicionales Administraciones independientes<sup>38</sup>), que han de moverse dentro del margen que les permite la Constitución, que responsabiliza al Gobierno de la dirección de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria (art. 97 CE). Su función parece que debe limitarse a la supervisión y al ejercicio de competencias puramente ejecutivas. En cambio, la regulación del sector debe reservarse al legislador y al Gobierno, cuya posición institucional garantiza la adecuada consideración de los plurales intereses en juego. En consecuencia, *el concepto de regulación no se corresponde con los poderes que efectivamente tienen reconocidas las autoridades administrativas sectoriales*. Por otra parte, la amalgama de competencias de distinta naturaleza a las que se denomina «regulación», podría poner en marcha una dinámica que acabaría debilitando el principio de reserva de ley.

---

<sup>36</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2006: 552).

<sup>37</sup> No debe olvidarse que en el Reino Unido la conveniencia de este tipo de entidades no ha sido pacífica desde su creación. Para empezar, no existe una definición comúnmente admitida de estas entidades. El acrónimo *quango* (*quasi-autonomous non-governmental organisations*) no ha sido utilizado tradicionalmente por el Gobierno de manera oficial, aunque —con frecuencia— es invocado como alternativa a las *Non-Departmental Public Bodies* (NDPBs). Estas últimas, en el día a día, también son independientes del Gobierno (*arm's length*), pero el ministro responde de su actuación ante el Parlamento. A partir de aquí se discute la extensión y justificación de estas entidades (*For some, it has become a highly emotive term, used as a by-word for wasteful bureaucracy, patronage and a lack of democratic accountability*). En la actualidad, la *Public Bodies Bill [HL] 2010-11*, introducida en la Cámara de los Lores el pasado 28 de octubre de 2010, pretende habilitar para una amplia reducción y reestructuración de estas entidades, entre otras razones, para reducir el gasto público [<http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snpc-05609.pdf>].

<sup>38</sup> J. M. SALA AROQUER, «El Estado neutral: contribución al estudio de las Administraciones independientes», *REDA*, núm. 42, 1984, págs. 401 y ss.; A. BETANCOR, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

### III. EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

#### 1. *Delimitación*

12) La externalización consiste en la *traslación a personas —privadas o públicas— del ejercicio de actividades que tienen un carácter auxiliar o instrumental para el ejercicio de las atribuciones administrativas*. El objeto de la externalización no es, pues, la competencia administrativa ni su ejercicio. En esto se distingue de la descentralización, desconcentración y delegación. La externalización tampoco significa la liberalización de actividades, ya que su objeto son tareas que hasta ese momento realizaba la Administración, pero que —en cuanto tales— no necesariamente le están reservadas (art. 128.2 CE)<sup>39</sup>. Más similitud tiene con la encomienda de gestión (art. 15 LRJPAC), que puede decirse que instrumenta una externalización de tareas administrativas, aunque limitada a entidades públicas.

En realidad, la externalización no es propiamente una técnica jurídico-administrativa<sup>40</sup>, sino de gestión. Su trascendencia radica en que permite a la Administración concentrar sus recursos —materiales y humanos— en el ejercicio de sus competencias, sin asumir la realización de actividades instrumentales.

#### 2. *Entidades colaboradoras*

13) Las actividades externalizadas se vinculan al ejercicio de la competencia. De ahí que la normativa cuide de que las *entidades colaboradoras* de la Administración reúnan una serie de requisitos de solvencia e independencia cuya observancia permite confiar en un adecuado ejercicio de las tareas encomendadas<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, la eventual externalización de controles financieros o contables no comporta la liberalización de una actividad que —por sí misma— está sujeta a la libre iniciativa. Esta actividad es realizada por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría, sujetos al sistema de supervisión pública, cuya función esencial es aportar fiabilidad a la información económico-contable de la empresa, sin la que no funcionan los mercados (art. 22 de la Ley 19/1988, de 12.7, de Auditoría de Cuentas).

<sup>40</sup> «Me temo, sin embargo, que, como ha ocurrido con otras nociones de origen empresarial, su recepción en el mundo de la Administración Pública esté cargado de ambigüedad, erigiéndose en referencia nominal de modos de actuación bastante diferentes con el consiguiente riesgo de intentar ampararlos y justificarlos confusamente sin un suficiente discernimiento de cuanto debe ser tenido en cuenta respecto del peculiar ser y proceder de las organizaciones del Poder público y de su relación con los ciudadanos, con los particulares». J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2006: 1).

<sup>41</sup> Como muestra, en materia de subvenciones podrán ser consideradas entidades colaboradoras —además de los organismos y sociedades públicos— las personas que reúnan

14) En algunos casos la externalización se instrumenta a través de *convenios*, mientras que en otros las entidades colaboradoras se someten a su previa *acreditación y/o autorización* administrativa<sup>42</sup>.

En cuanto entidades colaboradoras, se sujetan al *control de la Administración*, a la que deben remitir información periódica acerca de sus actividades. La normativa también prevé sanciones frente a eventuales incumplimientos, así como —en su caso— la revocación del título habilitante<sup>43</sup>. La Administración se reserva la competencia para resolver las reclamaciones que puedan presentarse frente a la actuación de los organismos de control<sup>44</sup>.

### 3. *Actividades externalizadas*

15) En las actividades externalizadas se produce un repliegue de la intervención pública, que se sitúa aguas arriba: controles que en otros sectores desarrolla por sí misma la Administración se confían ahora a entidades colaboradoras. Entre las principales actividades externalizadas pueden destacarse las siguientes:

i) *La seguridad industrial*<sup>45</sup> tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos [art. 9 de la Ley 21/1992, de 16.7, de Industria (LInd)].

---

condiciones de solvencia y eficacia [art. 13.2 de la Ley 38/2003, de 17.11, General de Subvenciones (LGSubv)]. Vid. *infra*, en relación con las entidades colaboradoras en materia de seguridad y calidad industrial.

<sup>42</sup> Las entidades colaboradoras «que hayan sido acreditadas sólo podrán actuar previa autorización del Ayuntamiento de Madrid» (art. 6.1 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 2009, que establece el *Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades*).

<sup>43</sup> En el sector de la calidad y seguridad industrial, los *organismos de normalización* se someten a la supervisión de la Administración (art. 13.1 RD 2200/1995), a la que deben remitir una memoria anual de actividades, así como un informe de auditoría (art. 13.2 RD 2200/1995). Asimismo, los *organismos de control* se sujetan a la Administración competente en cuyo ámbito territorial desarrollen su actuación (art. 16.3 LInd), a la que también corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 16.3 LInd). A estos efectos, deben facilitar a la Administración —estatal y autonómica— información sobre sus actividades (art. 16.5 LInd).

<sup>44</sup> Si el informe o certificación del organismo de control es negativo, la Ley reconoce al interesado el derecho a manifestar su disconformidad ante el propio organismo y —en caso de desacuerdo— ante la Administración competente (art. 16.2 LInd). En este caso, la Administración resolverá si es o no correcto el control realizado por el organismo. En tanto no exista una revocación de la certificación negativa por parte de la Administración, el interesado no podrá solicitar el mismo control de otro organismo autorizado (art. 16.2, *in fine*, LInd).

<sup>45</sup> E. MALARET GARCÍA, «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (Algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)», núm. 116 de esta REVISTA, 1988, págs. 287 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Industria», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, tomo II, La Ley, Madrid, 1991, págs. 500 y ss.; V. ÁLVAREZ GARCÍA, «La capacidad normativa de los sujetos privados», REDA, núm. 99, 1998, págs. 347 y ss.; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos*

La LInd no exige la intervención de la Administración en el control preventivo del cumplimiento de la normativa de seguridad industrial, que —en general— puede probarse por declaración responsable o certificación de organismo de control o facultativo competente (art. 13.1 LInd)<sup>46</sup>.

La Administración tampoco acredita a los organismos de control<sup>47</sup>, tarea que asumen las llamadas *entidades de acreditación* (art. 15.2 LInd)<sup>48</sup>. Se trata de instituciones sin ánimo de lucro que se constituyen con el fin de verificar y reconocer el cumplimiento de las condiciones y requisitos técnicos exigidos para el funcionamiento de los organismos de control (art. 17.1 LInd)<sup>49</sup>. Su organización y actuación deben responder a los principios de imparcialidad y competencia técnica (art. 17.2 LInd). En sus órganos de gobierno deben estar representados, de forma equilibrada, tanto las Administraciones como las partes interesadas en el proceso de acreditación (art. 17.2 LInd).

ii) *Control y vigilancia de la calidad de las aguas* [art. 255.1 del Real Decreto 849/1986, de 11.4, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPHidráulico)]. La principal actividad encomendada a las entidades colaboradoras consiste en la *certificación* de los elementos de calidad y ambientales que las normas exigen para la *renovación de las autorizaciones de vertido* [art. 103.1 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20.7, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TrLAguas)]. No obstante, las entidades colaboradoras<sup>50</sup> también podrán llevar a cabo *otras actividades de apoyo*<sup>51</sup>:

---

*industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000; J. R. FUENTES I GASSÓ, J. R. HIDALGO I MOYA Y R. J. MOLES I PLAZA, *La seguridad de los productos. Tres perspectivas de análisis*, Ariel, Barcelona, 2001.

<sup>46</sup> Así se expresa con claridad la Exposición de Motivos de la LInd, que remite al «nuevo enfoque comunitario basado en la progresiva sustitución de la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos» (la cursiva es nuestra).

<sup>47</sup> La legislación de industria define la *acreditación* como el reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o un laboratorio de ensayo o de calibración industrial (art. 8.11 LInd).

<sup>48</sup> A este respecto hay que destacar el papel de la *Entidad Nacional de Acreditación* (ENAC) —dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología—, que acredita organismos que prestan servicios de evaluación de la conformidad, en los distintos sectores de actividad: organismos de control; laboratorios de ensayo, calibración o clínicos; entidades de inspección; entidades de certificación; verificadores medioambientales o del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; proveedores de programas de intercomparación.

<sup>49</sup> Artículo 14 RD 2200/1995.

<sup>50</sup> Asimismo, la Administración hidráulica podrá encargar las actividades de apoyo definidas en el artículo 3.2, o parte de ellas, a entidades con competencia técnica en los campos de investigación, aplicación y desarrollo de nuevas metodologías, y que demuestren dicha capacidad técnica para realizar las actividades que se soliciten (disposición adicional única de la Orden MAM/985/2006).

realización del programa de control de vertido; comprobación de las actuaciones y medidas ejecutadas en los casos de emergencia que estuviesen previstas en las autorizaciones de vertido; verificación del cumplimiento de los objetivos y normas de calidad ambiental establecidos para el medio receptor; realización de los programas de seguimiento relativos al estado de las aguas; realización de otras funciones afines encomendadas por la Administración hidráulica.

iii) *Colaboración en la aplicación de los tributos* [art. 92.1 de la Ley 58/2003, de 17.12, General Tributaria (LGTribut)], previa suscripción del correspondiente convenio (art. 92.2 LGTribut). Entre otros, la colaboración podrá referirse a los siguientes aspectos (art. 92.3 LGTribut): simplificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias; asistencia en la realización de autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones y en su correcta cumplimentación; presentación y remisión de documentos con trascendencia tributaria; subsanación de defectos; información del estado de tramitación de las devoluciones y reembolsos; solicitud y obtención de certificados tributarios; etc. Sin duda, las organizaciones que llevan a cabo una más intensa colaboración en la gestión tributaria son las entidades financieras, aunque las posibilidades de colaboración son mucho más amplias<sup>52</sup>.

iv) En materia de *subvenciones*, las entidades colaboradoras—en nombre y por cuenta del órgano concedente— ayudan en la gestión de la subvención, entregan y distribuyen los fondos públicos [art. 13.1, párrafo 1.º, de la Ley 38/2003, de 17.11, General de Subvenciones (LGSubv)]<sup>53</sup>, comprueban que los interesados cumplen los requisitos legales y controlan la realización de la actividad (art. 15.1 LGSubv).

La Ley prevé incluso que la Intervención General de la Administración del Estado pueda recabar la *colaboración de empresas privadas de auditoría para la realización de controles financieros de subvencio-*

<sup>51</sup> Artículo 3.2 de la Orden MAM/985/2006, de 23.3, por la que se desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de la calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico.

<sup>52</sup> Como muestra, en julio de 2010 la *Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León ha suscrito con el Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Castilla y León un convenio que reconoce a los notarios como colaboradores de la Hacienda de la CA*. En particular, esto posibilitará la *autoliquidación y el pago telemático de los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en las propias notarías* en las que se autoricen las escrituras y documentos públicos. Los notarios podrán remitir a la Consejería la copia electrónica de las escrituras y documentos que otorguen, lo que evitará al interesado acudir a las oficinas de la Administración para depositar una copia del documento.

<sup>53</sup> Igualmente, tendrán esta condición los que habiendo sido denominados beneficiarios conforme a la normativa comunitaria tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones enumeradas en el párrafo anterior (art. 13.1, párrafo 2.º, LGSubv).

nes en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria (disposición adicional 4.<sup>a</sup>.1 LGSbv). En todo caso, corresponde a la Intervención la realización de aquellas actuaciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas (disposición adicional 4.<sup>a</sup>.2 LGSbv). Idéntica colaboración podrán recabar las corporaciones locales para el control financiero de las subvenciones que concedan, quedando también reservadas a sus propios órganos de control las actuaciones que supongan el ejercicio de las potestades administrativas (disposición adicional 4.<sup>a</sup>.3 LGSbv).

v) La *Ordenanza de licencias urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid de 2009*<sup>54</sup> se apoya en *entidades colaboradoras* privadas —previamente acreditadas y autorizadas (art. 6.1)— tanto para facilitar la tramitación administrativa como el control del ejercicio de la actividad. Las entidades colaboradoras deben emitir un certificado de conformidad con la legalidad de la solicitud del particular<sup>55</sup>, sin el que no puede iniciarse la tramitación administrativa de la licencia<sup>56</sup>. Dentro del importe máximo fijado por el Ayuntamiento (art. 30.2), las entidades colaboradoras fijarán anualmente el precio de sus funciones de verificación y control (art. 32.1). Corresponde a las entidades colaboradoras ayudar en la gestión en período voluntario de las tasas e impuestos locales (art. 33). Las actividades con incidencia ambiental, en la seguridad de las personas o en la afluencia de público, así como las incluidas en la legislación de espectáculos públicos y actividades recreativas, estarán sometidas al control periódico de las entidades colaboradoras, a solicitud del titular de la actividad (art. 58.1).

<sup>54</sup> Acuerdo de 29.6.2009 del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la *Ordenanza que establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades*.

<sup>55</sup> El *certificado de conformidad* es el documento expedido por la entidad colaboradora por el que se acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el ordenamiento urbanístico para la realización de las actuaciones urbanísticas solicitadas [art. 3.h)].

<sup>56</sup> «La tarea que se encomienda a las entidades colaboradoras en el procedimiento de otorgamiento de licencia, queda limitada a la *colaboración con el solicitante para verificar que la actividad*, tal y como se proyecta desarrollar de forma concreta, *se ajusta plenamente a la legalidad*, de forma tal que sólo podrán tramitarse por el Ayuntamiento aquellas solicitudes de licencia que vengan acompañadas del oportuno certificado de conformidad emitido por una entidad colaboradora. De esta forma, la *entidad colaboradora realiza una primera o inicial tarea de comprobación del cumplimiento de las exigencias de la legalidad en el proyecto*, en la forma en que lo pretende el interesado. Si la entidad colaboradora no emite el *certificado de conformidad*, que es el instrumento mediante el cual certifica o acredita que, en su criterio técnico, el contenido de lo proyectado se ajusta al ordenamiento urbanístico, *el procedimiento administrativo municipal no puede iniciarse*. Constituye, por lo tanto, este *certificado un requisito imprescindible para la tramitación del procedimiento*, que sigue siendo de derecho público y de responsabilidad municipal, de forma tal que el Ayuntamiento de Madrid mantiene íntegras las potestades de decisión sobre el otorgamiento o denegación de la licencia solicitada» (Exposición de Motivos).

La *entidad de acreditación* se configura como una entidad privada, sin ánimo de lucro, designada por el Ayuntamiento para acreditar a las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas [art. 3.a)]. Una vez designada, firmará con el Ayuntamiento el correspondiente convenio de colaboración (art. 11).

#### 4. *Justificación*

16) El régimen jurídico-administrativo no puede esquivarse cuando se trata del ejercicio de funciones públicas, se aplican fondos públicos o resulta necesario garantizar los derechos de los ciudadanos. Es decir, casi nunca. Sin embargo, hay una serie de tareas auxiliares o instrumentales que no necesariamente tienen que ser realizadas por órganos administrativos, a través de funcionarios públicos. Éste es, justamente, el objeto de la externalización, a través de la que se encomiendan a organizaciones privadas tareas que no son específicas de la Administración. Las *razones* para hacerlo son las mismas que mueven a las empresas privadas a adoptar esta técnica de gestión:

i) Las organizaciones, públicas y privadas, aspiran a alcanzar su *dimensión adecuada*. Durante décadas, la Administración ha sufrido una expansión ininterrumpida que no siempre guarda relación con el tamaño de la sociedad a la que sirve.

ii) La externalización confía en que, con ello, se va a conseguir mayor *eficacia* en la actuación a un menor coste, sin disminución de las garantías, para el particular y el interés general<sup>57</sup>.

iii) En determinados ámbitos (seguridad industrial), la traslación al sector privado de las funciones de normalización, homologación y certificación se ve, además, abonada por el incremento y complejidad de estas tareas<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> «Lo que aporta la intervención previa de las entidades colaboradoras es una forma de corrección técnica de lo proyectado, respaldada por la responsabilidad que se establece sobre aquéllas al emitir el certificado de conformidad, lo que posibilita una mayor confianza en la actuación de los particulares y un incremento de la celeridad en la actuación de la Administración. Ello permitirá, en los casos en que así lo prevé la legislación autonómica, la autorización provisional de la actividad hasta que se dicte la resolución definitiva sobre el otorgamiento de licencia. Igualmente se proyecta sobre el titular de la actividad la obligación de someterse a un control periódico, que, sin perjuicio de los controles que correspondan realizar directamente a los servicios municipales, llevarán a cabo las entidades colaboradoras, quienes remitirán al Ayuntamiento el resultado de su actuación, a los efectos de que éste pueda adoptar, en su caso, las medidas oportunas» (EM del Acuerdo de 29.6.2009 del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la Ordenanza que establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades).

<sup>58</sup> «En el campo de la seguridad industrial tienen un relieve especial las disposiciones referentes a normalización, homologación y certificación; el gran incremento y complejidad de

17) En todo caso, una vez más, la externalización deberá ser contrastada con sus resultados. *Si el sistema de normalización y certificación no funciona adecuadamente, también puede tener efectos negativos, eventualmente anticompetitivos*<sup>59</sup>.

## 5. Sus límites

18) La externalización de tareas administrativas también tiene sus límites:

i) De entrada, *las entidades colaboradoras no pueden ejercer potestades públicas*<sup>60</sup>, que están reservadas a las entidades públicas<sup>61</sup>. Sólo la Administración cuenta con la legitimación, organización y régimen jurídico que justifica dicha atribución.

*las mismas, en todos los países industrializados, ha supuesto que estas funciones hayan pasado en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones Públicas y laboratorios privados» [EM LInd (la cursiva es nuestra)].*

<sup>59</sup> En este sentido —en su informe de julio de 2010—, la Comisión Nacional de Competencia (CNC) advierte que «la promoción de la normalización y de la certificación no lleva aparejada necesariamente un incremento de la eficiencia de la economía. El establecimiento de normas obligatorias o la exigencia de certificados de calidad, especialmente en los procesos de contratación pública, pueden dar lugar a cargas administrativas excesivas y a restricciones a la competencia injustificadas». Por otra parte, la «propia actividad de certificación también puede afectar negativamente al nivel de competencia en los mercados de bienes y servicios que demandan estos servicios, así como en otros mercados relacionados, como el de los laboratorios participantes en la prestación de servicios de certificación. Ello es más probable cuando los organismos de certificación no actúan en condiciones de competencia, o están sujetos a la influencia de grupos selectos de las empresas que operan en dichos mercados de bienes y servicios objeto de certificación. La ausencia de imparcialidad en las decisiones de los certificadores con respecto a todos los demandantes de sus servicios que permite este tipo de situaciones puede ser utilizada por dichos grupos dominantes en los organismos de certificación para restringir la competencia, por ejemplo, utilizando los comités de certificación de productos para discriminar en contra de un operador concreto del mercado, o para erigir barreras de entrada frente a competidores potenciales. En último término, la certificación puede servir de instrumento para incrementar el grado de diferenciación de producto, algo que, si bien puede tener efectos positivos, también puede actuar de restricción a la competencia y así tener efectos negativos en términos de precios y calidad (...). El fomento de la competencia en el mercado de certificación y el cumplimiento con los principios de una regulación eficiente son pues necesarios no sólo para asegurar un funcionamiento eficiente de este sector de actividad, sino también para evitar los posibles efectos negativos que, en caso contrario, la certificación puede tener sobre la competencia efectiva en otros sectores de la economía».

<sup>60</sup> «(...) Sin renunciar —como no podía ser de otra forma— a la potestad pública [de control urbanístico], se da entrada a la colaboración privada en el ámbito de la preparación de la solicitud de licencia así como en el de la colaboración en el mantenimiento de las condiciones que justificaron el otorgamiento de la licencia. Las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas se erigen, de esta forma, en una pieza importante y novedosa en el modelo que diseña esta ordenanza». Acuerdo de 29.6.2009 del Pleno del *Ayuntamiento de Madrid*, por el que se aprueba la *Ordenanza que establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades*.

<sup>61</sup> Artículos 2.2 y 15.5 LRJPAC; artículos 251.1 y 277.1 LCSP; disposición adicional 4.<sup>a</sup> LGSUBV; artículos 85.3 y 92.2 LrBRL.

ii) La Administración es responsable del ejercicio de la competencia, por lo que no puede desentenderse de las actividades externalizadas. *En cualquier momento podrá comprobar el ejercicio de dichas actividades*<sup>62</sup>.

iii) La externalización no debe disminuir la *garantía patrimonial*. El titular de la actividad o de las instalaciones desarrolla una actividad de riesgo. Esto justifica que, con frecuencia, la normativa no le libere de la eventual responsabilidad patrimonial, que —en su caso— se acumulará a la que pueda corresponder a otros sujetos<sup>63</sup>. Las entidades colaboradoras también deben asumir la responsabilidad patrimonial por los daños que resulten de sus actos. La propia Administración puede también resultar responsable, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

#### IV. AUTORREGULACIÓN

##### 1. *Sus manifestaciones*

19) En el plano internacional, la autorregulación tradicionalmente ha desplegado un papel relevante en determinados ámbitos: especificaciones y normas técnicas; contabilidad; calificación de riesgos;

<sup>62</sup> En el sector de la *seguridad y calidad industrial* —como hemos visto—, la normativa no exige el control preventivo por parte de la Administración (art. 13 LInd). Ahora bien, las Administraciones públicas, en cualquier momento —por sí mismas o con ayuda de entidades colaboradoras—, podrán comprobar el cumplimiento de la normativa vigente (art. 14 LInd). Asimismo, la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid sobre licencias prevé que —en cualquier momento— el Ayuntamiento podrá desarrollar su potestad inspectora sobre las actuaciones y actividades objeto de la norma (art. 7.1). En caso de que se detecten indicios de infracción administrativa, se iniciará el correspondiente procedimiento administrativo sancionador (art. 7.2). Las entidades colaboradoras deben cumplir las instrucciones, criterios interpretativos y los protocolos técnicos que establezca el Ayuntamiento (art. 25). El control periódico de la actividad de los particulares que desarrollen las entidades urbanísticas colaboradoras se realizará sin perjuicio de los controles que pueden llevar a cabo los servicios municipales de inspección en cualquier momento (art. 58.2).

<sup>63</sup> En materia de almacenamiento de productos químicos, por ejemplo, la normativa destaca que el cumplimiento de las normas de seguridad incumbe al titular de las instalaciones (art. 6.1 RD 379/2001), que tendrá que tener cubierta su responsabilidad mediante la correspondiente póliza de seguro de responsabilidad civil (art. 6.2 RD 379/2001). Las inspecciones y revisiones que puedan realizarse no eximen al titular del cumplimiento de sus obligaciones relativas al estado y conservación de las instalaciones y de las responsabilidades que puedan derivarse de ello (art. 6.3 RD 379/2001). Asimismo —en relación con los aparatos de elevación—, los fabricantes e importadores son responsables del cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa vigente, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder a terceros (art. 7.2 RD 2291/1985). Las empresas instaladoras de aparatos de elevación deberán tener cubierta la responsabilidad civil, mediante la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente, que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio, por la cuantía que se indique en la correspondiente Instrucción Técnica Complementaria [art. 8.9.c) RD 2291/1985, en su redacción del RD 560/2010].

etc.<sup>64</sup>. En general, estas reglas pasan después a las legislaciones nacionales, que —a su vez— también promueven la autorregulación o, cuanto menos, la corregulación<sup>65</sup>. En cambio, no responde a este fenómeno la cada vez más intensa cooperación internacional de las autoridades sectoriales estatales<sup>66</sup>.

20) La *normalización* consiste en la elaboración de estándares —confusamente llamados «normas»— que fijan las características de calidad, protección ambiental, seguridad e intercambiabilidad que deben tener los productos o servicios (agricultura, industria, construcción, salud, nuevas tecnologías, etc.). Los estándares son de cumplimiento *voluntario*<sup>67</sup>, a diferencia de las normas de seguridad industrial<sup>68</sup>.

A nivel *internacional*, la actividad de normalización es desarrollada por numerosos organismos privados (IEC, CEN, CENELEC, ETSI, COPANT), que cuentan con un amplio respaldo de los profesionales del sector. Entre los más activos se encuentra la *International Organization for Standardization* (ISO), compuesta por organismos nacionales de normalización (uno de los más representativos por cada país)<sup>69</sup>.

Las instituciones *européas* reconocen que la normalización desempeña un papel fundamental en el buen funcionamiento del mercado interior: contribuye a garantizar la libre circulación de mercancías, refuerza la competitividad de las empresas y favorece los intercambios in-

<sup>64</sup> J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; S. MUÑOZ MACHADO, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación), Iustel, Madrid, 2009, págs. 118 y ss.; M. DARNACULLETA I GARDELLA, «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación), Iustel, Madrid, 2009, págs. 631 y ss.

<sup>65</sup> En el caso de las *telecomunicaciones*, la sección 6 (2) de la *Communications Act* británica encomienda a *Ofcom* la tarea de promover y facilitar el desarrollo de formas de auto y corregulación. En su aplicación, desde 2004 dicha autoridad ha ido fijando criterios que permiten dilucidar cuándo puede confiarse en la autonormación de la industria.

<sup>66</sup> Así —por ejemplo—, el Reglamento (CE) núm. 1211/2009, del PE y del Consejo, de 25.11.2009, establece el *Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas* (ORECE). Como su propio nombre sugiere, no se trata de un organismo comunitario, sino más bien de un instrumento de cooperación intergubernamental, aunque dotado de independencia funcional.

<sup>67</sup> Artículo 1 Directiva 83/189/CEE, del Consejo, de 28.3.

<sup>68</sup> En el Derecho español, la naturaleza de la *normalización* no se refleja bien en la crítica delimitación que de ésta hace el artículo 6.5 LInd, que la define como la «actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto».

<sup>69</sup> Su financiación descansa tanto sobre las aportaciones de sus miembros como sobre los ingresos derivados de la venta de los estándares. ISO ha desarrollado numerosos estándares específicos para los distintos productos, materiales o procesos. También cuenta con estándares genéricos —ISO 9001 (calidad) e ISO 14001 (medio ambiente)— que se aplican a cualquier organización, independientemente de los productos o servicios que lleve a cabo.

ternacionales. También protege la salud y seguridad de los consumidores y el medio ambiente. De hecho, el nuevo enfoque, adoptado para ultimar la realización del mercado interior, combina la aprobación de Directivas con «normas» europeas de aplicación voluntaria. Esta metodología podría extenderse a nuevos sectores, con la finalidad de mejorar y simplificar la legislación<sup>70</sup>.

En el *Derecho español* las tareas de *calidad industrial*, en gran medida, descansan sobre las siguientes entidades (art. 19.1 LInd): i) organismos de normalización; ii) entidades de certificación; iii) laboratorios de ensayo; iv) entidades auditoras y de inspección; v) laboratorios de calibración. Estos organismos deben estar constituidos y operar de forma que se garantice la imparcialidad y competencia técnica de sus intervenciones (art. 19.2 LInd). En los órganos rectores de las entidades de normalización y de verificación deben estar representados de forma equilibrada los intereses industriales y sociales afectados (art. 19.4 LInd). A este respecto hay que destacar la tarea realizada por AENOR, en cuanto asociación española de normalización<sup>71</sup> y certificación<sup>72</sup>, sin ánimo de lucro, que desarrolla su actividad en el sector industrial y de servicios (construcción, transporte, alimentación, etc.)<sup>73</sup>.

21) La aspiración a la autorregulación se siente también con fuerza en el *sector audiovisual*. En este sentido, la Ley 7/2010, de 31.3, General de Comunicación Audiovisual, que reconoce a los operadores el «derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración» (art. 12.1, párrafo 1.º). Estos códigos deben ser comunicados a la autoridad audiovisual, que comprobará su conformidad con la normativa, dispondrá su publicación (art. 12.2) y velará por su cumplimiento (art. 12.3).

<sup>70</sup> Resolución del Consejo de 28.10.1999, marginal 20.

<sup>71</sup> En el campo de la normalización, en 2009, AENOR tenía catalogadas 28.495, de las que el 74% corresponden a normas de procedencia europea, el 19% son puramente nacionales y el 7% son exclusivamente internacionales. Informe anual 2009.

<sup>72</sup> AENOR está acreditada por ENAC para la certificación de sistemas de calidad ISO 9000, de sistemas de gestión medioambiental ISO 14000, verificación medioambiental y sistemas de calidad QS 9000 para el sector de automoción. En cuanto a la certificación de productos, está acreditada para la certificación de 22 sectores.

<sup>73</sup> En aplicación del Real Decreto 1614/1985, AENOR fue designada para llevar a cabo estas actividades por la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26.2.1986. Posteriormente, el Real Decreto 2200/1995, de 28.12, que aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial en España, ratificó el nombramiento de AENOR como responsable de la elaboración de las normas españolas (Normas UNE).

## 2. Límites: su carácter complementario de la regulación

22) En su Comunicación «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea»<sup>74</sup>, la Comisión Europea subraya que —en cada sector y en cada caso— debe analizarse si es preferible una respuesta legislativa o bien si cabe plantear la autorregulación o la corregulación<sup>75</sup>. No obstante —al mismo tiempo—, deja también claro que *la autorregulación puede complementar pero no sustituir a la potestad normativa*<sup>76</sup>.

23) Es cierto que *la regulación tiene sus sombras*: i) la intervención pública no siempre acierta a proteger los intereses en juego y, si la regulación es inadecuada, puede entrañar un obstáculo a la innovación; ii) la regulación suele ir acompañada de una serie de efectos colaterales, no siempre suficientemente ponderados; iii) se estimula la acción de los grupos de presión; iv) las intervenciones públicas nunca son neutrales, ya que siempre favorecen a unos en detrimento de otros; v) una vez establecidas, las reglas son difíciles de cambiar, debido a la presión que ejercen sus beneficiarios.

No obstante, esto advertido, hay que subrayar también que, con frecuencia, se mantiene una idea romántica de la autorregulación que no se corresponde con la realidad. En la mayor parte de los casos, la regulación pública resulta *ineludible*, al menos, por las siguientes razones<sup>77</sup>:

<sup>74</sup> COM (2005) 97 final.

<sup>75</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ (2010: 123).

<sup>76</sup> Así —por ejemplo—, en el *sector audiovisual*, la Comisión traza las posibilidades y límites de la autorregulación: «(...) Las medidas para alcanzar los objetivos de interés general en el sector de servicios de nuevos medios audiovisuales resultarían más eficaces si se adoptan con el apoyo activo de los propios prestadores de servicios (...) Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de la legislación y los mecanismos judiciales o administrativos vigentes (...) No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método *complementario* para aplicar ciertas disposiciones de la presente Directiva, *en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional* (...) La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención por parte del Estado en el caso de que no se realicen sus objetivos (...)» (la cursiva es nuestra) [Directiva 2007/65/CE, del PE y del Consejo, de 11.12.2007, de Servicios de Comunicación Audiovisual, Cdo. 36 (DSCAudiov)]. Los Estados miembros estimularán los regímenes de corregulación o autorregulación a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos (art. 3.7 DSCAudiov). Estos regímenes deberán gozar de amplia aceptación entre los principales interesados en los Estados y prever medios para una aplicación efectiva. Los Estados miembros y la Comisión impulsarán la adopción de códigos de conducta por parte de los prestadores (art. 3 *sexies* 2 DSCAudiov).

<sup>77</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, «Internet: aspectos de su régimen jurídico», *REDA*, núm. 113, 2002, págs. 10-11.

i) Los operadores no suelen estar incentivados para proceder a la autonormación. Con frecuencia, es la amenaza de una regulación estatal lo que lleva a la industria a alcanzar algunas cotas de autorregulación<sup>78</sup>.

ii) En la práctica, la autorregulación favorece que sean los intereses prevalentes —o grupos minoritarios cohesionados— los que impongan a todos las reglas<sup>79</sup>.

iii) Sólo los poderes públicos reúnen las condiciones de objetividad e independencia necesarias para establecer una regulación comprensiva que satisfaga el interés general, en todas sus dimensiones. La autorregulación suele favorecer a los regulados, sin que nadie represente a los consumidores<sup>80</sup>. Por otra parte, la acumulación de poder de las grandes corporaciones que operan a nivel mundial<sup>81</sup>, justamente, debe verse como un riesgo añadido de que la autorregulación no sirva al interés de todos.

iv) Además, sólo los actos de los poderes públicos están dotados de la necesaria eficacia jurídica. No debe olvidarse que la autorregulación, al final, depende del Estado, que es quien —en caso necesario— ha de hacer cumplir dichas normas<sup>82</sup>. En consecuencia, la autorregulación sólo contará con la eficacia propia de las normas públicas, si es asumida por las instancias estatales.

v) El proceso de elaboración de las normas —europeas y españolas [art. 24.1.b) y c) LGob]— es cada vez más participativo, lo que garantiza un más amplio conocimiento de la realidad y la toma en consideración de los intereses afectados.

En el fondo, son las mismas objeciones que se plantean en relación con la llamada «*Administración concertada*», que «renunciaría a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes y se avendría a convenir con los particulares destinatarios la aplicación concreta de los mismos, ganando, en cambio, una colaboración activa de los administrados más beneficiosa (no sólo en el orden social, sino también en el de la pura eficacia) que la pasiva y resignada, cuando no eludida o evadi-

<sup>78</sup> T. BERNERS-LEE, *Tejiendo la Red. El inventor del World Wide Web nos descubre su origen*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2000, pág. 137; J. ESTEVE PARDO, «Autorregulación...», cit., pág. 38.

<sup>79</sup> N. W. NETANEL, «Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory», *California Law Review*, vol. 88, págs. 395 y ss.

<sup>80</sup> G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, «Economía y regulación de los servicios de red», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación), Iustel, Madrid, 2009, pág. 725.

<sup>81</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2009: 123).

<sup>82</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 81.

da, sumisión»<sup>83</sup>. La generalización de esta forma de «administrar» no sólo entrañaría no pocos riesgos para la objetividad, igualdad y justicia, sino que podrían llegar a subvertirse los presupuestos del sistema democrático-representativo.

De hecho, un adecuado nivel de regulación parece imprescindible también en los sectores que habían aspirado a mantenerse al margen de toda intervención estatal, como Internet. El anhelo de preservar la red como un espacio de libertad irreductible forma parte del idealismo de los primeros usuarios, opuestos a cualquier intervención pública. Sin embargo, en la práctica, la opción de no regulación, sencillamente, no existe<sup>84</sup>. El modelo puro de autorregulación es también una simple ilusión<sup>85</sup>. Internet es un ámbito social y, como tal, ha de ser regulado por el ordenamiento<sup>86</sup>. Frente al desconcierto conceptual que pudo provocar en sus primeros momentos, hay razones suficientes para la regulación de Internet. Como muestra, basta con atender al debate actual sobre el principio de neutralidad de la red<sup>87</sup>. «No es extraño a nuestra realidad que una actividad que nace en el sector privado, sin regulación de los Poderes Públicos, sea objeto de regulación cuando llega un momento en que alcanza interés social o económico»<sup>88</sup>. A la postre, un espacio de «no-Derecho» es un espacio de falta de libertad<sup>89</sup>.

24) En resumen, la autorregulación puede expresar la madurez social en la ordenación del bien común, al establecer —dentro del espa-

<sup>83</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 681 y ss.; cfr. 683).

<sup>84</sup> SORIA BARTOLOMÉ —después de destacar que es ilusorio pensar que una organización de la complejidad de Internet pueda funcionar sin regulación— resalta que ésta sobre todo se basa en usos y costumbres que constituyen una normativa que rige el funcionamiento de la red, orienta el comportamiento de los usuarios y establece procedimientos de castigo a los infractores («Internet: ¿anarquía contemporánea u orden medieval?», *Redeti*, III, 2000, págs. 173-174). Los órganos de Internet adoptan las reglas necesarias para su funcionamiento. Adicionalmente, se aplican las normas generales de Derecho internacional en los distintos aspectos de la actividad que se vean comprometidos (competencia, normas fiscales, propiedad intelectual, etc.). La normativa comunitaria europea incide directamente en aspectos relevantes para Internet (telecomunicaciones, datos personales, propiedad intelectual). Finalmente, a nivel interno, el régimen jurídico de una actividad de la trascendencia de Internet, que afecta a los derechos y libertades de los particulares —por exigencia constitucional—, requiere ser regulado por ley, en sus variadas manifestaciones. De hecho, en los ordenamientos jurídicos estatales se observa no sólo la progresiva elaboración de normas reguladoras de las actividades de Internet, sino también la aplicación a dichas actividades de las normas generales. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Internet...», cit., págs. 8 y ss.

<sup>85</sup> S. ERNST, «Internet und Recht», *JuS*, núm. 9, 1997, pág. 782.

<sup>86</sup> J. L. VILLAR PALASÍ, «Implicaciones jurídicas de Internet», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, 1998, págs. 507 y ss.

<sup>87</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, «Internet en un cruce de caminos: ¿neutralidad o gestión razonable de las infraestructuras?», *REDA*, núm. 141, 2009, págs. 43 y ss.

<sup>88</sup> E. GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, «¿Es aplicable la responsabilidad administrativa por la denegación, para operar en Internet, del registro de un nombre de dominio de DNS de segundo nivel bajo “es”?», núm. 149 de esta REVISTA, 1999, pág. 13.

<sup>89</sup> E. GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, «¿Es aplicable...», cit., págs. 311-312.

cio que deja la normativa— pautas de autolimitación o autocontrol en el ejercicio de la libre iniciativa. El amplio consenso de los agentes implicados también puede contribuir a la elaboración de especificaciones o a la fijación de niveles de calidad de productos o servicios. En la medida en que esto se consiga, puede desplegar una valiosa función *complementaria* de la intervención pública. En cambio, por las razones indicadas, la apelación a la *autorregulación como sustituto de la regulación estatal no parece viable*.