

Sentencia T.S. (Sala 3) de 27 de septiembre de 2012

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo n.º 53/2008 interpuesto por la «ASOCIACIÓN PARA LA CALIDAD DE LOS FORJADOS» (ASCAFOR) y la «ASOCIACION DE IMPORTADORES Y DISTRIBUIDORES DEL ACERO PARA LA CONSTRUCCIÓN» (ASIDAC), representadas por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, contra el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-08), siendo partes recurridas la «ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO» representada por Abogado del Estado, «CALIDAD SIDERÚRGICA, S.L.» representada por la Procuradora Doña María del Valle Gili Ruiz, el «COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES» representado por la Procuradora Doña María Luisa Martín Burgos, la «ASOCIACION ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN» (AENOR) representada por el Procurador Don Roberto Sastre Moyano, el «CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS» representado por el Procurador Don Alberto Hidalgo Martínez, la «ASOCIACION DE INVESTIGACIÓN DE LAS INDUSTRIAS DE LA CONSTRUCCIÓN (AIDICO), INSTITUTO TECNOLÓGICO DE LA CONSTRUCCIÓN» representada por la Procuradora Doña María Concepción Tejada Marcelino, la «ASOCIACIÓN NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGÓN PREPARADO» (ANEFHOP) representada por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, «FERROVIAL AGROMAN, S.A.» representada por la Procuradora Doña Silvia Vázquez Senín, «FABRICANTES DE CEMENTO DE ESPAÑA» (OFICEMEN) representada por el procurador Don Manuel Lanchares Larre, y la «ASOCIACION DE ACEROS CORRUGADOS REGLAMENTARIOS Y SU TECNOLOGÍA Y CALIDAD» (ACERTEQ) representada por el Procurador Don Carlos Ibáñez de la Cadiniere.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—«ASCAFOR» y «ASIDAC» interpusieron ante esta Sala, con fecha 22 de octubre de 2008, recurso contencioso- administrativo n.º 53/2008

contra el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-08). En su escrito de demanda, de 5 de mayo de 2009, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos justificando la nulidad de los párrafos séptimo y octavo del artículo 81 y del anejo 19 de la citada Instrucción, que articularon en los cinco motivos de orden jurídico material siguientes.

Primero.—La «influencia restrictiva que presentan determinados preceptos de la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE), respecto del acceso al mercado español del acero para armar hormigón procedente de Estados miembros de la Unión Europea, Turquía o Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo».

Segundo.—La conversión de las normas voluntarias de calidad en requisitos de obligado seguimiento al aplicar ciertas consideraciones especiales en la recepción para aquellos productos y procesos que presenten un nivel de garantía superior.

Tercero.—El obstáculo de los requisitos establecidos en la Instrucción para el reconocimiento oficial de los distintivos de calidad por otros Estados miembros de la Unión Europea, por Estados firmantes del Acuerdo del Espacio Económico Europeo o por Estados que tengan un Acuerdo de asociación aduanera con la Unión Europea.

Quinto.—El párrafo séptimo del artículo 81 de la Instrucción, en relación con lo dispuesto en el anejo 19, vulnera los artículos 28 y 30 del Tratado CE, mencionando «la obligación de respetar los principios de no discriminación y de reconocimiento mutuo de los productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estado miembros», y resultando «contrario al principio de proporcionalidad que una reglamentación nacional exigiese que los citados productos importados deben satisfacer literal y exactamente las mismas disposiciones y características técnicas prescritas para los productos fabricados en el Estado miembro en cuestión».

Sexto.—La exigencia del artículo 81 EHE no está amparada por la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias

y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción.

Y suplicó:

"[D]icte sentencia por la que se declare que, por las razones que han quedado expuestas, las disposiciones impugnadas vulneran los artículos 28 y 30 TCE y en consecuencia:

Primero. Declare la nulidad del artículo 81, párrafo séptimo de la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE).

Segundo. Declare la nulidad del artículo 81, párrafo octavo de la EHE.

Tercero. Declare la nulidad del Anejo 19 de la EHE."

Por otrosí fijó la cuantía del proceso como Indeterminada.

Segundo.—El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 19 de junio de 2009 alegando en sus fundamentos de derecho:

La causa de inadmisión por ausencia de acuerdo corporativo, artículo 69.8 Ley de la Jurisdicción, en relación con el 45.2.d), porque las Asociaciones recurrentes no han demostrado haber obtenido o haber adoptado el acuerdo de ejercicio de acciones que permitiera la iniciación del presente recurso contencioso administrativo. Y, para el caso de que no se admitiese la causa de inadmisibilidad se opone a la demanda, y manifiesta que el Real Decreto recurrido no tiene por objeto, ni produce el efecto de obstaculizar, limitar, ni establecer barreras técnicas, ni al comercio ni a la importación del acero para armar hormigón en España.

Terminó suplicando a la Sala que dictase sentencia " *por la que se inadmita el recurso o en su defecto, se desestime íntegramente la demanda y se confirme el Real Decreto impugnado con imposición de costas a las Asociaciones demandantes* ".

Tercero.—En fecha 28 de julio de 2009, «ANEFHOP», «AENOR» y «ACERTEQ» contestaron a la demanda alegando los hechos y fundamentación jurídica que estimaron pertinentes y suplicando a la Sala dictase sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, con imposición de costas a las actoras.

Cuarto.—De igual forma, en escritos de fecha 30 de julio de 2009, «CALIDAD SIDERÚRGICA, S.L.» y «AIDICO, INSTITUTO TECNOLÓGICO DE LA CONSTRUCCIÓN», contestaron la demanda alegando los hechos y fundamentación jurídica que estimaron pertinentes y suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Quinto.—El «CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS» contestó a la demanda por escrito de 4 de septiembre de 2009, alegando los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicando a la Sala dictase sentencia " *por la que se inadmita el recurso por falta de legitimación activa del recurrente o subsidiariamente, se desestimen todos y cada uno de los pedimentos que se contienen en el Suplico de la demanda, confirmándose la disposición impugnada, con lo demás que sea de hacer en justicia, y con expresa imposición de costas a las asociaciones demandantes.*"

Sexto.—Por Auto de 14 de septiembre de 2009 se fijó la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada, y se declara concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Séptimo.—Por Providencia de 22 de enero de 2010 se nombró Ponente a la Excm. Sra. Magistrada D.^a Maria Isabel Perello Domenech y se señaló para su votación y fallo el día 16 de marzo de 2010, en que la Sala acordó la suspensión del señalamiento, citando a las partes para celebración de vista que tuvo lugar el día 16 de Junio de 2010.

Octavo.—Oídas las partes sobre el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por Auto de 14 de septiembre de 2010 se planteó dicha cuestión en los siguientes términos:

« ¿Puede entenderse que la exhaustiva regulación contenida en el Anejo 19 del Real Decreto 1247/08, de 18 de julio, en relación con el artículo 81 para la obtención del reconocimiento oficial de los distintivos de calidad resulta excesiva, desproporcionada a la finalidad perseguida e implica una limitación injustificada que dificulta el reconocimiento de la equivalencia de los certificados y un obstáculo o restricción a la comercialización de los productos importados contraria a los artículos 28 y 30 CE?. »

Noveno.—El 1 de marzo de 2012 el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) dictó Sentencia en el asunto identificado como C-484/10, con este fallo:

« Los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben interpretarse en el sentido de que constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías las exigencias impuestas en el artículo 81 de la Instrucción de hormigón estructural (EHE 08) aprobada por el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, puesta en relación con el anejo n.º 19 de dicha Instrucción, para permitir el reconocimiento oficial de los certificados acreditativos del nivel de calidad del acero para armar hormigón expedidos en un Estado miembro distinto del Reino de España. El objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas puede justificar tal obstáculo en la medida en que las exigencias impuestas no sobrepasen los requisitos mínimos establecidos para la utilización en España del acero para armar hormigón. En tal caso, y en el supuesto de que la entidad que expide el certificado de calidad que debe ser objeto de reconocimiento oficial en España ostente la condición de organismo autorizado en el sentido de la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción, en su versión modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar cuáles de esas exigencias van más allá de lo necesario para la consecución del objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas. »

Décimo.— Recibida la Sentencia en esta Sala, se dio traslado a las partes para que alegaran sobre su incidencia en el presente proceso.

Undécimo.—Evacuado el anterior trámite, se señaló nuevamente para votación y fallo el 18 de julio de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley, salvo en el plazo de dictar sentencia dada la complejidad del asunto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech,
Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Es objeto del presente recurso la impugnación de ciertos preceptos de la Instrucción de Hormigón Estructural (en adelante EHE-08), aprobada por Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio. En particular, se interesa la nulidad de los párrafos séptimo y octavo del artículo 81 y del anejo 19 de la citada Instrucción.

Al igual que su antecedente (la Instrucción EHE aprobada por Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre), la EHE-08 constituye, conforme a su primer artículo, «el marco reglamentario por el que se establecen las exigencias que deben cumplir las estructuras de hormigón para satisfacer los requisitos de seguridad estructural y seguridad en caso de incendio, además de la protección del medio ambiente, proporcionando procedimientos que permiten demostrar su cumplimiento». Se trata, por tanto, de un reglamento técnico en el sentido contemplado en el artículo 8.4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria: «La especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización».

El reglamento, según su preámbulo, configura «un marco de unicidad técnica coherente con el establecido en la normativa técnica europea y armonizado con las disposiciones relativas a la libre circulación de productos de construcción dentro del mercado único europeo, en particular con la Directiva 89/106/CEE».

La reglamentación de la EHE-08 abarca tanto las condiciones técnicas de las estructuras como de los productos que se incorporan a ellas con carácter permanente. Respecto de los últimos, impone a la Dirección Facultativa una actividad de comprobación de la conformidad de los materiales o productos con sus disposiciones. Así, el artículo 4.2.1, dispone que «Los materiales y los productos de construcción que se incorporen con carácter permanente a las estructuras (hormigón, cemento, áridos, acero corrugado, armaduras elaboradas, sistemas de pretensado, elementos prefabricados, etc) deberán

presentar las características suficientes para que la estructura cumpla las exigencias de esta Instrucción, para lo que deberá comprobarse su conformidad de acuerdo con los criterios establecidos en el Título 8.º».

Coexisten tres modalidades de comprobación, dependientes de la concurrencia en los productos de una de estas características: la disposición de marcado CE y la posesión o no del distintivo de calidad regulado en el anejo 19 de la EHE-08.

Estas modalidades se contemplan tanto en la regulación de las denominadas «Bases generales de control» (artículo 79.3), como en relación con los componentes del hormigón y de las armaduras (artículo 84) y del acero (artículo 87).

El artículo 79.3 dispone:

«En el caso de productos que deban disponer del marcado CE según la Directiva 89/106/CEE, podrá comprobarse su conformidad mediante la verificación de que los valores declarados en los documentos que acompañan al citado marcado CE permiten deducir el cumplimiento de las especificaciones indicadas en el proyecto y, en su defecto, en esta Instrucción.

En otros casos, el control de recepción de los productos comprenderá:

a) el control de la documentación de los suministros que llegan a la obra, realizado de acuerdo con 79.3.1,

b) en su caso, el control mediante distintivos de calidad, según el apartado 79.3.2 y,

c) en su caso, el control mediante ensayos, conforme con el apartado 79.3.3. »

Por otra parte, el artículo 84 establece:

« En el caso de productos que no dispongan de marcado CE, la comprobación de su conformidad comprenderá:

a) un control documental,

b) en su caso, un control mediante distintivos de calidad o procedimientos que garanticen un nivel de garantía adicional equivalente, conforme con lo indicado en el artículo 81.º, y

c) en su caso, un control experimental, mediante la realización de ensayos »

Y, por último, se prevé la comprobación acero mediante la verificación del marcado CE en caso de disponerlo, y, mientras dicho marcado no se halle vigente, se imponen a tales productos las exigencias técnicas de la Instrucción y de EN 10.080. Según el precepto, la demostración de la conformidad con estas se puede efectuar con:

« a) la posesión de un distintivo de calidad con un reconocimiento oficial en vigor, conforme se establece en el Anejo n.º 19 de esta Instrucción,

b) la realización de ensayos de comprobación durante la recepción [...] »

En consecuencia, en caso de productos que carezcan del marcado CE, el control, además de una genérica comprobación documental, se efectúa por dos medios alternativos: la disposición de los productos de los distintivos de calidad a que aluden los anteriores preceptos o la práctica de ensayos técnicos a la recepción.

Los distintivos de calidad se encuentran regulados en el artículo 81 y en el anejo 19 de la EHE-08. Dicho artículo 81 es parcialmente impugnado en este recurso, si bien por su importancia, debe reproducirse en su totalidad:

« Niveles de garantía y distintivos de calidad

La conformidad de los productos y de los procesos de ejecución respecto a las exigencias básicas definidas por esta Instrucción, requiere que satisfagan con un nivel de garantía suficiente un conjunto de especificaciones.

De forma voluntaria, los productos y los procesos pueden disponer de un nivel de garantía superior al mínimo requerido, mediante la incorporación de sistemas (como por ejemplo, los distintivos de calidad) que avalen, mediante las correspondientes auditorías, inspecciones y ensayos, que sus sistemas de calidad y sus controles de producción, cumplen las exigencias requeridas para la concesión de tales sistemas de garantía superior.

A los efectos de esta Instrucción, dichos niveles de garantía adicionales y superiores a los mínimos reglamentarios pueden demostrarse por cualquiera de los siguientes procedimientos:

a) mediante la posesión de un distintivo de calidad oficialmente reconocido, según lo indicado en el Anejo n.º 19 de esta instrucción,

b) en el caso de productos fabricados en la propia obra o de procesos ejecutados en la misma, mediante un sistema equivalente validado y supervisado bajo la responsabilidad de la Dirección Facultativa, que garantice que se cumplen unas garantías equivalentes a las que se exigen en el Anejo n.º 19 para el caso de los distintivos de calidad oficialmente reconocidos.

Esta Instrucción contempla la aplicación de ciertas consideraciones especiales en la recepción para aquellos productos y procesos que presenten un nivel de garantía superior mediante cualquiera de los dos procedimientos mencionados en el párrafo anterior.

El control de recepción puede tener en cuenta las garantías asociadas a la posesión de un distintivo, siempre que éste cumpla unas determinadas condiciones. Así, tanto en el caso de los procesos de ejecución, como en el de los productos que no requieran el marcado CE según la Directiva 89/106/CEE, esta Instrucción permite aplicar unas consideraciones especiales en su recepción, cuando ostenten un distintivo de calidad de carácter voluntario que esté oficialmente reconocido por un Centro Directivo con competencias en el ámbito de la edificación o de la obra pública y perteneciente a la Administración Pública de cualquier Estado miembro de la Unión Europea o de cualquiera de los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación a los productos de construcción fabricados o comercializados legalmente en un Estado que tenga un Acuerdo de asociación aduanera con la Unión Europea, cuando ese Acuerdo reconozca a esos productos el mismo tratamiento que a los fabricados o comercializados en un Estado miembro de la Unión Europea. En estos casos el nivel de equivalencia se constatará mediante la aplicación, a estos efectos, de los procedimientos establecidos en la mencionada Directiva.

A los efectos de la conformidad respecto a las exigencias básicas de esta Instrucción, los distintivos de calidad deberán cumplir, para su reconocimiento oficial, las condiciones establecidas en el Anejo n.º 19.

Los distintivos de calidad que hayan sido objeto de reconocimiento o, en su caso, renovación o anulación, podrán inscribirse en el registro específico que se crea en la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, Subdirección General de Normativa, Estudios Técnicos y Análisis Económico que resolverá la inclusión, en su caso, en la página WEB de la Comisión Permanente del Hormigón (www.fomento.es/cph), para su difusión y general conocimiento. »

El anejo 19 de la Instrucción define y regula los distintivos de calidad, estableciendo los requisitos generales y específicos que deben cumplir. Entre los primeros se encuentran su carácter voluntario, su fundamento en un reglamento regulador de sus garantías particulares, condiciones de concesión y procedimiento. El reglamento debe incluir además la declaración explícita de su conformidad con la Instrucción EHE-08 y la independencia e imparcialidad en su concesión mediante la incompatibilidad de ciertas personas en la toma de decisiones al respecto.

Es decisivo para este proceso destacar la específica referencia de la EHE-08 al principio de reconocimiento mutuo de los productos provenientes de los Estados miembros de la Unión Europea, de los firmantes del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y de los Estados que tengan un Acuerdo de asociación aduanera con la Unión Europea, cuando ese Acuerdo reconozca a esos productos el mismo tratamiento que a los fabricados o comercializados en un Estado miembro de la Unión Europea (productos EEE/Turquía). El principio, con vocación de generalidad y bajo el enunciado de «Condiciones administrativas» figura en el primer párrafo del mismo artículo 4.1, el cual establece que «podrán utilizarse productos de construcción que estén fabricados o comercializados legalmente en los Estados miembros de la Unión Europea y en los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y siempre que dichos productos, cumpliendo la normativa de cualquiera de dichos Estados, aseguren en cuanto a la

seguridad y el uso al que están destinados un nivel equivalente al que exige esta Instrucción», nivel objeto de acreditación conforme a los artículos 4.2 y 16 de la citada Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988. Hay una explícita referencia a que estas disposiciones se hacen extensivas a los Estados que mantengan un Acuerdo de asociación aduanera con la Unión Europea que reconozca a esos productos el mismo tratamiento que a los fabricados o comercializados en un Estado miembro de la Unión Europea.

La concreción del principio de reconocimiento mutuo en los distintivos de calidad que figura en el artículo 81 es una aplicación de lo prevenido en artículo 4.1 de la EHE-08: «Los distintivos de calidad voluntarios que faciliten el cumplimiento de las exigencias de esta Instrucción podrán ser reconocidos por las Administraciones Públicas competentes en el ámbito de la construcción pertenecientes a cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo y podrán referirse al proyecto de la estructura, a los productos, a los procesos para su construcción o a la consideración de criterios medioambientales».

En suma, la acreditación de la conformidad con la Instrucción de los Aceros que componen las estructuras de hormigón, y a falta, como ocurre en la actualidad, de marcado CE, exige, de manera potestativa, o bien la disposición de una garantía adicional acreditada mediante la posesión de un distintivo de calidad, o bien la práctica de ensayos que demuestren el ajuste de los materiales a las características de calidad definidas en la Instrucción. El objeto de este recurso versa precisamente sobre la efectividad del principio de reconocimiento mutuo en el control mediante distintivos de calidad.

Segundo.—Las recurrentes, la Asociación para la Calidad de los Forjados (ASCAFOR) y la Asociación de Importadores y Distribuidores de Acero para la Construcción (ASIDAC), son entidades que agrupan a empresas de fabricación, distribución e importación de aceros para la construcción.

A través del recurso pretenden la nulidad de los párrafos séptimo y octavo, del artículo 81 de la EHE-08 y el anejo 19 en su integridad. Consideran que las mencionadas disposiciones vulneran los artículos 28 y 30 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE), actuales artículos 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Tales artículos prohíben las restricciones cuantitativas a la exportación y todas las medidas de efecto equivalente, a salvo de que se hallen justificadas por razones de

orden público, protección de la salud y seguridad pública u otras, siempre que estas limitaciones no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta al comercio.

Los argumentos en que las recurrentes fundamentan su pretensión ya han sido puestos de manifiesto en el curso de este procedimiento, en especial en el Auto que planteaba la cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea (TJUE), que también hizo referencia a ellos en su Sentencia, y son sobradamente conocidos por las partes. No obstante, resulta oportuno realizar una sucinta referencia a la misma a fin de facilitar la exposición que antecede a la decisión de la Sala.

Las asociaciones empresariales recurrentes consideran que el sistema de distintivos de calidad que recoge la EHE-08 es un obstáculo a la libre circulación de mercancías entre Estados miembros de la Unión y de otros asociados, como es el caso de Turquía, principal exportador a España de acero para la construcción.

Dichos distintivos permiten acreditar, con un nivel de garantía superior al mínimo exigido, que el producto cumple las cualidades que impone la EHE-08, lo que evita la práctica de ensayos técnicos a pie de obra, que es el otro medio admitido por la EHE-08 para garantizar la aptitud de los materiales. Dado que aquel sistema es más económico que el último, su utilización se convierte, de hecho, en imprescindible para comercializar el producto en condiciones competitivas.

La disconformidad de las demandantes con tales distintivos se sustenta en que estos deben someterse en todo caso, aun cuando provengan de otros Estados miembros de la Unión o de Estados asociados, a la extensa y minuciosa reglamentación del anejo 19 de la EHE-08. El anejo contiene una prolija normativa que afecta a los requisitos generales y específicos que deben contener los distintivos, pero también a otras múltiples cuestiones diferentes a los ensayos y pruebas a realizar en los materiales, como la organización y funcionamiento de los órganos de certificación del Estado de origen de los productos, los poderes que sobre ellos ha de ostentar la Administración, así como los reglamentos reguladores de los distintivos, llegando a exigir que en el reconocimiento del distintivo en el Estado de origen figure explícitamente que se efectúa en función de la EHE-08 y con arreglo a las bases técnicas de su anejo. Por otro lado, carece de una previsión sobre el modo en que han de reconocerse los distintivos extranjeros por las autoridades españolas y en que debe transmitirse esta

información a todos los sectores intervinientes en la actividad de construcción. La estipulación del último párrafo del artículo 81 de la EHE-08 admite una absoluta discrecionalidad del Ministerio de Fomento acerca de la inclusión de los distintivos reconocidos en la página web que cita.

Consideran las actoras que esas condiciones vulneran el principio de reconocimiento mutuo, en cuanto los productos importados deben satisfacer estrictamente las mismas disposiciones y características técnicas prescritas para los productos españoles sin admitir soluciones alternativas que garanticen un mismo nivel de calidad, obstaculizando así el reconocimiento de la equivalencia de los certificados emitidos por los organismos competentes de otros Estados. Se trata de la imposición por el Estado importador de sus propias normas técnicas a los productos, supuesto al que se refiere la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo» (2003/C 265/02, publicada en el DOC de 4-11-2003), y que supone una obstaculización al comercio intracomunitario de igual efecto a las restricciones cuantitativas a la exportación que prohíbe la normativa europea.

Manifiestan las recurrentes que no discuten el derecho de las autoridades españolas a comprobar la equivalencia con las normas españolas del grado de protección que dispensan las normas del Estado de origen de los productos, lo que autoriza el artículo 16 de la Directiva 89/106/CEE. Pero ese control de la equivalencia en el destino de los productos no significa que estos deban cumplir todas las especificaciones exigidas en la normativa del último, pues ello conculcaría el principio de reconocimiento mutuo.

Citan en su apoyo diversas Sentencias del TJUE, como las de 11 de julio de 1974 (Dassonville, 8/74), 20 de febrero de 1979 (Cassis de Dijon, 120/78), 28 de enero de 1986 (Comisión contra la República francesa, C-188/84), 8 de mayo de 2003 (Atral, S.A.), 10 de noviembre de 2005 (Comisión contra República portuguesa, C-432/03) y 7 de junio de 2007 (Comisión contra Bélgica, C-254/05).

Tercero.—El Abogado del Estado opuso a la demanda la causa de inadmisibilidad consistente en la falta de acuerdo corporativo para recurrir, de conformidad con los artículos 69.b) y 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. A su juicio, las Asociaciones recurrentes no han demostrado disponer del acuerdo del órgano competente favorable al ejercicio de la presente acción. A esta razón de inadmisibilidad se adhirieron

los también demandados Asociación de Aceros Corrugados Reglamentarios y su Tecnología y Calidad (ACERTEQ) y el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

La oposición sobre el fondo que articulan los demandados se basó, entre otras, en las siguientes razones esenciales:

- La EHE-08 se enmarca en la normativa técnica de calidad industrial, estableciendo el control de calidad de los materiales que componen las estructuras de hormigón en el momento de su recepción en la obra, pero permitiendo la utilización voluntaria de distintivos de calidad bajo decisión última de la Dirección Facultativa. Ello es producto de una decisión discrecional de naturaleza técnica en que la Administración ha elegido la opción más idónea tras estudiar y, en su caso, asumir, las observaciones de los intervinientes en el procedimiento de elaboración, entre los que se halla el Estado de Turquía.

- La EHE-08 es coherente con la normativa europea y con las exigencias derivadas de la libre circulación de mercancías, en particular con la Directiva 89/106/CEE, cuyas exigencias y especificaciones ha acogido. Precisamente una de sus novedades es incorporar medidas para la libre circulación de productos, incluyendo una cláusula de equivalencia general por recomendación de la Comisión Europea y remitiéndose a los artículos 4.2 y 16 de la mencionada Directiva a efectos de su acreditación.

- Ni la Comisión Europea, ni los Estados miembros, ni los signatarios del Espacio Económico Europeo, una vez asumidas sus recomendaciones, han puesto reparo alguno a la EHE-08, lo cual demuestra el cumplimiento de los principios comunitarios cuya infracción alegan los demandantes.

- El principio de mutuo reconocimiento no implica una aceptación automática de los certificados de otros países ni impide a los Estados miembros comprobar la equivalencia de los niveles de seguridad de los productos importados con los exigidos para los productos nacionales. La jurisprudencia del TJUE ha evolucionado hasta admitir límites a la cláusula de mutuo reconocimiento por imperativo de la protección de la seguridad de los consumidores y usuarios y siempre que se apliquen a todos los operadores. Se citan en apoyo de este criterio las Sentencias de 17 de junio de 1981 (Artículos de joyería, C-113/80), 11 de mayo 1989 (Wurmser, C-25/88), 22 de octubre de 1998 (Preparados a base de foie gras, C-184/96)

y 24 de noviembre de 1993 (Keck y Mithouard, C-267/91 y C-268/91). Y se afirma que, en este caso, se cumplen todas las condiciones exigidas por el TJUE para que los límites establecidos en la EHE-08 sean válidos: En primer término, la normativa se aplica de forma indistinta, no discriminatoria, para todos los productos, con independencia de su origen; en segundo lugar, se trata de un producto que no ha sido objeto de armonización comunitaria; añade que las normas técnicas están encaminadas a la protección del consumidor y la seguridad pública, y, por último, no existe un sistema alternativo al previsto por la EHE-08 que permita la satisfacción de esta exigencia imperativa, por lo que la limitación es proporcionada.

- La eficacia de los distintivos de calidad no depende de su reconocimiento por la EHE-08, sino por la decisión que, en última instancia, adopte la Dirección Facultativa de la obra.

- Tales distintivos poseen carácter voluntario, y esta misma Sala, en su Sentencia de 14 de junio de 2001 (RCA 107/1999), al resolver el recurso directo contra la anterior Instrucción de Hormigón Estructural, declaró la legalidad de los certificados, adicionales y voluntarios, acreditativos de que los productos cumplen con las especificaciones obligatorias aplicables.

- La exhaustividad del anejo 19 de la EHE-08 convierte en más objetivos los criterios en que ha de fundarse el reconocimiento de los distintivos de los Estados miembros y EEE/Turquía, reduciendo al mínimo el margen de discrecionalidad de la Administración en garantía de transparencia y homogeneidad de trato.

- La falta de prueba de la existencia de hechos tales como las barreras técnicas o las medidas de efecto equivalente, la obligatoriedad en la práctica de los distintivos y el carácter gravoso de los ensayos a la recepción de los productos.

- El planteamiento en la demanda de un problema de aplicación concreta de la normativa, pero no de un vicio de legalidad, puesto que los preceptos impugnados satisfacen rigurosamente las exigencias del Derecho Comunitario.

Cuarto.—Dado el planteamiento de la demanda, las contestaciones de los demandados y lo manifestado por las partes en la vista celebrada al efecto, esta Sala consideró necesario dilucidar el verdadero alcance de lo establecido en los artículos 28 y 34 TCE para resolver el pleito, lo cual provocó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. La cuestión suscitada fue la siguiente: «¿Puede entenderse que la exhaustiva regulación contenida en el Anejo 19 del Real Decreto 1247/08, de 18 de julio, en relación con el artículo 81 para la obtención del reconocimiento oficial de los distintivos de calidad resulta excesiva, desproporcionada a la finalidad perseguida e implica una limitación injustificada que dificulta el reconocimiento de la equivalencia de los certificados y un obstáculo o restricción a la comercialización de los productos importados contraria a los artículos 28 y 30 CE?».

La Sentencia del TJUE resolviendo la cuestión fue dictada el 1 de marzo de 2012, en el asunto identificado como C-484/10, y es posteriormente conocida por las partes, que han alegado sobre su alcance. Baste destacar que el Tribunal de Justicia considera que la imposición a los Estados miembros del conjunto de exigencias del anejo 19 de la EHE-08 exceden de los requisitos mínimos fijados para los organismos de certificación de calidad por el anexo IV de la Directiva 89/106/CEE (apartado 49 de la Sentencia). Esto puede provocar un rechazo de las peticiones de reconocimiento de tales certificados y, en consecuencia, restringir el acceso al mercado español para armaduras cuando el organismo certificador de otro Estado miembro no cumpla los requisitos del anejo impugnado (apartado 55). Por tanto, la medida debe considerarse equivalente a «una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 34 TFUE » (apartado 57).

La justificación de las limitaciones a la libertad de circulación admitidas por el artículo 36 TFUE es asimismo examinada por el Tribunal. Este ofrece una doble solución, partiendo de si los distintivos de calidad oficialmente reconocidos permiten demostrar que el producto «ofrece un nivel de garantía superior o muy superior al exigido con carácter general» (apartado 62), o, por el contrario, «una presunción de conformidad con los requisitos mínimos» (apartado 65). En el primer caso, no estaría justificado el obstáculo a la libre circulación de mercancías, pues los distintivos excederían «de lo que es necesario para acreditar la conformidad del acero para armaduras con los requisitos mínimos que garantizan la protección de la vida y de la salud de las personas» (apartado 64). En el segundo, correspondería al órgano jurisdiccional nacional determinar qué exigencias concretas del anejo 19 de la EHE-08 van más allá de lo necesario para la consecución de tales objetivos, y compete al Tribunal remitente determinar

si los distintivos sobrepasan o no los requisitos de garantía mínimos precisos para asegurar tales intereses superiores (apartado 71).

El fallo de la Sentencia, transcrito en los antecedentes de la actual, declara, por tanto, que «Los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben interpretarse en el sentido de que constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías las exigencias impuestas en el artículo 81 de la EHE-08 [...], puesto en relación con el anejo n.º 19 de dicha Instrucción». Pero, dado que «el objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas puede justificar tal obstáculo en la medida en que las exigencias impuestas no sobrepasen los requisitos mínimos establecidos para la utilización en España del acero para armar hormigón [...], en el supuesto de que la entidad que expide el certificado de calidad que debe ser objeto de reconocimiento oficial en España ostente la condición de organismo autorizado en el sentido de la Directiva 89/106/CEE [...], corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar cuáles de esas exigencias van más allá de lo necesario para la consecución del objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas».

Quinto.—Sobre la incidencia que este pronunciamiento ha de producir en el proceso, las recurrentes argumentaron que la declaración del TJUE relativa a la infracción por la EHE-08 española de la normativa comunitaria conlleva la nulidad de las disposiciones legales impugnadas, sin que sea posible a este Tribunal Supremo modificar la redacción de los preceptos para adecuarlos a las normas vulneradas. A su juicio concurre, además, la hipótesis contemplada por el Tribunal europeo de que los distintivos de calidad regulados en la EHE-08 son requisitos adicionales y superiores a los mínimos requeridos, conforme reiteran diversos preceptos de aquella Instrucción, por lo que no hay justificación alguna, por razones de interés general, del obstáculo a la libre circulación de mercancías que supone.

Las demandadas manifiestan, en síntesis:

- La Sentencia del TJUE corrobora la validez de los distintivos de calidad voluntarios para garantizar el cumplimiento de los requisitos de los materiales. La estimación de la pretensión actora supondría la inoperancia del régimen de distintivos de calidad.

- El TJUE no aporta novedad práctica y efectiva adicional al presente caso, pues traslada al Tribunal español el enjuiciamiento de qué concretas

especificaciones del anejo 19 de la EHE-08 serían contrarias al TFUE, y existe una falta de concreción absoluta en la demanda acerca de cuáles serían tales especificaciones. La Sentencia resolutoria del proceso no puede concretar las normas técnicas opuestas al Tratado y subsanar así el incumplimiento de la carga alegatoria de las demandantes, pues produciría indefensión a los demandados.

- La Sentencia del TJUE estima que los requisitos exigidos en el anejo 19 de la EHE-08 para los organismos de certificación son superiores a los establecidos en la Directiva 89/106/CEE, pero esta declaración no tiene en cuenta las sucesivas normas que han complementado o desarrollado la última. En la actualidad no existe en Derecho español ninguna exigencia nueva ni superior a las vigentes en la reglamentación europea.

- La Sentencia incurre en un error técnico al afirmar que el anejo 19 exige que los productos certificados cumplan requisitos superiores a los mínimos, puesto que lo único que prevé son superiores garantías de que se cumplen esos requisitos mínimos. La Sentencia utiliza de forma indistinta los conceptos relativos a los requisitos mínimos de los materiales y a las condiciones de la garantía de su cumplimiento.

- Las especificaciones de la EHE-08 únicamente están destinadas a garantizar la seguridad de las estructuras, y, por tanto, la protección de la salud y la vida de las personas. Los distintivos de calidad es una de las dos formas, junto a los ensayos a la recepción del producto, de comprobar la calidad de los materiales. Las especificaciones relativas a este control son las mínimas necesarias para garantizar la seguridad de la estructura.

- Carecen de prueba los inconvenientes que se atribuyen a la falta de disposición de distintivos de calidad, tanto en lo referente a los costes como a la dilación que supone la actividad de control a la recepción. La declaración que hizo esta Sala en el Auto que planteaba la cuestión prejudicial, dando por acreditado tales inconvenientes, condicionó la decisión del TJUE.

Sexto.—A fin de resolver los muchos problemas suscitados, con carácter preliminar debe rechazarse la inadmisibilidad del recurso alegada por el Abogado del Estado y a la que se han adherido otros dos demandados.

Sin duda en este procedimiento se cumple el requisito del artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, en la interpretación y alcance ofrecido por esta Sala en su Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2005 (RC 4755/2005), y reproducida en múltiples resoluciones, por ejemplo, las de 31 de mayo de 2012 (RC 2895/2011), 8 de junio de 2012 (RC 3811/2011) y 16 de julio de 2012 (RC 2043/2010), por citar las tres más recientes.

Dicho requisito, consistente en la aportación por las personas jurídicas demandantes del acuerdo para recurrir adoptado por el órgano estatutariamente competente, debe considerarse cumplido con los documentos unidos al escrito de interposición del recurso. Entre tales documentos se hallan los estatutos de las asociaciones recurrentes y las certificaciones de los Secretarios de ambas sobre el acuerdo de las correspondientes reuniones «de la Asamblea General y de la Junta Directiva» que decidieron por unanimidad impugnar en vía contencioso-administrativa el Real Decreto objeto de este recurso. Si bien hubiera sido suficiente con el acuerdo de la Junta Directiva en virtud de lo dispuesto en los estatutos y el artículo 12.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, la concurrencia de una decisión de idéntico contenido por la Asamblea General refuerza la acreditación de la voluntad de las recurrentes de ejercitar la presente acción jurisdiccional.

Séptimo.—La decisión sobre la cuestión de fondo dirimida en el litigio, y, por consiguiente, la respuesta a los argumentos aducidos por las partes en defensa de sus pretensiones, ha de ajustarse rigurosamente a los términos en que se ha pronunciado el TJUE, dado que la función que este asume mediante la resolución de las cuestiones prejudiciales es la de aportar a los Tribunales nacionales los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio (Sentencias de 16 de julio de 1992, Meilicke, C 83/91, 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C 445/06, 30 de septiembre de 2010, C-392/09, 15 de septiembre de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, y 19 de junio de 2012, C-307/10, y 5 julio de 2012, Propiedad intelectual e industrial, C-509/10). La elemental obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de llevar a efecto las declaraciones del Tribunal europeo es una consecuencia del principio de primacía del Derecho comunitario y de la función tradicionalmente asignada a dicho Tribunal en los tratados constitutivos europeos; ha sido subrayada reiteradamente por dicho Tribunal, asumida por esta Sala en muchas resoluciones y destacada por el Tribunal Constitucional también de forma reiterada, últimamente en la STC 145/2012, de 2 de julio, aunque en relación con las sentencias recaídas en procedimientos de incumplimiento.

La anterior constatación impide revisar a esta Sala las conclusiones del TJUE, particularmente en lo que respecta a la acomodación de los requisitos de la EHE-08 sobre distintivos de calidad a la normativa comunitaria de desarrollo de la Directiva 89/106. En este momento procesal no podemos cuestionarnos si «el artículo 4 del anejo n.º 19 de la Instrucción del hormigón establece unas exigencias superiores a los requisitos mínimos necesarios fijados en el anexo IV de la Directiva» (apartado 55 de la Sentencia). La aseveración del TJUE constituye uno de los presupuestos en que debe asentarse esta Sentencia, por lo que no cabe entrar a examinar comparativa y pormenorizadamente los requisitos del anejo 19 con los de la normativa europea ahora en vigor a fin de comprobar la corrección de lo declarado por el Tribunal europeo. Esta operación ni siquiera ha sido acometida por las partes que han manifestado su disparidad con la Sentencia del TJUE por considerar que los requisitos del anexo 19 no exceden de los previstos en las normas comunitarias..

De todos modos, la decisión del TJUE no depende exclusivamente de tal aserto, en cuanto su doctrina es aplicación del derecho a la libre circulación de mercancías y de los efectos de las medidas equivalentes a las restricciones cuantitativas. Los criterios de la Sentencia responden al problema generado por la imposición de normas técnicas por los países importadores que impiden o dificultan la circulación de productos de otros Estados miembros, y que ha dado lugar al Reglamento (CE) 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro. La norma general consiste en que «pese a la existencia de una norma técnica nacional en el Estado miembro de destino, los productos legalmente fabricados y/o comercializados en otro Estado miembro gozan de un derecho fundamental a la libre circulación garantizado por el TFUE» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM 2012 292 final, en el Primer informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 764/2008). La interpretación y aplicación del Derecho de la Unión favorable al ejercicio del mencionado derecho ha sido destacado de forma reciente, precisamente para los productos de construcción, por la Sentencia del TJUE de de 12 de julio de 2012, asunto C-171/11, en cuyo apartado 22 declara que «la ausencia de especificaciones técnicas armonizadas o reconocidas a escala de la Unión respecto a productos de construcción concretos no confiere a los Estados miembros un margen de apreciación ilimitado para introducir normas técnicas nacionales respecto a la comercialización de esos productos».

Por otra parte, han destacado algunas demandadas que la Sentencia del TJUE presenta una dificultad interpretativa sobre qué debe entenderse cuando se refiere a los requisitos mínimos de los productos de la EHE-08. En principio, tales requisitos pueden identificarse exclusivamente con las propiedades físicas de los materiales, tales como su resistencia o composición. Así parecen haberlo deducido los demandados que, en sus alegaciones sobre la Sentencia, aluden a los parámetros de resistencia del acero. Ahora bien, también es lícito considerar que los requisitos mínimos técnicos comprenden tales cualidades y otros aditamentos que los singularizan, como son los relativos a los ensayos o pruebas que garantizan el cumplimiento de sus propiedades físicas o materiales.

Esta Sala considera que entre los requisitos técnicos de los productos deben incluirse las últimas especificaciones señaladas. Tal concepción es acorde con la Comunicación interpretativa de la Comisión 2003/C 265/02, sobre «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro», la cual es oportunamente citada por las demandantes, y, en la actualidad, es la recogida en el ya mencionado Reglamento 764/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión 3052/95/ CE. Este Reglamento, cuyo objeto es el de asegurar el cumplimiento del principio de reconocimiento mutuo en materia de circulación de mercancías, dispone en su artículo 2.2:

« A efectos del presente Reglamento, una norma técnica es cualquier disposición de una ley, un reglamento o una disposición administrativa de otra índole de un Estado miembro:

a) que no sea objeto de armonización a escala comunitaria, y

b) que prohíba la comercialización de un producto o tipo de producto en el territorio de dicho Estado miembro o cuyo cumplimiento sea obligatorio para comercializar un producto o tipo de producto en el territorio de dicho Estado miembro, y que establezca:

i) bien las características exigidas para ese producto o tipo de producto, como los niveles de calidad, funcionamiento, seguridad o dimensiones, incluidos los requisitos aplicables al producto o al tipo de producto respecto a la denominación

con la que se vende, la terminología, los símbolos, los ensayos y los métodos de ensayo, el embalaje, el marcado o el etiquetado, o bien

ii) cualquier otro requisito que se establezca sobre el producto o el tipo de producto para proteger a los consumidores o al medio ambiente y que afecte al ciclo de vida del producto, una vez que este se haya introducido en el mercado, como sus condiciones de uso, reciclaje, reutilización o eliminación, cuando dichas condiciones puedan afectar significativamente a la composición, naturaleza o comercialización del producto o tipo de producto. »

Además, no debe omitirse que esta misma Sala, en su Sentencia de 14 de junio de 2001, Recurso contencioso-administrativo 107/1999, admitió la posibilidad de introducir en seno de las reglamentaciones técnicas, inspiradas en la seguridad industrial, las certificaciones propias de la calidad industrial, declarando la posibilidad de que «los reglamentos de seguridad, a la par que fijan, con o sin remisiones, los requisitos técnicos a que antes aludíamos, consideren que dichos requisitos se entienden cubiertos por aquellos productos que, a su vez, hayan obtenido el reconocimiento de un nivel de seguridad industrial igual o superior, precisamente por ajustarse a una determinada norma técnica (voluntaria) que implanta dicho nivel».

A esta eventualidad obedece la EHE-08, la cual, como hemos señalado, regula las exigencias o propiedades físicas de las estructuras y, además, los procedimientos para demostrar su cumplimiento (artículo 1). Partiendo de esta premisa, la única consecuencia aceptable es la de la estimación de las pretensiones deducidas.

No hay duda de que el sistema de distintivos de calidad que establece la EHE-08 impone a los productos unas condiciones de garantía superiores a las mínimas necesarias para garantizar el ajuste de aquellos a las propiedades estrictamente físicas que deben cumplir para acreditar la seguridad de las estructuras de hormigón y, por tanto, asegurar la vida y la seguridad de las personas. Con la garantía mínima exigible, estos intereses prevalentes resultarían suficientemente tutelados, por lo que la demanda de una garantía «superior y adicional» (utilizando las expresiones que reitera la propia EHE-08) es injustificada y desproporcionada, implicando, en los términos en que se pronuncia el TJUE, la restricción cuantitativa a la libre circulación de mercancías por dificultar la eficacia de las certificaciones de calidad emitidas por otros Estados.

Octavo.—Alcanzada la precedente conclusión, deben decaer las objeciones que oponen los demandados.

En primer lugar, se ha alegado que no hay prueba de que los productos importados se vean compelidos a someterse a la modalidad de distintivos de calidad, pues nada prueba que la modalidad de acreditación mediante ensayos en la recepción del producto sea económicamente más gravosa. Se manifiesta incluso que la afirmación de este dato en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ha condicionado la respuesta ofrecida por el TJUE.

Sin embargo, es notorio que la realización de ensayos a pie de obra supone un aumento del coste de los trabajos, así como una dilación de los mismos que también tiene reflejo económico. La Memoria económica de la EHE-08, que obra en el expediente administrativo (folios 4507 y siguientes), estudia el impacto de la nueva normativa y advierte que la exención de ensayos en los productos con marcado CE implica un notable ahorro en los costes de ejecución de las obras. La memoria analiza incluso el ahorro que supondría un hipotético marcado CE en aceros para armaduras pasivas (f. 4512 a 4516), y este efecto favorable lo extiende al uso de distintivos de calidad (f. 4524).

Por otro lado, es innegable que la posesión del distintivo de calidad, que requiere asumir todas las condiciones del anejo 19 de la EHE-08, supone un encarecimiento del producto. Ciertamente no hay prueba comparativa del uso de una u otra modalidad de control en el cómputo definitivo del coste de las obras, pero existe una diferencia decisiva en cuanto al reparto directo de los gastos: los correspondientes a los ensayos los ha de soportar el constructor y el de obtención del distintivo de calidad, el fabricante. La necesidad de acometer nuevos gastos durante el proceso constructivo puede disuadir de la compra de materiales carentes de certificación y, por tanto, obstaculizar la exportación a España del acero sin distintivo de calidad.

Por otra parte, el carácter voluntario de los distintivos de calidad no es relevante en cuanto representa una indudable ventaja para la comercialización de los productos con el consiguiente obstáculo para los que no lo poseen. Esta regulación no forma parte de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, esto es, la elección entre diversas opciones técnicas igualmente aceptables. Aunque las disposiciones que atañen al nivel de garantía de los productos pueden reputarse como

normas técnicas en sentido amplio, el sistema de distintivos de calidad diseñado en la EHE-08 no escapa del control jurisdiccional en cuanto sus previsiones inciden de forma relevante en el ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados constitutivos de la Unión.

La actitud de la Comisión europea ante el proyecto de Instrucción no es concluyente sobre el cumplimiento de la normativa comunitaria por la simple razón de que el pronunciamiento del Tribunal ha sido el opuesto. En todo caso, ya dijimos en nuestra Sentencia de 14 de junio de 200, Recurso contencioso-administrativo 107/1999, que la ausencia de objeciones de los organismos comunitarios por sí misma no supone la imposibilidad absoluta de declarar la disconformidad de una norma española con el Derecho de la Unión Europea.

Finalmente, las potestades que la EHE-08 confiere a la Dirección Facultativa de la obra para el control de los materiales son irrelevantes a los efectos que nos interesan. No nos hallamos ante un problema de mera aplicación de la normativa, sino ante una normativa que por sí sola es constitutiva de una vulneración del artículo 34 TFUE. Las consecuencias limitadoras para la importación de acero provienen directamente de la norma y no de una hipotética aplicación posterior.

Esta vulneración no reside en unas concretas especificaciones técnicas de las contempladas en el anejo 19 que superan los requisitos mínimos de calidad que han de cumplir los productos, sino en los impedimentos para el reconocimiento de los certificados o distintivos acreditativos del nivel de calidad del acero que resultan del artículo 81 y del mencionado anejo de la EHE-08.

Por último, conviene indicar que la anulación de los preceptos que expresamente impugnan las demandantes no supone dejar sin efecto la existencia de distintivos de calidad, sino exclusivamente la regulación que de los mismos contiene el anejo 19 de la EHE-08. La estimación de la demanda no determina pues, la inoperancia de los distintivos; incluso las propias demandantes afirman que son partidarias de la legalidad de aquellos. El pronunciamiento que emitimos en este proceso no impide a la Administración adoptar las medidas precisas para la efectividad de tales distintivos con sujeción al criterio proveniente de la Sentencia del TJUE.

Noveno.—Procede, en conclusión, la estimación del recurso contencioso-administrativo con la anulación de los preceptos impugnados, sin pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas (artículo 139 de la Ley Jurisdiccional).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.—Desestimamos la causa de inadmisibilidad de falta de acuerdo para recurrir opuesta por el Abogado del Estado y al que se adhirieron Asociación de Aceros Corrugados Reglamentarios y su Tecnología y Calidad (ACERTEQ) y el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

Segundo.—ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo n.º 53/2008 interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la Asociación para la Calidad de los Forjados (ASCAFOR) y la Asociación de Importadores y Distribuidores de Acero para la Construcción (ASIDAC), contra los párrafos séptimo y octavo del artículo 81 y el anejo 19 de la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-08), aprobada por Real Decreto 1247/08 de 18 de julio, que declaramos nulos.

Tercero.—No ha lugar a la imposición de las costas procesales causadas.

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, firme, cuya parte dispositiva se publicará junto con los preceptos anulados en el Boletín Oficial del Estado y que se insertará en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Isabel Perelló Doménech.-Rubricado.- PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.