Universidad de Huelva

Departamento de Derecho Público y del Trabajo

La evaluación de impacto normativo en el marco de la gobernanza regulatoria: régimen jurídico y perspectivas de futuro

Memoria para optar al grado de doctor
presentada por:

Francisco Manuel Fustero García

Fecha de lectura: 8 de julio de 2022

Bajo la dirección de la doctora:

Manuela Mora Ruiz

Huelva, 2022

CC BY NC ND

Universidad de Huelva

FACULTAD DE DERECHO

LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA REGULATORIA: RÉGIMEN JURÍDICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Programa de Doctorado de Ciencias Jurídicas

Línea de Investigación: Retos actuales de Gobernanza y Derecho Medioambiental

TESIS DOCTORAL

FRANCISCO MANUEL FUSTERO GARCÍA

DIRECTORA:

PROF. DRA. D.ª MANUELA MORA RUIZ

HUELVA, MAYO 2022

UNIVERSIDAD DE HUELVA
FACULTAD DE DERECHO

La evaluación de impacto normativo en el marco de la gobernanza regulatoria: régimen jurídico y perspectivas de futuro

Francisco Manuel Fustero García
Huelva, 2022

TESIS DOCTORAL

UNIVERSIDAD DE HUELVA

Programa de Doctorado de Ciencias Jurídicas
Línea de Investigación: Retos actuales de Gobernanza y Derecho Medioambiental

LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA REGULATORIA: RÉGIMEN JURÍDICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Tesis presentada por D. FRANCISCO MANUEL FUSTERO GARCÍA en la Universidad de Huelva, para la obtención de la titulación oficial universitaria de Doctorado, bajo la tutela y dirección de la Prof. Dra. D.ª Manuela Mora Ruiz,
Profesora de Derecho Administrativo

Vº Bº TUTORA/DIRECTORA

Fdo.: Prof. Dra. D.ª Manuela Mora Ruiz

4.1.3. Finalidad: más allá de la legalidad 329
4.2. La inexistente determinación normativa del proceso de Evaluación de Impacto Normativo. El proceso y sus fases atendiendo al tipo de evaluación. La metodología de la decisión pública en el ejercicio de la potestad pública normativa: una novedad en el modelo español 331
4.2.1. El Análisis de Impacto Normativo ex ante 332
4.2.2. La Evaluación de Impacto Normativo ex post 340
4.3. Los principios de buena regulación 350
4.3.1. Introducción 350
4.3.2. Principio de necesidad 356
4.3.3. Principio de eficacia 360
4.3.4. Principio de proporcionalidad 371
4.3.5. Principio de seguridad jurídica 381
4.3.6. Principio de transparencia 399
A) *Introducción* 399
B) *Principio de transparencia normativa en la LPAC* 403
4.3.7. Principio de eficiencia 415
4.4. El Análisis Económico del Derecho en España a través de la reducción de las cargas administrativas como instrumento más relevante 421
4.1.1. Introducción y régimen jurídico 421
4.1.2. Elementos esenciales que conlleva el análisis de las cargas administrativas 427
4.5. La creciente multiplicidad de los impactos como elemento esencial de la evaluación 439
4.5.1. Introducción 439
4.5.2. Impactos 445
A) *Impacto normativo* 445
B) *Impacto económico y presupuestario* 448
C) *Impactos sociales, en especial el de género* 472
D) *Otros impactos* 480
4.6. La nueva instrumentación de la participación ciudadana en España: mero maquillaje jurídico de su tratamiento tradicional 488
4.6.1. La participación ciudadana en España. Aspectos generales 488
4.6.2. La consulta pública 492
A) *Introducción* 492
B) *Instrumentos de consulta pública ciudadana* 497
C) *Instrumentos en el ejercicio de la participación activa ciudadana* 521

CONCLUSIONES 525
BIBLIOGRAFÍA 539

ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOC	Boletín Oficial de Cantabria
BOC	Boletín Oficial de Canarias
BOCG	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOCYL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOD	Boletín Oficial del Ministerio de Defensa
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
C-A	Contencioso-Administrativo
CE	Constitución Española
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOF	Diario Oficial Federal (México)
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña
DOGV	Diario Oficial de la Generalidad Valenciana
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FF DD	Fundamentos de Derechos
FF JJ	Fundamentos Jurídicos
FR	Registro Federal (Estados Unidos)
GU	Gaceta Oficial (Italia)
HR	Cámara de Representantes de los Estados Unidos
JORF	Diario Oficial de la República Francesa
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
MAIN	Memoria del Análisis de Impacto Normativo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribuna Supremo
USC	Código de Estados Unidos

INTRODUCCIÓN

I. El ejercicio de la potestad normativa por parte de los poderes facultados o habilitados al efecto constituye, hoy en día, uno de los ámbitos de intervención de mayor complejidad si se quiere dar satisfacción a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Este Trabajo parte del convencimiento de la necesidad y oportunidad de reconocer la calidad normativa como una política pública que debe apoyarse en instrumentos complejos y dinámicos como el que representa la evaluación de impacto normativo.

Se plantea, así, una investigación en la que analizar los fundamentos y el derecho positivo aplicable a la evaluación de impacto normativo, partiendo de los orígenes en el derecho comparado, (reconociendo como punto de partida el derecho norteamericano, por su influencia en el análisis económico del derecho, para pasar, en un segundo momento, a la consideración de la evolución seguida en el Reino Unido, otros modelos continentales y, finalmente, la Unión Europea). El objetivo fundamental de este análisis es, por otro lado, evidenciar que las políticas regulatorias requieren de instrumentos y enfoques multidisciplinares, por lo que es necesario conocer el contexto social, ideológico y filosófico que se da en el origen de la evaluación de impacto normativo, teniendo en cuenta la sociedad y transformando la realidad jurídica, que debe dar cabida a este otro tipo de consideraciones.

II. Por efecto de lo anterior, se pone de manifiesto la necesaria interrelación del derecho del *Common Law* y el continental europeo, del cual forma parte España, para demostrar, en el ámbito de la calidad normativa, la existencia de una clara influencia de aquel en este. Sin duda, es un enfoque que contribuye a reforzar la idea de la necesaria conexión entre ambos sistemas y que, por el contrario, permite neutralizar posturas inmovilistas fundamentadas en la consideración de dos tipos de sistemas jurídicos estancos.

Se trata de ofrecer elementos de cambio, que deben propiciar una apertura mental en la necesaria implantación de elementos de racionalización de la decisión pública, en la que debe primar la obtención de información y conocimiento de la realidad que se pretende regular, siendo conveniente la interdependencia de los distintos saberes que influyen en dicha realidad.

III. A estos efectos, este Trabajo sigue una estructura con la que responder a los objetivos anteriores, de forma que, partiendo de una exposición de las coordenadas y elementos básicos de la evaluación

de impacto normativo, se evidencia su necesaria relación con la mejora y gobernanza regulatorias, como conceptos marco en el que anclar el instrumento técnico que nos ocupa. Para ello, se proporciona una definición de la evaluación, para entender en qué consiste, se lleva a cabo su diferenciación de distintos elementos, como el documento en el cual se plasma, así como una adecuada identificación de los aspectos característicos de la mencionada evaluación. El estudio de derecho comparado, que se efectúa especialmente en el Capítulo II, proporciona elementos suficientes para realizar propuestas constructivas en torno a la implementación de la evaluación y la construcción de la gobernanza regulatoria. En este sentido, debe destacarse la diferenciación de una primera parte de la Tesis, en la que situar el estado de la cuestión en cuanto al surgimiento de la evaluación de impacto normativo y su juridificación paulatina (Capítulos I y II); y una segunda parte sobre la consolidación de la evaluación en el ordenamiento jurídico español, a fin de poder realizar propuestas sobre un régimen jurídico que, en determinados aspectos, puede considerarse insuficiente (Capítulos III y IV).

IV. Así, se hace referencia a la consideración de la evaluación como proceso de necesario deslinde respecto del procedimiento de elaboración de normas y de elaboración e implementación de políticas públicas, suponiendo algo distinto en su configuración. En este sentido, se hace hincapié en que el objeto de la evaluación no debe ser necesariamente una norma, sino que deben tenerse en cuenta las distintas alternativas y prestar especial atención a los impactos que va a generar dicha evaluación en la realidad concreta, todo ello guiado por los principios de buena regulación, como elementos básicos del proceso y en el cual la participación e institucionalización complementan el ejercicio de la potestad normativa. El Capítulo I se convierte, así, en antesala de lo que luego se desarrollará en la segunda parte de este Trabajo.

Por otro lado, en el Capítulo II se lleva a cabo la puesta en conocimiento de la evolución de la evaluación de impacto normativo, dentro de los contextos de distintos Estados objeto de la comparativa, haciéndose un necesario distingo entre aquellos más relevantes a estos efectos, como son Estados Unidos y Reino Unido dentro del derecho del *Common Law*, y Estados muy cercanos al español en el Derecho comparado, además de una especial consideración de la evolución de la Unión Europea y su influencia sobre los Estados miembros. El análisis de este Capítulo nos permite identificar los conceptos claves para la implantación de una política propia de calidad normativa en nuestro ordenamiento.

Así, se menciona los diferentes hitos del régimen jurídico de cada uno de los Estados y organizaciones supranacionales de importancia en relación con la calidad normativa, desgranando, a

modo de conclusiones, los aspectos más significativos a estos efectos. Además, con esto se resalta la necesaria relación entre ordenamientos y el consecuente avance, especialmente de los Estados que son del área de influencia del derecho positivo español, en la mejora regulatoria.

V. Una vez determinado y desarrollado los elementos esenciales de la evaluación de impacto normativo y la mejora y gobernanza regulatorias, además de la influencia de distintos Estados, el Capítulo III ofrece el contexto y origen en España de la calidad normativa. Este Capítulo parte, así, de la evolución histórica de la calidad normativa, exponiendo brevemente los distintos hitos jurídicos producidos, con la necesaria puesta en valor de su desarrollo en los últimos treinta años. Posteriormente, se procede a poner de manifiesto los elementos que han podido constituir obstáculos en el afianzamiento de la calidad normativa en España, como es la falta de títulos competenciales estatales para llevar a cabo una implantación adecuada de la calidad normativa en un Estado marcadamente descentralizado, en el cual no todas las Comunidades Autónomas han ido a la misma velocidad que el Estado.

Por otro lado, se insiste en el afianzamiento del procedimiento, y su carácter de solemnidad, como medio adecuado para recabar la información necesaria y proporcional para tomar una decisión de calidad. A estos efectos, se resalta el papel de los impactos en la realización de la evaluación, sobre los cuales gravitan el proceso, así como la finalidad de adoptar la mejor decisión pública posible y su constatación a través de la evaluación de impacto normativo retrospectivo. Este planteamiento supone un salto hacia delante de la calidad normativa, desde su carácter meramente formal a uno sustantivo, en el que resulta fundamental la búsqueda de la eficacia funcional del Derecho y del principio de responsabilidad en el ejercicio de las potestades públicas.

Resulta, pues, fundamental la juridificación de aspectos propios de la oportunidad, reduciendo la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades normativas, controlando las llamadas “inmunidades del poder”. En este sentido, el Derecho Administrativo sale reforzado con los instrumentos necesarios de contención para evitar la huida en esa rama del Derecho, como expusiera García de Enterría.

VI. Por último, y como continuación a lo previsto en el Capítulo anterior, el Capítulo IV se focaliza en un análisis de los elementos básicos de la evaluación de impacto normativo desde la perspectiva del Derecho español, tanto de las Comunidades Autónomas, como especialmente de la Administración General del Estado.

A estos efectos, se demuestra cómo la ordenación de la evaluación de impacto normativo afianza

la consideración de proceso de la evaluación, con sus distintas fases, así como con la metodología de decisión pública. Por otro lado, se abordan con una mayor profusión algunas cuestiones que se han tratado con anterioridad, pero que evidencian la centralidad de los principios de buena regulación, las cargas administrativas, los impactos y la participación normativa.

VII. Como se ha dicho, la estructura del Trabajo responde a la metodología seguida que, a través de una comparativa, induce de las distintas experiencias particulares de la política de mejora regulatoria en otros contextos nacionales, para extraer los elementos generales para su adecuada aplicación al Derecho español. Debe insistirse en que el método comparado para el estudio de diferentes regímenes jurídicos en torno a la evaluación de impacto normativo se ha llevado a cabo en un doble plano, esto es, a nivel externo, en el sentido de que se ha acudido a los ordenamientos de otros Estados y de organizaciones, resultando fundamental la influencia de la Unión Europea; y a nivel interno, teniendo en cuenta las iniciativas normativas de las Comunidades Autónomas.

Para esto, se han utilizado distintas fuentes, como son las normativas e instrumentos de derecho blando, así como, también, doctrina, jurisprudencia. Las distintas fuentes proceden, especialmente, de los Estados en los cuales se ha realizado un estudio comparado.

Dentro del ámbito español, junto con lo mencionado, destaca la doctrina del Consejo de Estado, no solo por la especial relevancia del órgano, sino por su función en materia de calidad normativa. Asimismo, se ha añadido la de otros órganos consultivos de importancia a estos efectos, no solo en el ámbito del Derecho comparado nacional, sino internacional, como es el caso del Consejo de Estado francés.

Todo ello ha permitido articular un estudio comparado necesario para llegar a intentar demostrar, de forma apropiada, las bondades de la evaluación de impacto normativo como instrumento para mejorar las decisiones del poder público, a partir de un proceso clave de recopilación y estructuración de la información técnica aplicable al caso en virtud de las circunstancias, que redundará de forma favorable en la ciudadanía en su conjunto, con la consecuente reducción de la discrecionalidad para adoptar comportamientos que genere una conformación de la calidad normativa como una auténtica política pública transversal. En este sentido, se tiene el convencimiento de que la política de calidad normativa tiene capacidad para incidir en las distintas políticas a través de los procesos de evaluación *ex ante* y *ex post* determinados. Se crea, así, un escenario en el que intervienen distintos actores y que debe llevar a la autoridad pública hacia un nuevo paradigma en el ejercicio del poder, en aras de la gobernanza y buena administración.

PRIMERA PARTE: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO I

EJES ESENCIALES DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO

1.1. **La calidad normativa como alternativa a la inercia legislativa y el excesivo intervencionismo público: el contexto general de la Evaluación de Impacto Normativo.**

La calidad normativa se ha adoptado en los últimos tiempos como un mecanismo de respuesta a la desregulación llevada a cabo a finales de los años 70, la década de los años 80 y parte de los 90 del siglo pasado que, a su vez, fue un mecanismo de respuesta a la excesiva regulación generada por países considerablemente intervencionistas en distintas épocas de su historia y que responde, fundamentalmente, al aumento del Estado de Bienestar. En este sentido, la calidad normativa supone regular de forma apropiada, regular en el momento y con el instrumento oportuno, de forma clara, precisa (con una interpretación unívoca de la norma) y de manera simple, y con sujeción al procedimiento y al principio de buena administración. Esto conlleva la exigencia de que las normas que se aprueben sean necesarias, eficaces al objetivo u objetivos a conseguir, eficientes, proporcionales, coherentes, focalizadas en las empresas y la ciudadanía, generando, así, un elevado grado de confianza pública.

Estos distintos avatares u oscilaciones han hecho que la política de calidad normativa, a la que se encuentra ligada la evaluación de impacto normativo, como veremos, intente, en primer lugar, poner remedio a la *Crisis del Estado legislador*[1]*,* entendida en clave de una excesiva regulación, dando lugar a una tercera vía u opción, como punto intermedio entre dicho intervencionismo y las tendencias desreguladoras. Lo llamativo es, sin embargo, que los partidarios de ambas posturas, llevadas al

1 Consiste en la hipertrofia normativa o la excesiva regulación gubernamental que es aprobada con bastante celeridad, aspectos, por otro lado, ampliamente debatidos por la doctrina. Así, véase a A. Ruiz Robledo (1995), «La Delegación Legislativa en las Comisiones Parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, págs. 73-111, (pág. 75), menciona que el término "legislación motorizada", acuñado por Carl Schmitt, "se da en todos los Estados democráticos". Al mismo fenómeno, en 1953 le llamó "legislación incontinente" J. Ortega y Gasset (1983), «Individuo y organización», en *Obras Completas vol. 9*, Madrid: Alianza (pág. 688). Al respecto, dicho autor afirmaba, según cita de E. García de Enterría (1999 a), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cizur Menor: Thomson Civitas (pág. 48), que dicha situación no solo afecta a la seguridad jurídica, sino, también, a la seguridad en general, al afirmar que "la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro haya desaparecido, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro". Todo esto ha generado que, en España, el Consejo de Estado (2000), *Memoria del Consejo de Estado 1999*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 89-91) manifiesta que hay que "poner orden en el ordenamiento jurídico". Esa proliferación normativa puede generar problemas como "regulación atomizada, parcheada y en perpetua reforma" según M. Gascón Abellán (2006), «Calidad de las leyes y técnica legislativa. A propósito del cuestionario previo», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 41-96 (pág. 89), y dificultad en el conocimiento adecuado del derecho vigente, véase F. Marcos Fernández (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudio de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, págs. 333-365 (pág. 335). Pero, no solo debe ser medida, como se ha comentado en la cantidad, sino en el tiempo de elaboración, que degenera en falta de calidad. Así, como manifestación de esto último se puede señalar el "cambio frenético" y las normas a medidas, contingentes, sin estabilidad ni permanencia, según García de Enterría (1999 a: 47-51).

extremo, argumentan en contra de dicha calidad. Así, los que están a favor de la desregulación, la cual llegó a Europa en la década de los años 70 del siglo pasado, procedente de los países anglosajones, encuentran su razón fundamentadora en la necesaria eficiencia del mercado y en la imposibilidad del Estado de prestar asistencia a toda la ciudadanía, siendo los recursos limitados, atendiendo a los supuestos de la realidad, de forma evidente y proporcional. Esta llegada se asimila con la crisis del Estado de Bienestar[2]. Por contra, los Estados más proclives a la intervención pública, están a favor de una regulación excesiva, como crítica a la calidad normativa dando como argumento la asimilación conceptual entre esta y la desregulación, definida como proceso consistente en eliminar la intervención púbica, con una intención de desprestigiar a la propia calidad normativa, ya que, aunque tienen un tronco común, son dos manifestaciones distintas[3].

En mi opinión, hubo una confusión entre el concepto de desregulación con una postura intermedia en la cual debía liberarse controles innecesarios, sin perjuicio de que el mercado necesite ser controlado, aunque sea de forma mínima, para que no se produzcan distorsiones y no enturbien el interés general[4]. Así fue, por ejemplo, en relación con la crisis mundial que tuvo su origen en la crisis del sector financiero debido a la desregulación en el mismo[5].

En este contexto, la calidad normativa es una apuesta, tanto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE)[6] como de la Unión Europea, muy exigentes al

2 Como afirma J. Rodríguez- Arana Muñoz (2015), «Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales», *Revista de Investigación Constitucional*, vol. 2, 2, págs. 31-62 (pág. 50), la "crisis del Estado de bienestar ha venido provocada por fiarlo todo al Estado", debiéndose, por contra, "caer en la cuenta de que el mismo principio de participación, ínsito en la cláusula del Estado democrático, invita a un mayor diálogo entre el Estado y la Sociedad". También, G. Marcilla Córdoba (2005 a), «Desregulación, Estado social y proceso de globalización», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, págs. 239-263 (pág. 241), establece que la desregulación "suele justificarse en razones de eficiencia del mercado", además de "mayor legitimidad de las decisiones públicas, e incluso se sostiene que esta forma de producción normativa constituye una solución al desbordamiento del Estado asistencial, favoreciendo el funcionamiento y la mejor prestación de servicios a los ciudadanos". Afirma E. Donelan (2013), «Progresos y retos en el desarrollo y uso de la evaluación de impacto regulatorio en determinados países de la OCDE y de la Unión Europea», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 161-181), Sevilla: Global Law Press (pág. 164), que la "adopción de la evaluación de impacto regulatorio nació como respuesta a la percepción de que existía una creciente carga normativa", junto con la "preocupación sobre el incremento de la regulación y las presiones inflacionistas que éste generaba".

3 Al respecto, R. Pinilla Pallejà (2008), «Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo», *Papeles 8/2008*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas (pág. 33), sostiene que: "Existe pues el riesgo de que se identifique la EIN como una práctica tecnocrática, sesgada hacia soluciones liberales, y hostil a las instituciones del Estado de bienestar".

4 Marcilla Córdoba (2005 a: 240) establece que desregulación "*no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras limitadas a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado*".

5 Véase, OCDE (2018 a), *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*, París: OCDE Publicaciones (pág. 20) afirma, citando *The Economist*, 7 septiembre 2013, accedido el 10 junio 2020, de https://www.economist.com/schools-brief/2013/09/07/crash-course, donde determina que "las entidades financieras no fueron los únicos culpables", sino, también, los "bancos centrales y otros reguladores también tienen la responsabilidad de manejar mal la crisis, de no controlar los desequilibrios económicos y de no ejercer una supervisión adecuada de las instituciones financieras".

6 La OCDE (2018 a: 25) afirma que la calidad regulatoria (*regulatory quality*) trata de mejorar el rendimiento, la rentabilidad y la calidad legal de las regulaciones y las formalidades administrativas. Dicha noción abarca dos aspectos:

demandar una serie de atributos de la misma: una redacción clara y precisa de las normas (con la utilización de una terminología cercana a la ciudadanía, alejada de tecnicismos, pero depurada, siguiendo las líneas de la técnica legislativa); el establecimiento de mecanismos necesarios para su adecuada aplicación; identificar nítidamente los objetivos a alcanzar; y disponer de los medios necesarios para su aplicación y en la posibilidad de su consecución con los menores costes y distorsiones posibles[7].

Esta nueva manera de elaborar normas que busca la racionalización de la decisión, tanto formal como materialmente[8], supone el empleo de metodologías rigurosas, contrastadas, que posibilite proyectar, en distintos momentos de la decisión pública normativa, todas las opciones posibles, así como evaluar el impacto general de cada una, incluida una valoración de los costes, los beneficios y los riesgos presentes.

Esto constituye un cambio cultural que no tiene vuelta atrás, el cual hay que afrontar con decisión y debe apoyarse en dos factores esenciales: por un lado, un enfoque dinámico, para lo cual es necesario que los servicios y los procedimientos estén constantemente actualizados en una sociedad, como la actual, profundamente cambiante; y, por otro lado, la interconexión con otros países, ya que en un mundo globalizado el gran problema para el desarrollo internacional del sector empresarial, de la actividad económica, es la desproporcionada regulación de los mercados.

Por efecto de lo anterior, definiremos la calidad normativa *(o mejora regulatoria o regulación*

---

en primer lugar, los "procesos", prestando especial atención a los "principios de consulta, transparencia, rendición de cuentas y evidencia", y, en segundo lugar, a los "resultados", en el cual se identifica que las regulaciones deben ser "efectivas, eficientes, coherentes y simples". Esto en la práctica, se materializa, según dicho órgano supranacional, en regulaciones que: a) "sirvan a objetivos de política claramente identificados y sean efectivos para lograrlos"; b) *"*sean claras, simples y prácticas para los destinatarios"; c) *"*tener una sólida base legal y empírica"; d) "tener consistencia con otras regulaciones y políticas"; e) "producir beneficios que justifiquen los costes, considerando la distribución de los efectos en la sociedad y teniendo en cuenta los efectos económicos, ambientales y sociales"; f) implementarse de manera justa, transparente y proporcionada"; g) *"*minimizar los costes y las distorsiones del mercado"; g) "promover la innovación a través de incentivos de mercado y enfoques basados en objetivos" y h) *"*tener compatibilidad, en la medida de lo posible, con los principios de competencia, comercio y facilitación de inversiones a nivel nacional e internacional".

7 Para asegurar la consecución de tales fines, el plan "Legislar mejor" de la Unión Europea, accedido el 6 junio 2021, de https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es, preconizaba el establecimiento e implementación de distintas técnicas como, por ejemplo, la consulta de las partes interesadas, la recopilación y uso de información, la simplificación normativa, la medición del coste económico de la regulación a aprobar, la determinación de diferentes alternativas a la norma proyectada y, en definitiva, la evaluación del impacto de la norma, referido al Programa Legislar Mejor (denominación actual, anteriormente en época de Barroso se le concebía como un Plan, así puede verse el documento El Plan Legislar Mejor de qué se trata).

8 Esto es así, porque la Comunidad lo ha considerado valioso, dentro de una etapa de racionalismo e influencia de posiciones jurídicas y sociales influidas por el Derecho anglosajón que han generado en los últimos años una búsqueda de la racionalización de la decisión pública, haciendo un seguimiento de los instrumentos para hacerlo efectivo, como contraposición a la mala calidad de las normas, pero no solo desde un punto de vista formal (como se ha afrontado desde hace tiempo en España), sino desde un punto de vista material, incardinando y conectando con un elemento considerado ajeno, como es la adopción de una decisión pública.

inteligente) como aquel movimiento público que tiene como objeto regular la sociedad de la forma más adecuada, para lo que el poder público debe basarse en evidencias para resolver los problemas públicos que se plantean o pueden plantearse. Así, Black[9] lo define como un enfoque pragmático, flexible y pluralista de la regulación, y a cuyo servicio se utilizan múltiples técnicas regulatorias, y en la que intervienen una variada gama de actores reguladores para implementar un régimen regulatorio. Se tiende, pues, a hablar de regulación "descentralizada", de "gobernanza colaborativa", de "regulación externalizada", de "atribución de facultades a los participantes", de la búsqueda de instrumentos complementarios o híbridos; de nuevas "secuencias de instrumentos", y de maximizar las oportunidades de llegar a soluciones que beneficien a todos (*win-win solutions*).

La calidad normativa se vincula, además, a un concepto más amplio que es el de calidad[10] y gobernanza públicas, siendo un elemento legitimador de la actuación pública, a la vez que constituye una política pública[11], estrechamente conectada con la preocupación por la eficacia funcional del Derecho[12].

9 J. Black (2007), «Tensions in the Regulatory State», *Public Law*, págs. 58-73.

10 Véase, J. Ponce Solé (2003), «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 89-144 (pág. 93), declara que "el reto de la calidad administrativa afecta también al ejercicio de potestades, como es el caso de la reglamentaria".

11 Ante las dudas que podría generarse a la hora de determinar si la calidad normativa es una metodología o una política, en mi opinión, responde a esta última, identificándose con su consideración en Europa, aun con independencia de la apreciación que se hace en la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015) (en adelante, LPAC), que afirma en su apartado IV, a estos efectos, que los "diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad", el cual "permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas". Dicha consideración responde a la importancia del ejercicio de la potestad regulatoria en los distintos países, y su influencia en la sociedad, como ya hemos visto, no solo en el ámbito económico, sino en los demás, hace que la propia forma de dictar decisiones normativas se haya convertido en un elemento de capital importancia, ya que una mala regulación genera una infinidad de males, por lo cual se ha creído conveniente el adoptar una serie de decisiones ante ese problema, estructurando todo un proceso y corriente política alrededor de la forma en cómo se regula. Esta preocupación patente en países de la Unión Europea ha sido alimentada por parte de esta y de la OCDE (2012 a), *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, París: OCDE Publicaciones (págs. 3 y 4), que recomienda a los países miembros una "política expresa de gobierno completo para la calidad regulatoria". Además, esta política tiene un carácter instrumental respecto de otras, ya que se encuentra a su servicio. A su vez, esta política se engloba en el marco de la calidad de las Administraciones Públicas y en el concepto de gobernanza, para la adopción de una regulación que no debe ser emocional o ideológica, sino racional y evidente. Véase, al respecto, de su consideración instrumental en el ámbito de la Unión Europea, C. de Marcilly y M. Touillon (2015), «The "Better Regulation" programme: expertise over politics?», *European Issue*, 370, Fondation Robert Schuman, accedido el 6 junio 2021, de https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0370-the-better-regulation-programme-expertise-over-politics.

12 Al respecto, S. R. Ackerman (2013), «Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reformas del Derecho?», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 118-159), Sevilla: Global Law Press (pág. 125), afirma que la "evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho, sino en lo que éste hace, consigue o genera". J. B. Auby y T. Perroud (2013), «Introducción», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 11-66), Sevilla: Global Law Press (pág. 14) establecen, también, que la "evaluación de impacto supone en esencia una apuesta por la eficacia funcional del Derecho", para lo cual "invita a centrarse no en las propiedades formales del Derecho, sino en la manera en que éste funciona en el mundo real".

Finalmente, es necesario señalar que la calidad normativa se vale de distintos instrumentos para la consecución de sus objetivos, destacando, especialmente, la evaluación de impacto normativo, junto a la reducción de cargas administrativas, la simplificación normativa[13] y la garantía de efectividad de los derechos de la ciudadanía[14]. De esta forma, el objeto fundamental de nuestro estudio será la evaluación de impacto normativo, pero habrá de conectarse con estos otros instrumentos, por su estrecha vinculación con la herramienta que nos ocupa, y el papel que les corresponde en su regulación y aplicación.

1.2. **Concepto de Evaluación de Impacto Normativo: coordenadas del estudio. Tipos de evaluación.**

1.2.1. *Definición y características de la Evaluación de Impacto Normativo.*

No existe una definición unívoca de la evaluación de impacto normativo, aunque de las distintas definiciones dadas por las instituciones públicas o por la doctrina, se resaltan unos aspectos u otros atendiendo al lugar y tiempo en el cual se llevan a cabo. Así, podemos diferenciar aquellas establecidas en una norma, como es el caso de Italia (como ya veremos en el Capítulo II) o en documentos de *soft-law,* como en España (Capítulo IV) y organizaciones como la OCDE y la Unión Europea. En lo que aquí interesa, la Unión Europea ha concebido, a partir del llamado Informe Mandelkern[15], la evaluación de impacto normativo como "un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una, debiendo una evaluación de impacto normativo positiva considerar todas las clases de impactos". La OCDE (2004 a: 4), por su parte, también la define como una evaluación sistemática, que aborda analíticamente todos los aspectos importantes de un objeto (ya sea políticos, regulaciones, organizaciones, funciones, programas, leyes, proyectos, etc.) y su valor, con el propósito de buscar la fiabilidad y la facilidad del uso de sus

13 La hipertrofia normativa supone una merma de la calidad legal, que tiene como consecuencia más inmediata el coste económico que conlleva su elaboración, aparte de otros como, por ejemplo, la falta de identificación de normas, el solapamiento de instituciones, obligaciones y derechos, sin perjuicio de otras consecuencias que obstan al principio de seguridad jurídica y que crean más costes económicos en la sociedad.

14 Marcos Fernández (2009: 335 y 336) responde a la preocupación de "velar por la calidad sustantiva de las normas" que es reciente, ya que la preocupación formal de las normas ha sido un marco objeto de estudio por la Técnica Legislativa y cuya preocupación es antigua. Respecto a la calidad sustantiva de las normas afirma que hay que remitirse a "los años ochenta del siglo XX y tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, ya con anterioridad se había subrayado en Alemania la importancia de un control de la efectividad y viabilidad de las normas".

15 Al respecto, en dicho sentido aseveran Auby y Perroud (2013: 46) que "la evaluación de impacto regulatorio se ha convertido en parte de una reforma más amplia acerca de la realización de las políticas públicas que se conoce con el nombre «legislar mejor»".

conclusiones. En todo caso, dicha evaluación debe tender a la consecución de la relevancia, la eficacia, la eficiencia y la utilidad de su acción y la decisión política.

Dentro de la doctrina, se puede señalar la definición de Kirkpatrick y Parker[16], que inciden, más o menos, en las definiciones anteriormente mencionadas, resaltando que es un método de análisis al servicio de aquellos que llevan a cabo las políticas públicas, en cualquiera de sus fases, determinando las consecuencias y efectos de una propuesta normativa, para, en definitiva, la mejora del sistema regulatorio. También, se puede señalar la realizada por Radaelli y De Franceso[17], quienes inciden, especialmente, en el carácter obligatorio y sistemático de la evaluación de la legislación sobre los sujetos interesados, así como indicando dos aspectos especiales de la realidad como son el medio ambiente y el ámbito económico. Así, la evaluación constituye "una estimación sistemática y obligatoria de cómo la legislación primaria o secundaria puede afectar a ciertas categorías de interesados, a los sectores económicos, y al medio ambiente".

De las distintas definiciones expuestas se pueden extraer una serie de elementos o características identificativas de lo que es la evaluación de impacto normativo, destacando las siguientes: Primeramente, dicha evaluación supone un método por el cual se establece un esquema lógico-técnico para llevar a cabo la racionalización de la decisión pública.

En segundo lugar, es un mecanismo o instrumento dentro de un elemento superior, del cual forma parte, como es la política de calidad normativa ya mencionada. Pero no solo esto, sino como afirma Donelan[18] es un instrumento que refuerza la idea "de la necesidad de mejorar la gobernanza y la calidad de la elaboración de las políticas y del Derecho, que ha prendido en los países

16 C. Kirkpatrick y D. Parker (2007), «Regulatory impact assessment: an overview», en C. Kirkpatrick y D. Parker, *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 1-16), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar, citado por Auby y Perroud (2013: 21), lo define como "método para analizar las políticas públicas", el cual "tiene por objeto asesorar a los que han de realizar las políticas públicas, tanto en el diseño, como en la implementación y en la monitorización o supervisión de las mejoras de los sistemas regulatorios", para lo cual "la evaluación proporciona una metodología que sea capaz de determinar las probables consecuencias o efectos de una propuesta normativa".

17 C. M. Radaelli y F. De Francesco (2010), «Regulatory Impact Assessment», en R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation* (págs. 279-301), Oxford: Oxford University Press. Según dichos autores: "Sistemática significa coherente y no episódica o aleatoria. Obligatoria se refiere a que no es una actividad voluntaria", en consecuencia, "la evaluación de impacto regulatorio se traduce en un procedimiento administrativo especial, generalmente utilizado en la fase preliminar de diseño, esto es, en la fase de examen y control de una determinada iniciativa legislativa", siendo "los efectos previsibles objeto del análisis" aquellos que "pueden cubrir toda una variedad de índices y elementos", poniendo como ejemplos "las cargas administrativas que se impongan, los costes básicos derivados del cumplimiento de la nueva normativa, así como otros tipos más complejos de costes y beneficios, incluyendo los beneficios medioambientales, los efectos redistributivos y el impacto en el comercio". Pero, dichos autores no solo hacen referencia a sus efectos externos, sino internos al afirmar que la "evaluación de impacto regulatorio también puede utilizarse para evaluar los efectos que los proyectos normativos pueden tener sobre la Administración Pública (...) y a todos los niveles de gobierno, también regionales o locales". Por último, mencionan su utilización prospectiva y retrospectiva.

18 Donelan (2013: 180).

miembros de las OCDE y de la UE y en el seno de las mismas instituciones de la UE".

En tercer término, la evaluación de impacto normativo no solo tiene la consideración de un instrumento de la *better regulation,* entendido esta como política pública que tiene como finalidad un avance en la producción regulatoria para alcanzar niveles óptimos de calidad, sino, también, es un proceso, como establece el Reino Unido al determinar que dicha evaluación es, a la vez, un proceso continuo y una herramienta[19].

Además, dicho instrumento puede estar o no determinado normativamente en cuanto a su exigencia. Dicha determinación puede realizarse en distintas normas jurídicas: mientras que Francia opta por prever la evaluación al máximo nivel de su ordenamiento jurídico, a través de la Constitución, países como España se limitan a la regulación mediante legislación ordinaria.

Junto a ello, en la mayoría de los supuestos a los que me referiré, la evaluación de impacto normativo es de carácter preceptivo (Francia e Italia, por ejemplo). En todo caso, su realización debe tener un carácter sustantivo y no meramente formal o rutinario, aunque siempre teniendo en cuenta su carácter instrumental, ya que tiene como finalidad la satisfacción del interés general, dando respuesta a los problemas y necesidades demandadas por el conjunto de la ciudadanía e identificadas por el poder público, aunando tanto los intereses públicos como privados[20]. La calidad normativa, y la evaluación de impacto normativo establecen una nueva forma de concretar lo que debe ser considerado de interés general, de forma que su determinación no obedece a una decisión azarosa o improvisada de las autoridades gubernamentales y legisladores[21].

La cuestión es, además, particularmente compleja en los Estados descentralizados, en los que es necesario concretar el grado de participación de los entes públicos territoriales y la incidencia para los mismos, siendo imprescindible acudir a mecanismos de colaboración (es el caso de Italia a través de Conferencias) o a través de regulaciones estatales que les sean de aplicación (como es el caso de España, como veremos en el Capítulo III), por lo que puede considerarse un instrumento con capacidad para evitar la generación de disfunciones en el sistema aplicable.

19 United Kingdom Government (Department for Business Innovation & Skills) (2010), *Impact Assessment Guidance* (pág. 2), accedido el 23 abril 2020, de https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http:/www.web.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/10-898-impact-assessment-guidance.pdf. También, se recoge así en el ámbito subnacional español en la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente en lo establecido por la Consejería de Justicia y Administración Pública (2010), *Manual de Simplificación Administrativa y Agilización de Trámites de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía (pág. 54).

20 Véase Auby y Perroud (2013: 27 y 28).

21 Esto debe vincularse con la motivación de la norma, ya que la norma no es un fin en sí mismo, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos y estos tienen como finalidad hacer frente a un problema social.

De otro lado, la evaluación de impacto normativo tiene un carácter multidisciplinar (dentro del contexto de la eficacia funcional del Derecho), al afectar a distintos aspectos de la realidad, para lo cual será necesario que se facilite una decisión pública basada en un conocimiento lo más amplio y abierto posible, lo que precisa que se aporten conocimientos propios de distintas ciencias, más allá de un estudio meramente jurídico de la norma (como se realiza en el procedimiento de elaboración de normas), adoptando una visión desde otros puntos de vista como la sociología, economía, filosofía, estadística, política, etc. No obstante, el carácter multidisciplinar de dicha evaluación debe hacerse de forma adecuada, en un ejercicio apropiado de coordinación e integración, ya que como indica Atienza Rodríguez[22], en caso contrario, podría generar "la simple apelación a esquemas vagamente interdisciplinares".

Por efecto de todo lo expuesto, se puede definir la evaluación de impacto normativo como un instrumento al servicio de la política pública de calidad normativa, el más importante de ellos, que tiene como objeto señalar o hacer valer, mediante la utilización de la ciencia y en virtud de la evidencia, una determinada propuesta de decisión pública como la más acertada para la consecución de un objetivo determinado ante un problema o necesidad pública concreta, que actualmente adopta la forma de norma, desde su diseño, aprobación, ejecución e implementación. Dicha propuesta se basa en un análisis de las distintas alternativas, recopilando información sobre el problema público o la necesidad a resolver, en virtud de una metodología adecuada, estudiando los impactos que producen las mismas en la sociedad, y siendo, en definitiva, un instrumento que atiende a la satisfacción del interés general como finalidad última, dando respuesta a los problemas y necesidades demandadas por el conjunto de la ciudadanía.

La evaluación de impacto normativo, además, según Pinilla Pallejà[23] "es una herramienta efectiva para el diseño moderno de políticas basadas en la evidencia que proporciona un marco estructurado para manejar los problemas políticos". En virtud de este proceso se legitima la adopción de decisiones, la cual tendrá una motivación no solo legal sino científica, además del respaldo ciudadano que ha participado en el proceso, ya que ven dicha decisión como propia y se hace transparente la propia actuación de la política pública en cuestión. Igualmente, según Radaelli y De Francesco, la evaluación proporciona una excelente prueba para las teorías de control político

22 M. Atienza Rodríguez (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas (págs. 24 y 25), quien establece que "en el análisis del fenómeno de la legislación no están solamente implicadas las disciplinas jurídicas de corte más o menos tradicional (a la dogmática jurídica, habría que añadir, obviamente, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho)", sino "también conocimientos de tipo formal (como la lógica o la informática), prácticamente todas las disciplinas humanas y sociales (de manera destacada, las ciencias del lenguaje y la sociología) y la propia filosofía".
23 Pinilla Pallejà (2008: 14).

de la burocracia, siendo dicha evaluación una especie de "meta-regulación", configurándose como una técnica para orientar la toma de acción normativa del Estado.

En definitiva, este instrumento supone un elemento que coadyuva en el ejercicio adecuado de una de las potestades de mayor importancia que tiene el poder ejecutivo y legislativo como es la potestad normativa, ya que las normas jurídicas son la plasmación más común y poderosa del ejercicio de las políticas públicas, ordenando acciones y actuaciones de dichas políticas. La conexión de este instrumento con dichas políticas es indiscutible, al reconocerse como una herramienta para su diseño inteligente, ya que las decisiones de la clase política deben basarse en el conocimiento y no debe ser sustentada únicamente por cuestiones ideológicas, facilitando el control de la discrecionalidad, dada la conexión con el interés general, puesto que se trata de un instrumento que refuerza el acierto en la adopción de decisiones públicas, al analizar todas las opciones y responder a un esquema lógico-técnico, objetivo y racional, añadiendo, además, un aspecto legitimador a dichas decisiones al basarse dicho instrumento en el conocimiento, en la consulta y participación, así como en la transparencia, y permitiendo, en consecuencia, la rendición de cuentas de dichas decisiones con el consiguiente ejercicio debido de responsabilidad al respecto. Todo esto ha convertido a los estudios de impacto regulatorio (y la realización de la correspondiente evaluación) en pieza angular del esquema de elaboración de normas jurídicas en Europa y parte del resto del mundo, y, por extensión, en la elaboración de las políticas públicas.

1.2.2. *La necesaria ampliación de su objeto. Razones y fin último de su realización*.

El objeto de la evaluación de impacto normativo, atendiendo a su denominación, viene referido al asunto o cuestión que es susceptible de un proceso de evaluación o análisis. Así, en virtud de sus distintas denominaciones, puede venir referida a una norma o regulación, y, en menor medida, a las decisiones públicas en general. Respecto de su proyección en el derecho positivo, España conecta la evaluación con el primer objeto señalado: baste pensar en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (*BOE* núm. 276, de 14 de noviembre de 2017), como se verá en los Capítulos III y IV. En contraposición, otros países hacen referencia a la palabra regulación, como es el caso de Italia (análisis de impacto de la regulación, *Analisi d'impatto della regolamentazione*, que se le conoce con sus siglas AIR) y Estados Unidos (análisis de impacto regulatorio, *Regulatory Impact Assessment*, con las siglas "RIA"), si bien, en este último país con una significación diferente.

En el origen anglosajón del instrumento, el objeto de evaluación del que procede su denominación se refiere al término *regulation*[24], abarcando un concepto más amplio que el de elaboración de normas o *rule-making*[25]. De hecho, este concepto de regulación que se utiliza especialmente en el derecho anglosajón no tiene una correspondencia directa con el término regulación que se utiliza en los países del Derecho continental europeo, como puede ser España[26], siendo un concepto más amplio que el referido a las normas jurídicas.

Así las cosas, en Estados Unidos el término *regulation* es empleado tanto para referirse a la intervención administrativa sobre servicios de interés general de titularidad privada (*public utilities*) desarrollada mediante las comisiones reguladoras independientes (*independent regulatory commissions*), como en relación con la misma intervención en búsqueda de objetivos sociales (*social regulation*). En ambos casos, la regulación tiene un sentido amplio, que incluye la elaboración de reglamentos, pero va más allá, abarcando, también, actividades como la inspección

24 I. del Guayo Castiella (2017 a), *Regulación*, Madrid: Marcial Pons (págs. 25 y 26), determina que en los países anglosajones existe una identificación del término *regulation* con una regulación económica, al afirmar que "en el último cuarto del siglo xx y primeros años del siglo xxi", concretamente en "el ámbito jurídico anglo-norteamericano, el auge de la *regulation* y de los estudios a su alrededor coincidió con el replanteamiento de las relaciones entre las actividades económicas y el poder público". Desde la época postkeynesiana, para dicho autor, existía un convencimiento "de que el poder público debe ser un regulador". En términos parecidos, véase a S. Muñoz Machado (2015 d), «La actividad regulatoria de la Administración», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, *Tomo XIV,* Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 25), establece que esto se produce por el cambio del rol estatal "de ser prestador y asegurador del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewahrlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas", entendiendo "la función de regulación", más allá de dictar normas, incluyendo "todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores", en todo aquello que sea "compatible con las exigencias del interés general". También, véase J. Esteve Pardo (2015), «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, 197, págs. 11-39.

25 Denominación que se otorga en Estados Unidos a la potestad reglamentaria de sus administraciones, según A. J. Alonso Timón (1998), *Los ámbitos de la potestad reglamentaria independiente tras la promulgación de la Constitución Española de 1978*, tesis Universidad Complutense de Madrid (pág. 118). En mi opinión, consiste en el proceso que utilizan las agencias federales para hacer nuevas regulaciones. Así, Congressional Research Service (2013), *The Federal Rulemaking Process: An Overview*, accedido el 6 abril 2020, de https://fas.org/sgp/crs/misc/RL32240.pdf (pág. 1) establece que los procedimientos que las agencias federales deben seguir por escrito son el llamado *rulemaking process*. También, más concretamente, I. Revuelta Pérez (2014), «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 193, págs. 83-126 (pág. 114), señala que la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*) establece "dos procedimientos reglamentarios diferentes que, además, sujeta a dos sistemas de control judicial distintos", uno es el "procedimiento habitual es el informal notice and comment", el otro es "el más formalizado formal rulemaking", el cual "se ha abandonado", produciéndose una constante aproximación, según dicha autora, "al igual que los parámetros de control judicial".

26 Del Guayo Castiella (2017 a: 53 y 54) afirma que este concepto tiene una traslación "a través del Derecho de la Unión Europea", que coincide el uso de esta expresión "con una cierta recepción de las tendencias reformistas angloamericanas", adoptando los países de la Europa continental con un Derecho distinto que el anglosajón la "regulación económica como alternativa en sí misma" respecto de "los instrumentos reguladores tradicionales". Así, la utilización terminológica de la palabra *regulation* es distinta en el Reino Unido con respecto a los países del Derecho continental europeo, ya que en el primero es más amplio, abarcando "tres significados distintos (función pública, norma gubernamental y norma europea), en los otros "existen dos o más tres palabras para referirse a esos tres significados". Muñoz Machado (2015 d: 26) indica que la función de la regulación puede utilizarse en dos sentidos: uno amplio "comprensiva de la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad", u otro limitado en relación con "la ordenación y garantía de los derechos económicos y sociales".

o la concesión de licencias, por ejemplo[27]. A los efectos de la evaluación de impacto normativo, según la Orden Ejecutiva 12866, secc. 3, letra d) y e)[28] y la Circular A-4 se entiende por *regulation* o *rule* el comunicado de aplicación general y con efecto futuro de una agencia, en el cual esta pretende tener la fuerza y el efecto de la ley, diseñada para implementar, interpretar o prescribir la ley o la política o describir el procedimiento o los requerimientos prácticos de una agencia[29]. Pero, dentro del concepto de *regulation* o *rule* que determina la mencionada Orden, que es elaborada por las agencias, es únicamente susceptible de análisis de impacto regulatorio lo denominado por la Orden como acción regulatoria significativa (*Significant regulatory action* o como lo denomina la Circular A-4 económicamente significativa o *economically significant*), la cual debe reunir alguno de los requisitos establecidos a dichos efectos[30]. Hay que reseñar que se excluye de la revisión o examen de impacto en dicha Orden y Circular tanto las leyes promulgadas en el Congreso, como un número importante de los estatutos regulatorios (*regulatory statutes*), sin perjuicio de tener en cuenta las prohibiciones o restricciones de algunas de ellas en utilizar cualquier uso del análisis económico en el proceso de regulación en virtud de la materia a afectar, especialmente en las áreas de medio ambiente y seguridad en el trabajo[31]. Además, la Orden

27 Ponce Solé (2003: 95 y 96).

28 58 *FR* 51735, 4 de octubre de 1993, accedido el 21 junio 2021, de https://www.archives.gov/files/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf.

29 Sin embargo, no incluye: en primer lugar, las regulaciones o reglas expedidas de conformidad con las provisiones del procedimiento formal establecidas en el Código de Estados Unidos en su título 5 "Procedimiento Administrativo", capítulo V, subcapítulo II previstas en los n.º 556 y 557 (denominados, respectivamente, *"Hearings; presiding employees; powers and duties; burden of proof; evidence; record as basis of decision" e "Initial decisions; conclusiveness; review by agency; submissions by parties; contents of decisions; record"*). En segundo lugar, las regulaciones o reglas que pertenecen a los asuntos militares o extranjeros de los Estados Unidos, aparte de las regulaciones de contratación pública y otras regulaciones involucradas en la importación o exportación de artículos y servicios que no son de defensa. En tercer lugar, las regulaciones o reglas que se limitan a la organización, gestión y aspectos de personal de la agencia y, por último, cualquier otra categoría de regulaciones exceptuadas por el Administrador de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA*).

30 Se define en la sección 3 (f) de la Orden Ejecutiva n.º 12866, haciendo referencia, en primer lugar, a que "tenga un efecto anual sobre la economía de 100 millones o más de dólares", o, en su caso aquellas que afecten, "negativamente de manera sustancial" a determinados ámbitos: "a la economía, a un sector de la economía, a la productividad, a la competencia, al empleo, al medio ambiente, a la salud pública o a la seguridad, o a los Gobiernos de los Estados, órganos locales o comunidades tribales". Este límite de 100 millones incluye beneficios, costes o transferencias (debe ser 100 millones en beneficios o en costes o en transferencias, no la suma de dos o tres de las variables, sino se refiere a una de las tres variables indistintamente). Además, el límite de dicha cuantía es idéntico al límite económico para determinar si una regla es mayor (*major*) bajo la Ley del Avance del Contrato con América (*Contract with America Advancement Act*, Pub. L. 104-121, 110 Stat. 848; March 29, 1996; H.R. 3136), concretamente en la *congressional review* (capítulo 8 de la Ley o Ley de Revisión del Congreso o *Congressional Review Act*), que faculta al Congreso para revisar, por medio de un proceso legislativo acelerado, las nuevas regulaciones federales emitidas por agencias gubernamentales y, con la aprobación de una resolución conjunta, invalidar una regulación. Podríamos entender que afecta de manera sustancial a la economía cuando, por ejemplo, se produce un cambio significativo en los costes establecidos que decaen en los años siguientes, y que esto pudiese afectar al empleo. Segundo, crear una inconsistencia grave o interfiere con una acción adoptada o prevista por otra agencia. Tercero, alterar materialmente el impacto presupuestario de las prestaciones, subsidios, tarifas a los usuarios o programas de préstamos o a los derechos y obligaciones de los beneficiarios de los mismos. Y, cuarto plantear cuestiones jurídicas o políticas de carácter novedoso que resulten de los mandatos legales, de las Prioridades del Presidente o de los principios establecidos en la Orden Ejecutiva 12866.

31 Así, es de señalar dos decisiones conexas de la Corte Suprema de Justicia *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute* (1980) y *American Textile Manufacturers Institute v. Donovan* (1981) para socavar el papel del análisis coste-beneficio en el desarrollo de la regulación de la Agencia de Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (*Occupational Safety and Health Administration, OSHA*).

Ejecutiva no afectó a las agencias reguladoras independientes (*independent regulatory agencies*)[32], que verdaderamente son las grandes agencias de regulación, siendo el instrumento adecuado al respecto el Estatuto y no una Orden Ejecutiva.

Por su parte, en el Reino Unido, a partir de 2007, son objeto de evaluación de impacto normativo *ex ante* las leyes y principales regulaciones subordinadas que tengan un apreciable impacto en los negocios, organizaciones benéficas y el sector voluntario.

Después, el término regulación es adoptado por los Estados europeos en un momento en el cual en el viejo continente hay un auge del movimiento liberalizador y privatizador del mercado y del sector público, impulsado por la Unión Europea y por la OCDE. Al respecto, la OCDE[33] define la regulación como un amplio rango de instrumentos por los cuales un Gobierno establece condicionantes en el comportamiento de la ciudadanía, empresas y mismo Gobierno, incluyendo "leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación". Pero el término regulación, con dicha significación, en los términos importados de los países anglosajones, precisa un cierto ajuste en el ámbito de los países europeos que tienen una tradición jurídica continental. En virtud de esto, los países de dicha tradición han optado porque el análisis o evaluación de impacto se lleve a cabo sobre las normas jurídicas, sin establecer restricciones respecto de aquellas normas que puedan tener una mayor relevancia en la ciudadanía y las empresas, como ya veremos en los siguientes Capítulos.

No obstante, si atendemos a la propia esencia de la institución, y siendo cierto que la mayoría de los supuestos de decisiones públicas adoptarán la forma de norma jurídica, puede darse el caso que no sea así. En tal sentido, considero que el objeto de evaluación debería ser más amplio y referirse a toda decisión pública, y ello por distintas razones, a saber: en primer lugar, porque si fuese así en las evaluaciones de impacto normativo *ex ante* o prospectivas sería contrario a la propia evidencia y a la realidad de los hechos, socavando la legitimidad racional del instrumento, siguiendo con una cultura tradicional en la cual existe una arquitectura normativa que tiene un

32 Ya que excluye del término agencia (*agency*) a los efectos de la mencionada Orden, según su Sec. 3 (b). Actualmente, las agencias reguladoras independientes se determinan en el 44 USC 3502 (5) refiriéndose a aquellas agencias designadas a través de un estatuto (*statute*) como agencia o comisión reguladora independiente federal. Por ejemplo, la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission*) y la Comisión Federal Regulatoria de la Energía (*Federal Energy Regulatory Commission*).

33 Afirma la OCDE (2012 a: 21) que "la definición de regulación es muy amplia; abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas".

marcado carácter justificativo de una decisión ya dada, en vez de construir el análisis o evaluación de impacto normativo como un instrumento en el cual el procedimiento de elaboración de normas determina la decisión.

En segundo lugar, si el objeto de análisis o evaluación es una norma, estamos predeterminando la solución, y no tendríamos en cuenta otras alternativas, lo que, por otro lado, intenta combatir la política de calidad normativa, a fin de evitar o neutralizar una situación de hipertrofia normativa[34] y, por ende, la utilización impulsiva de las normas como soluciones a los problemas sociales.

Y, en tercer lugar, la decisión pública permite una adecuada conexión del proceso de evaluación con el de políticas públicas, deviniendo en una adecuada racionalización de las decisiones, de forma que, siendo esta un instrumento que facilita su adopción, no la sustituye. Para llevar a cabo dicha labor, la evaluación estructura la información necesaria, realiza un estudio de las posibles consecuencias en la sociedad de las opciones que puede disponer quien vaya a adoptar una determinada solución a la hora de resolver un problema. Al respecto, dicha evaluación indicará la necesidad o no de la intervención pública y el cómo alcanzar las metas de las distintas políticas públicas. Es, en consecuencia, realizando el proceso de evaluación cuando se concreta la decisión pública a adoptar ante un determinado problema o necesidad. En su virtud, se puede establecer, por ejemplo, que la forma de terminación sea una norma, otro instrumento de intervención pública o el no hacer nada.

No obstante lo anterior, cierto es que la forma de terminación normal ha sido la norma jurídica, pero esto, que ha sido así especialmente en nuestro país, no es la solución idónea predeterminada para todos los supuestos, debiéndose atender a las circunstancias de la propia evaluación[35], teniendo en cuenta que la regulación es un instrumento que afecta a la esfera de libertad de la ciudadanía y que, en virtud del principio de proporcionalidad, el poder público debe atender a las necesidades públicas, a través de los medios imprescindibles para lograr el fin, de forma racional y proporcionada.

Por efecto de lo anterior, debe insistirse en que el objeto o centro de toda evaluación o análisis de impacto normativo ha de ser una decisión pública y que esta se llevará a cabo en el marco del ejercicio de una política pública, pudiendo plasmarse o no, en virtud de las circunstancias, en una

34 Véase V. Zapatero Gómez (2009), *El arte de legislar*, Cizur Menor: Aranzadi (págs. 35-40).
35 Así se señala OCDE (1995), *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation* [C(95)21/FINAL], París: OCDE Publicaciones, que se hará uso de la normativa en el supuesto de que sea necesario para la consecución los objetivos de la política pública.

norma jurídica.

Otra cuestión distinta, aunque relacionada con lo mencionado, es que para una adecuada implementación de la evaluación, debe hacerse un cribado o selección en su objeto atendiendo a criterios de relevancia, especialmente en sus inicios, (en particular, un ámbito objetivo material predeterminado, concretamente aquel en cuya normativa genera una mayor disfunción a la ciudadanía y empresas como, pueden ser, por ejemplo, el que establezca mayores cargas administrativas o el que necesita una mayor simplificación). Así, la Unión Europea optó, en un primer momento, por una ponderación de relevancia de la aplicación de la evaluación de impacto normativo a las principales iniciativas políticas y legislativas, que se basaban fundamentalmente en las normas de las materias que generaban mayores cargas al ciudadano y a las empresas (por ejemplo, en materia fiscal y derecho de sociedades). Así las cosas, por parte de la Unión en su Plan de Acción para Legislar Mejor, concretamente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo -Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea [COM/2005/97 final], se estableció que las iniciativas legislativas establecidas en su programa legislativo y de trabajo de 2005 serían objeto de una evaluación de impacto integrada abarcando las propuestas legislativas clave y las principales propuestas transversales de definición política, no legislativas. Todo lo anterior, en virtud de las respectivas hojas de rutas (*road maps*) para indicar las principales áreas que deberían evaluarse. Junto a esto, otro argumento a favor de lo mencionado es que una aplicación ambiciosa referida a la totalidad de los ámbitos materiales para adoptar una decisión pública podría ser contraproducente para la propia calidad normativa, ya que generaría riesgos de falta de realización por la falta de conocimiento y de pericia en la labor de aplicación de la evaluación, suponiendo una serie de elementos obstativos a su implantación y consolidación, deslegitimándolo públicamente. Esto no quiere decir que se aparque la idea de que la *better regulation* y/o el análisis o evaluación de impacto normativo debe adoptarse un planteamiento integral, incluyéndose a las políticas, instituciones y herramientas, ya sean para cualquier Administración y gobierno y sector, con la necesaria integración del legislador para garantizar la calidad de las normas, aunque sí postergarlo a un momento en el cual esté perfeccionado el mismo.

En consecuencia, el objeto de la evaluación de impacto normativo es el problema o necesidad en sí que, jurídicamente, incidirá en uno o varios ámbitos materiales, debiéndose valorar distintos instrumentos jurídicos para dicha solución, a través de un proceso racional, y que en sus inicios debería ser de carácter ponderado y, posteriormente, llevarse a cabo de forma integral.

Además, el análisis o evaluación de impacto normativo, como ya he comentado supone un elemento de la calidad normativa que, a su vez, se entrecruza con otros instrumentos de importancia como son la participación pública y la transparencia que contribuyen a un modelo de gobernanza diferente. Junto a esto, debe reseñarse el carácter multidisciplinar de dicho análisis o evaluación, en el cual se compendian distintos elementos de las ciencias sociales, de forma que estas y sus subelementos están al servicio de la ciudadanía como instrumentos para la consecución y satisfacción de sus intereses y necesidades, de forma que el mencionado análisis o evaluación, y, por extensión, la calidad normativa, no puede ser, en ningún caso, un fin en sí mismo[36], sino un instrumento al servicio de la ciudadanía y de sus problemas o necesidades, y ello sin perjuicio de una cierta prevalencia del carácter jurídico del instrumento que nos ocupa. Así, deben destacarse las razones positivas que avalan la evaluación, y, en primer lugar, el hecho de que con dicha evaluación se consigue la utilización de los resultados obtenidos en la misma para la mejora de cualquier documento que plasme una intervención pública. Se trata, como señala Posner[37], de un instrumento que proporciona información sistemática a los responsables de elaborar las políticas, ya que, mediante la evaluación de impacto normativo, se hace una previsión y se comprueba que, mediante la norma, se conseguirán los objetivos establecidos para resolver un problema, intentando ser eficaz y eficiente, para lo cual se tendrá en cuenta los impactos que se han planteado[38].

De otra parte, debe insistirse en la vinculación de la evaluación de impacto normativo con la calidad normativa: la *better regulation* reafirma que las normas deben ser de calidad y establece los parámetros para que adquieran dicha excelencia (criterios o indicadores), constituyendo una suerte de mandato dirigido a quienes elaboran, aprueban y aplican las normas.

El problema entonces se sitúa en la concepción misma de la calidad normativa, para la que no

36 Véase R. Von Ihering, *El fin en el derecho, la voluntad en la posesión y la jurisprudencia en broma y en serio*, citado por A. Hernández Gil (1988 b), *Metodología de la Ciencia del Derecho, Tomo V*, Madrid: Espasa Calpe (pág. 22), quien afirma que el fin es el "motor central de las ciencias morales" y que hay que "inquirir los motivos prácticos de las instituciones jurídicas, el fin a que tienden, las necesidades que satisfacen". En consecuencia, dicho autor niega que "las instituciones jurídicas sean abstracciones lógico-formales, y afirma que aparecen inquebrantablemente ligadas a la vida y determinadas por ella".

37 E. A. Posner (2001), «Controlling Agencies with Cost-Benefit-Analysis: A Positive Political Theory Perspective», *University of Chicago Law Review*, 68, págs. 1137-1199.

38 Al respecto, se trata de llevar a cabo una evaluación o medición de los impactos de la normativa en el mundo real. Dichos impactos, como veremos más adelante en este Capítulo, pueden ser de distintos tipos (por ejemplo, económicos, sociales y medioambientales), para lo cual su determinación dependerá de distintas variables como: la necesidad de la política y las características de la norma, los sujetos destinatarios, el coste económico, etc. Por esto, la evaluación de impacto normativo consiste en un análisis de las posibilidades de las decisiones públicas para que tengan en cuenta los distintos impactos que pueden producir o produzcan en la sociedad. Al respecto, asegura Ackerman (2013: 120) que la "función básica y fundamental de la evaluación de impacto" reside "en realizar políticas públicas que sean capaces de generar beneficios netos, al mismo tiempo que mejoren el control y rendición de cuentas de los poderes públicos e incorporen en el proceso otros valores relevantes".

existe una definición unívoca[39]. Dependerá de la concepción de calidad de quienes intervienen en la vida de un problema público (quienes lo analizan, los que toman las decisiones, los directamente afectados y el público en general), siendo la percepción de cada uno diferente, aunque debe responder a una serie de elementos comunes, los cuales deben ser conocidos por todos y asimilados. Como afirma Florijn[40], por ejemplo, el sector empresarial demandará menos cargas administrativas y una simplificación normativa, el sector afectado directamente que se solucione el problema, el sector no afectado que no le suponga un menoscabo en su situación, el poder público en acertar con la solución y que la ciudadanía lo acepte y cumpla. Sin perjuicio de esta consideración, la calidad normativa pretende establecer un proceso de decisión, basarlo en la información, tener en cuenta los puntos de vista de los afectados y, en general, de la ciudadanía, así como considerar sus consecuencias y efectos y revisar sus acciones para poder mejorar la decisión. Por contra, autores como Ponce Solé[41], tomando como referencia a Bobbio, definen la calidad normativa en base a tres atributos independientes: la justicia, la validez y la eficacia de las normas jurídicas, asimilando cada uno de ellos a las "grandes áreas de reflexión del derecho", esto es, la teoría de la justicia, la teoría general del derecho y la sociología jurídica.

En todo caso, debemos partir de una serie de criterios o estándares para poder medir dicha calidad. Al respecto Ponce Solé[42] aplicando los dos últimos atributos mencionados afirma que "la calidad de las decisiones normativas tiene al menos tres aspectos a considerar: el formal, el procedimental y el material".

Pero esto no es una cuestión nueva en Europa, así si nos remontamos a la doctrina alemana, ya se debatían cuestiones concretas en relación a la Ciencia de la Legislación (*Gesetzgebungslehre*), teniendo en cuenta la teoría del Derecho o del Derecho constitucional y Derecho Administrativo para el tratamiento de la norma como fuente del derecho, el procedimiento externo de legislación (*Gesetzgebungstaktik*) referido al procedimiento de elaboración de la norma y, por último, el procedimiento interno de legislación o metódica de la legislación (*Inneres Verfahren* o *Methodik*)

39 N. Florijn (2008), «Quality of Legislation: A Law and Development Project», en J. Arnscheidt, B. Van Rooij y J.M. Otto (eds.), *Lawmaking for Development; Explorations into the theory and practice of international legislative projects* (págs. 75-89), Leiden: Leiden University Press (pág. 76).
40 Florijn (2008: 77).
41 J. Ponce Solé (2017 a), «Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración», en J. Ponce Solé y A. Cerrillo i Martínez (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción. A propósito de la buena regulación en las Leyes españolas 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público* (págs. 87-146), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 93).
42 Así, menciona en el ámbito formal el lenguaje jurídico sea inteligible, en lo material no ha de vulnerar ninguna regla ni principio del ordenamiento y en relación con el procedimiento debe ser el adecuado.

que trata sobre la evaluación e implementación de las normas[43].

De todas formas, la intención de mejorar tiene su origen en el convencimiento de que lo que se estaba haciendo no se llevaba a cabo de forma adecuada. Así, a estos efectos, los distintos Estados han partido de dicha idea general, aunque no se desarrollase de forma integral, sino respecto a aspectos parciales[44]. Como quiera que sea, este planteamiento exige medir la calidad de la norma, para lo cual se debe partir de un procedimiento estandarizado, en cuya virtud realizar las modificaciones siguiendo los mismos parámetros para dicha decisión. A tales efectos, y para comprobar lo mencionado, hay que aplicar distintos instrumentos del movimiento *better regulation* en las evaluaciones previas, prospectivas y retrospectivas para comprobar la existencia o no de los mínimos niveles de calidad de las normas, siendo la "mejora de la calidad de las propuestas legislativas" una de las causas fundamentales para realizar una evaluación de impacto normativo, según João Durão Barroso, ex presidente de la Comisión Europea, en el año 2007, junto a "facilitar una toma de decisiones mejor informada", pero sin sustituirla[45], ya que dicha evaluación es un instrumento que permite a los decisores públicos la posibilidad de que elijan la mejor opción dentro de distintas alternativas, dando lugar, por ejemplo, a que se retiren proyectos normativos cuando sean inadecuados, que se sustituyan por otros procedimientos de regulación alternativos o determine la importancia de los instrumentos de ejecución (dando un mayor realismo a la misma), así como "mejorar las capacidades de comunicación de las decisiones", ya que supone un aumento de la transparencia, constituyendo una mejora de la práctica y de la cultura democrática, facilitando la accesibilidad de la ciudadanía a las propias normas y a su procedimiento de elaboración y revisión, y, legitimando, en mayor medida, la decisión pública a adoptar.

A los anteriores, se puede añadir otros fines como es facilitar la fiscalización de las decisiones públicas, con el propósito de que se ha tomado la decisión más objetiva posible y que se satisfaga el interés general, siendo necesario promover el control de calidad e integrar el proceso como parte de la evidencia en la toma de decisiones, así como el impulso del aprendizaje y de la innovación

43 P. Salvador Coderch (1989), «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», en VV.AA., *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, *Serie de Técnica Legislativa 1* (págs. 9 - 46), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

44 Es el caso, por ejemplo, de Francia que trata a la hipertrofia normativa en el apartado 3.3 de la Circular de 26 de julio de 1995, en relación con la preparación y ejecución de la reforma del Estado y de los Servicios Públicos. Véase J. Morand-Deviller (2015), *Derecho Administrativo. Curso. Temas de Reflexión. Comentarios y análisis de fallos*, Z. Rincón Ardila y J. C. Peláez Gutiérrez (traductores), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Dicha autora se refiere a los informes del Consejo de Estado francés de 1991 de la seguridad jurídica y 2006 (de la seguridad jurídica y de la complejidad del Derecho), como elementos de toma de conciencia de dicha situación.

45 A estos efectos, el Informe Final Grupo Mandelkern sobre Mejora de la Regulación de 13 de noviembre de 2001 (pág. 21) establece como la finalidad de la evaluación de impacto para la Unión Europea, garantizar que los que toman las decisiones finales poseen toda la información pertinente y el asesoramiento de alta calidad, centrándose solo en el proceso, con todos los pasos necesarios del mismo.

en la actuación de las autoridades y servidores públicos, a la hora de elaborar la teoría de la decisión púbica, junto con la formación adecuada para adoptar los conocimientos que supone esta materia importada del derecho anglosajón necesaria de adaptación a la realidad jurídica y social de cada país. Pero, además, supone una innovación a la hora de abordar la decisión pública, estableciendo una nueva forma de llevar a cabo dicha elaboración, basándose en evidencias, en indicadores, en experiencias anteriores, en la medida económica del gasto en virtud de una metodología, etc. En definitiva, obliga a abordar las cuestiones claves de manera coherente, dando el paso de una *regulación justificativa* a lo que se denomina *regulación inteligente*.

Además, y como se señaló al comienzo de este Capítulo, la evaluación de impacto normativo implica una solución a determinados problemas que se han dado en la sociedad. Históricamente, se habla, fundamentalmente, de dos tipos de fallos: por un lado, los generados por el mercado[46], señalados por quienes tienen una posición contraria a un liberalismo clásico y tradicional, y, que responden a una postura intervencionista o keynesiana. Y, por otro lado, los ocasionados por el Gobierno, propugnados por una corriente contraria a los anteriores, que están a favor del neoliberalismo, los cuales critican los fallos del Gobierno ante una intervención pública en la sociedad a través de los instrumentos normativos[47].

Ante dichas posturas extremas surge la política de *better regulation*, como una tercera vía, determinando que se regulará cuando sea adecuado y necesario.

Sin duda, el auge de uno u otro planteamiento dependerá, en mi opinión, del propio del poder público, lo que plantea un escenario cambiante. Así, en el entorno europeo, en un primer momento,

46 Según J. I. Cubero Marcos (2011), «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», *Revista de Administración Pública*, 184, págs. 121-156 (págs. 123 y 124), establece, con cita en G. Ariño Ortiz, que la regulación "en general, hace siempre su aparición ante la existencia, los fallos o los fracasos del mercado". Sobre fallos de mercado, véase Ackerman (2013: 136-148) y J. E. Stiglitz y J. K. Rosengard (2016), *La economía del sector público*, Barcelona: Antoni Bosch, págs. 123-145 (pág. 125), afirmando, estos últimos, que son aquellas "condiciones en las que los mercados no son eficientes en el sentido de Pareto (dicha eficiencia, según dicho autor, es el "primer teorema de la economía de bienestar") y que son las siguientes: "fallos de la competencia", "bienes públicos", "externalidades", "mercados incompletos", "fallos de la información" y "el paro, la inflación y el desequilibrio" (*Ibíd.*, págs. 126-136). Al respecto de esto, véase, también, OCDE (2009), *La competición global por el talento. Movilidad de los trabajadores altamente cualificados*, T. Vargas Sampedro (traduc.), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 167), que, según datos del Gobierno de Australia, los fallos del mercado se producen cuando estos generan resultados económicamente ineficientes. Señala como fallos clásicos: información asimétrica, externalidades, abuso de poder en el mercado y bienes públicos.

47 En relación con los fallos del Gobierno, J. M. Buchanan (2005), «Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación», *Revista Asturiana de Economía*, 33, págs. 203-221 (págs. 214 y 215), determina que suponen una reacción ante lo anterior como "compensación de las teorías del fallo del mercado" originarias de la "economía del bienestar teórica", conjuntamente con la teoría de la "elección pública", analizando el "comportamiento de las personas en su papel de tomadores de decisiones públicas" y que "era coherente con el análisis aplicado a los mercados", añadiendo que ante la falta de comparativa de los fallos de mercado se tiene la impresión idealizada que "las rectificaciones tipo político" de estos fallos "funcionarían perfectamente".

la evaluación de impacto normativo se había asociado a un determinado problema[48], pero, con posterioridad, se ha evolucionado a una concepción integral de dicha evaluación y, por ende, de la *better regulation*, dejando de asociarse a un determinado aspecto.

De todo lo expuesto, cabe destacar el valor de la evaluación de impacto normativo para servir a la ciudadanía de forma eficaz y eficiente, en tanto que coadyuva en la toma democrática de decisiones públicas ante los problemas del sistema social[49]. Esto supone un paso más en la eterna lucha entre la ideología y la ciencia, de la cual va ganando terreno esta, y, además, comporta una apuesta decidida por la eficacia funcional del Derecho, centrando el objeto de medición en la manera que funcionará o funciona la norma en el mundo real[50].

Por efecto de lo anterior, se hace necesario focalizar el ejercicio de la potestad pública normativa, para lo cual dicha intervención pública debe ser proporcional a sus fines y suficiente en número, aprobando las medidas precisas mediante un estudio de las alternativas y minimizando el potencial de incertidumbre[51], de forma que debe adoptarse la decisión desde una perspectiva racional y una metodología adecuada. Esta constituye la finalidad fundamental de la evaluación de impacto normativo.

En consecuencia, no casa bien con la finalidad de la evaluación de impacto normativo, que parta de una medida ya adoptada y que responda a una justificación predeterminada, a partir de la cual

48 Como se mostrará en el Capítulo II, depende de cada Estado, que cada uno se centra en una determinada cuestión de la calidad normativa para su desarrollo, estableciéndose una visión parcial del fenómeno. Así, por ejemplo, en Francia se ha asociado a la hipertrofia normativa relacionándose con el nuevo movimiento codificador, en Luxemburgo y Bélgica giró en torno a la simplificación administrativa y en Países Bajos referido a las cargas administrativas.

49 Véase A. Hernández Gil (1988 a), *Metodología de la Ciencia del Derecho, Tomo I*, Madrid: Espasa Calpe (pág. 456), entendiendo por *sistema social* lo establecido por Kelsen como aquello que es dado o establecido por la sociedad, integrado, básicamente, por los modos de comportarse de los hombres entre sí, en sus relaciones inmediatas o mediatas, y los criterios reguladores de esas relaciones.

50 J. A. García Amado (2000), «Razón práctica y teoría de la legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9, págs. 299-318 (pág. 303), afirma que cuando se parte de "un decisionismo extremo, en una mística de la decisión que valora sólo ésta por lo que representa de ejercicio de un poder o desempeño de un rol", sin tener en cuenta "sus consecuencias en términos de eficacia o maximización de cualquier tipo de utilidades (políticas, económicas, etc.), no cabe entonces una teoría de la legislación ya ni siquiera como técnica legislativa".

51 Debe distinguirse el riesgo de la incertidumbre, aunque, en la práctica, se utilicen indistintamente. Así, existe incertidumbre en el Análisis Coste Beneficio cuando exista insuficiencia de información y desconocimiento de la distribución de probabilidades de la variable correspondiente. Pero, afirma E. Albi Ibáñez (1976), *Hacienda Pública I (teoría y política fiscal)*, Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia, Universidad Nacional de Educación a Distancia (pág. 63), que incertidumbre no es sinónimo de ignorancia completa, al poder conocer de una manera general los resultados de las acciones o estrategias seguidas. Por otro lado, existirá riesgo cuando exista insuficiencia de información acompañada del conocimiento de la distribución de probabilidades de la variable correspondiente. Se pueden utilizar varios métodos de tratamiento de esta deficiencia como son: la teoría de la utilidad esperada y Equivalente Monetario de Certeza (EMC), prima de riesgo sobre la tasa de descuento y análisis de sensibilidad. Véase, también, A. Ogus (2013), «La evaluación de Impacto Regulatorio: una perspectiva económico-política», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 67-91), Sevilla: Global Law Press (págs. 80-85), en el cual se afirma que "las percepciones del riesgo del ciudadano medio (que) se apartan de las predicciones científicas" y la fobia social a la aversión a la pérdida incitan a una proactividad gubernamental que ha llevado a la formación del principio de precaución.

se construye el procedimiento de evaluación y, por ende, el procedimiento administrativo de elaboración de normas. La experiencia obtenida de los distintos países que se encuentran tanto dentro como fuera de la Unión Europea ha demostrado que si se concibiese la evaluación de impacto normativo desde una perspectiva justificativa de una decisión ya tomada sería una práctica bastante inútil y representaría una carga burocrática más, que casaría mal como instrumento que coadyuva en la toma de decisiones racionales y adecuadas.

Antes al contrario, la evaluación de impacto normativo debe ayudar, en el proceso decisorio, a pasar de un enfoque jurídico formal o legalista a uno basado en la eficacia funcional del Derecho, en donde se prima la mejor información disponible y el conocimiento experto, facilitando la coordinación entre diferentes políticas públicas, con el objetivo de identificar los intercambios y las sinergias, ayudando a conseguir una mayor coherencia entre ellas y permitir superar los análisis o enfoques puramente sectoriales, en pro del pensamiento "horizontal", que contribuya en consecuencia, a limitar la inflación normativa[52].

Desde esta última perspectiva, la evaluación de impacto normativo constituye una motivación adicional y cualificada frente al ejercicio discrecional de la potestad normativa, garantizándose de una forma reforzada la satisfacción del interés general.

1.2.3. *Tipos de evaluación. En particular, la evaluación ex post*.

Como afirma Ponce Solé[53] "para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito imprescindible evaluar" a fin de conocer "los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real".

Las evaluaciones de impacto normativo se pueden clasificar de distintas maneras, pero hay un criterio de clasificación especialmente utilizado, referido al tiempo o momento de su realización, dependiendo de la fase en la cual se encuentra la decisión pública a evaluar. Así, la OCDE[54] destaca la distinción entre evaluación de impacto *ex ante*, que se llevará a cabo antes de la implementación de la medida que se adopte; de carácter *interino*, que se producirá durante la implementación; y *ex*

52 L. Allio (2010), «Panorámica sobre las prácticas europeas para evaluar los impactos de las políticas públicas», presentación en el Seminario: *Introduction to Regulatory Impact Assessment*, Tblisi.
53 Ponce Solé (2017 a: 95).
54 OCDE (2015 a), *Regulatory Policy in Perspective. A Reader's companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015*, Paris: OCDE Publicaciones (págs. 191 y siguientes).

post o retrospectivas, que se realizará después de su implementación. Vamos a referirnos a la primera y tercera de las mencionadas evaluaciones a continuación.

La evaluación de impacto *ex ante* es un tipo de evaluación que, como se ha comentado, se lleva a cabo con anterioridad a la aprobación de la medida, siendo más difícil de determinar, las consecuencias que va a producir la medida o decisión adoptada en el futuro[55], ya que se está llevando a cabo una labor de predicción. No obstante, este tipo de evaluación es la más utilizada, asociada a la elaboración de la norma[56], sin perjuicio, en mi opinión, de su necesaria conexión con lo referido a la aprobación e implementación de las políticas públicas.

Por su parte, en el ámbito internacional, la evaluación *ex ante* es la primera por la cual se ha optado, y, casi todos los desarrollos normativos y doctrinales se basan en este tipo de evaluación. El objeto de este Trabajo se centra, fundamentalmente, en la evaluación *ex ante*, sin perjuicio de las consideraciones que se van a hacer sobre la evaluación *ex post*. En este sentido, en primer término, la evaluación de impacto normativo *ex post* es un instrumento de la política de calidad normativa, por el cual se lleva a cabo la recopilación y estructuración de la información relevante de una determinada norma jurídica con posterioridad a su aprobación y entrada en vigor, con la intención de conocer cuál es su aplicación real y la evaluación de su eficacia, eficiencia y efectividad para una adecuada planificación, diseño, actualización y aplicación de las decisiones políticas sobre la necesidad o no de nuevas intervenciones reguladoras. De esta manera, la evaluación *ex post* contribuye a la formulación de una política más racional y estructurada, así como basada en la evidencia, poniendo de relieve las ventajas y desventajas, así como las sinergias de integración cuando se aplican las regulaciones en relación con las respectivas políticas públicas.

Según la OCDE (2015)[57] dichas evaluaciones realizadas sobre "regulaciones existentes", pueden dar lugar a importantes aprendizajes "sobre las formas de mejorar el diseño y la administración de nuevas regulaciones", completando el "ciclo regulatorio", que "comienza con la evaluación e*x ante* de las propuestas y continúa con la implementación y administración", siendo

55 Véase Ponce Solé (2017 a: 96), donde afirma que la evaluación *ex post* es "relativamente sencilla", por contra "en la evaluación *ex ante* nos podemos encontrar con mayores dificultades, porque se trata de realizar una prognosis sobre los impactos positivos y negativos" en relación con una norma que todavía no ha sido aprobada.

56 Así, entre los argumentos que podemos utilizar para dicha preferencia se pueden señalar los siguientes: el mayor grado de complejidad práctica en la realización de una evaluación de impacto normativo *ex post*; la resistencia política, ya que puede ser difícil, de cara al electorado y en la confianza que genera en la ciudadanía, el reconocer lo equivocado de sus planteamientos; los intereses creados por una determinada decisión pública pueden hacer difícil volver a una situación anterior para escoger otra opción; y primar la prevención de determinadas situaciones contrarias a la calidad normativa, a través de la evaluación *ex ante*, para evitar posibles daños y perjuicios al respecto, que corregirlas a través de la evaluación *ex post*.

57 OCDE (2015 b), *Regulatory Policy Outlook 2015*, Paris: OCDE Publicaciones.

la evaluación *ex post* la última fase de dicho ciclo y, por ende, de la agenda de la reforma regulatoria de las políticas públicas, ya que permite estimar las ventajas y limitaciones del marco normativo vigente (*stock regulatorio*) que se ha implementado y aplicado durante un periodo de tiempo adecuado a esos efectos, a través de un deliberado y responsable *loop back* o *look back*[58]. En este sentido, la evaluación *ex post* no representa una etapa final de la vida normativa, sino una retroalimentación de un proceso continuo, al proveer de comprensión las áreas de mejora potencial y evidenciar los problemas de su implantación.

Tan es así, que, en 2005, la OCDE[59] estableció al concepto de evaluación *ex post* como elemento nuclear o un principio guía para la calidad regulatoria. Esto se debe a que esta evaluación constituye una verificación de las informaciones y valoraciones realizadas en la evaluación de impacto normativo *ex ante*, perfeccionando, además, tanto esta como aquella que se vaya a realizar en el futuro, al poner de manifiesto información de relevancia para adoptar una decisión pública adecuada y ajustada a los problemas y necesidades a resolver.

El movimiento de implantación de la evaluación de impacto normativo *ex post* ha sido posterior al de la evaluación *ex ante*. Dicho movimiento ha estado auspiciado, en su transmisión a los Estados miembros, por la Unión Europea, que se ha convertido en correa vertebradora del cambio. El número de países que adoptan mecanismos de evaluación posterior de la regulación se ha incrementado últimamente (fundamentalmente en la última década), aunque la evaluación retrospectiva sigue siendo la menos desarrollada de las herramientas de regulación[60] (pudiendo incidir, principalmente, en aquellos ámbitos que son especialmente relevantes comprobar su efectividad o que se someten a continuos cambios en la realidad[61]). Los Estados han empezado por establecer una revisión automática de la normativa primaria, siendo la evaluación sistemática *ex post* menos común[62]. Sin embargo, la institucionalización y sistematización de la evaluación de

58 OCDE (2015 a: 193 y 198) y (2017 b), *Government at a Glance 2017*, París: OCDE Publicaciones (pág. 166).
59 OCDE (2005 b), *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, Paris: OCDE Publicaciones (pág. 4).
60 Véase OCDE (2018 b), *Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE*, París: OCDE Publicaciones y Secretaría de Economía de México (pág. 12), establece que "un tercio de los países de la OCDE no tienen obligación legal de llevar a cabo revisiones *ex post*, en tanto que todos ellos están obligados a evaluar las regulaciones *ex ante*", aun siendo obligatorias las revisiones retrospectivas "no se aplican de forma sistemática a todas las regulaciones de más relevancia". Véase, también, OCDE (2015 b: 16), donde se determina que hasta dicho momento "sólo siete países han llevado a cabo evaluaciones *ex post* con frecuencia en la legislación primaria y secundaria".
61 Un ejemplo, lo establece la OCDE (2018 b: 58) que, en relación con México, afirma los siguientes campos: energía, telecomunicaciones y radiodifusión, competencia, sistema financiero y el sector educativo.
62 La OCDE (2011 a), *Government at a Glance* 2011, París: OCDE Publicaciones (pág. 47), afirma que sólo en seis países de la organización, en 2008, era obligatoria la evaluación periódica de la regulación existente para todos los ámbitos políticos, y, 12 países informaron que utilizaban la cláusula *sunset*: Australia, Austria, Canadá, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Corea del Sur, Nueva Zelanda, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos. No obstante, en un estudio posterior, la OCDE (2015 b: 128) determinó que muchos países habían optado por una evaluación *ex post* de carácter sistemático tanto de la legislación primaria como, también, de la legislación secundaria, incorporando, además, medidas

impacto regulatorio *ex post* ofrece múltiples beneficios adicionales adquiriendo relevancia como herramienta de apoyo para la planificación regulatoria y para la mejora en el desempeño regulatorio. A estos efectos, la OCDE[63] afirma que una cosa es la teoría y otra la práctica, ya que, en realidad, muchos de estos países no llegan a adoptarla plenamente, porque la mayoría han de establecer una metodología o tienen que determinar la supervisión y el control de la calidad de las evaluaciones *ex post* de cualquier regulación primaria o secundaria. En consecuencia, cabe bastante margen de mejora, según la OCDE, no solo en el uso, sino en el desarrollo de los requerimientos y los distintos sistemas para mejorar la aplicación de la evaluación *ex post*.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que resaltar que la experiencia sobre la implementación de la evaluación *ex post* varía considerablemente en virtud de los países y, también, internamente en virtud de los diferentes ministerios o agencias del Gobierno responsables. Son pocos los países de la OCDE, según esta[64], que actualmente tienen un sistema de evaluación *ex post* de carácter sistemático, como ya se ha comentado, basado en una serie de principios básicos y referido a determinados sectores o temas específicos, centrándose, especialmente, en una subparte de la evaluación *ex post* como es la reducción de las cargas administrativas o aumentar la competencia. Uno de ellos es Italia, como se verá más detalladamente en el Capítulo II[65]. La finalidad a la que atiende la evaluación de impacto normativo *ex post* es determinar si el marco normativo ha logrado los objetivos establecidos, si las decisiones públicas regulatorias fueron lo suficientemente eficaces y eficientes en su implementación y el grado en que fueron abordados los impactos para responder al problema o necesidad planteado. Dicha evaluación supone un instrumento de conocimiento en términos parecidos a los señalados para la evaluación de impacto normativo *ex ante*, a los que hay que añadir otros según lo establecido la OCDE[66] como, por ejemplo, "mitigación de controversias y una implementación más fluida", establecer respecto a la *ex ante* un "control de calidad y credibilidad", la "integración política y el *benchmarking"* y la *"*eficiencia y la planificación priorizada*"*. Como resultado de la evaluación de impacto normativo *ex post* o bien se refuerza la estabilidad, porque las normas han acertado en sus planteamientos, atendiendo a los problemas de

de transparencia en el mismo camino.
63 OCDE (2015 b: 130).
64 OCDE (2015 b: 120 y 121).
65 Otro ejemplo de excelencia al respecto, señalado por la OCDE era México, con un alto nivel de práctica e implementación, para lo cual el marco o enfoque usado se basaba en una norma técnica de alta incidencia de acuerdo con una calculadora de impacto que generaba la por entonces Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER). Dichas evaluaciones *ex post* se denominan *Manifestaciones de Impacto Regulatorio Ex post* (MIR Ex post), que tenían su fundamento en el artículo 51, último párrafo de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (*DOF*, el 1 de julio de 1992). Actualmente el Análisis de Impacto Regulatorio ex post se establece en el artículo 70 de la Ley General de Mejora Regulatoria (*DOF*, el 18 de mayo de 2018), que deroga, al respecto, los artículos 69 H a L de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*DOF*, el 4 de agosto de 1994). Sobre la política de evaluación *ex post* de México véase OCDE (2018 b: 20-25).
66 OCDE (2015 a: 198-201).

forma adecuada; o bien se incentiva el cambio normativo, cuando la norma no lo hace (por ejemplo, regulación en desuso, obsoleta[67] o no cumple los objetivos), manteniendo la norma vigente hasta que se derogue, enmiende o se anule. En este sentido, el Informe Mandelkern, concretamente en su apartado 1.3, reitera la importancia de la evaluación de impacto normativo *ex post,* al afirmar que "puede contribuir de forma significativa a la revisión eficaz de la normativa existente", ya que "puede proporcionar información clara sobre la efectividad e idoneidad de las normas", revelando, al respecto, defectos, "así como permitir, tras una revisión, tomar decisiones sobre las acciones a adoptar, en caso de que fuera necesario", como pueden ser la simplificación, la consolidación y revocación de las normas o, incluso, "una revisión de la propia política".

En definitiva, la evaluación de impacto regulatorio *ex post* ayuda a generar información relevante que es esencial para planificar, diseñar, poner al día e implementar políticas y revisar, consolidar y promover intervenciones regulatorias.

Por otro lado, el objeto de la evaluación de impacto normativo *ex post* será, por regla general, una norma o conjunto de normas. Así lo ha afirmado la OCDE[68] al hacer regular y explícita referencia a la importancia de revisar el stock legislativo al igual que las piezas individuales de legislación. No obstante, la OCDE[69] aconseja que los Estados deben alejarse de las evaluaciones individuales no solo de una norma o conjunto de normas en cuestión, sino que, además, debe abordarse la evaluación de impacto de las regulaciones, junto con otros instrumentos utilizados por las políticas públicas para poder capturar la coherencia global en el marco normativo vigente. Pero, esto no se justifica, únicamente, en lo anterior, sino, también, en el aseguramiento de un

67 Hay que tener en cuenta que la evaluación de impacto normativo *ex post* puede ser un instrumento de actualización de los acontecimientos que se producen en la realidad, especialmente en aquellas materias más susceptibles de cambio como pueden ser las que tengan un alto contenido técnico o científico (un claro ejemplo lo encontramos en todas aquellas relacionadas con las tecnologías de la información y la comunicación). Así lo corrobora M. J. Montoro Chiner (2002), «Técnica Legislativa y Evaluación de las Normas», *Anuario jurídico de La Rioja*, *2000-2001*, 6-7, pág. 155-172. que afirma al respecto que "para mantener la estabilidad de las reglas jurídicas, o su generalidad, y el carácter predeterminativo de las normas, es necesario el sometimiento a evaluación", referido a "la vigencia de los contenidos técnicos o reglas de la ciencia o de la técnica, introducidos en las normas, en especial, si estos conforman el supuesto de hecho de las mismas". Además, dicha autora afirma que esta evaluación es un instrumento que debe hacer coincidir "el estado de la ciencia o de la técnica" con el "estado de la legislación", evitando producir los desajustes de mayor intensidad en la transposición de la legislación europea (al respecto, sobre su transposición en España, véase informe de Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario, de 15 de diciembre de 2010, accedido el 10 junio 2021, de https://transparencia.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf.
68 OCDE (2005 a), *APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform*, París: OCDE Publicaciones.
69 OCDE (2015 b: 121).

impacto regulatorio acumulativo[70]. Así, los Estados de la OCDE[71] podrían realizar exámenes más exhaustivos a través de unos mayores esfuerzos de evaluación, con un carácter más estratégico y profundo para evaluar las leyes o regulaciones de un sector en su conjunto, atendiendo a los resultados de las políticas, que podría conllevar la evaluación de un ámbito regulatorio entero como, por ejemplo, la salud o desde una perspectiva temática como, por ejemplo, las pymes.

Sin embargo, ese examen tan amplio puede conllevar la utilización de recursos ingentes. En virtud de esto, podría ser necesario establecer una serie de supuestos o umbrales de aplicación de la revisión *ex post*. La mayoría de los países lo han establecido así, considerando aspectos tales como la importancia de la regulación en relación con su aspecto económico o la importancia del conjunto de impactos[72].

No obstante, en mi opinión, hay que dar continuidad a la evaluación *ex post* considerando los argumentos y valoración ya esgrimidos en una evaluación *ex ante*, teniendo en cuenta las alternativas recogidas en dicha evaluación (incluida la opción de no intervenir), porque si no fuera así, no se podría realizar un análisis omnicomprensivo de la realidad. Así, en el documento donde se plasma la evaluación o análisis *ex ante*, entre las mencionadas soluciones, debería recogerse la posibilidad de realizar esa evaluación posterior. En este sentido, en virtud de la adopción de una determinada solución, la evaluación posterior se puede reconvertir en una evaluación previa cuando la solución sea la intervención pública (ya que, si se decide no hacer nada, se sigue manteniendo el *statu quo* impuesto por la norma revisada). En consecuencia, nos podemos encontrar que el proceso de evaluación *ex post* y el nuevo *ex ante* se superpongan, ya que son un *continuum*, como ya se ha dicho, y no compartimentos estancos. Este planteamiento conllevará un proceso más ágil, ya que no existirá dos procesos separados y diferenciados, sino un único proceso de evaluación *ex post* que complementará la evaluación *ex ante* previa para generar la información necesaria que conformaría un nuevo proceso de evaluación *ex ante*, cuyos trámites se

70 Esto último es aplicado por la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget, OMB*) en Estados Unidos, que está obligado por ley anualmente a informar al Congreso sobre los costes y beneficios (incluyendo los efectos cuantificables y los que no lo sean) de la nueva regulación aprobada en el año anterior (tanto de normas federales y cargas en general, ya sea por agencia y por programa de agencia, así como por las leyes importantes o *major law*).

71 OCDE (2015 a: 191 y ss.).

72 La OCDE (2015 b: 134) afirma que un país que ha dado prioridad a la relevancia económica es Australia, donde "las agencias gubernamentales australianas llevan a cabo una revisión posterior de su regulación cuando suponga un gran impacto en la economía". También, es el caso de Alemania, donde, "dentro del marco de evaluación, se consideran las propuestas importantes si dan lugar a costes de cumplimiento regulares de más de 1 millón de euros al año para la ciudadanía, las empresas o la Administración". Por otro lado, entre aquellos que priorizan el conjunto de impactos encontramos, por ejemplo, a Estonia, en la cual "la evaluación *ex ante* ha demostrado la previsibilidad de la existencia de impactos significativos, entonces la evaluación *ex post* es requerida por la norma y el plan para su realización, que debe estar en la exposición o preámbulo del proyecto de ley" (*explanatory letter of the draft law*).

simplificarían.

Aunque esto pudiera parecer lo más adecuado (en orden a la obtención de la máxima información disponible), lo cierto es que en distintos Estados se ha establecido la posibilidad de realizar una evaluación *ex post* cuando no se haya realizado una con carácter previo como es el caso de Italia[73], como veremos en el Capítulo II, corriendo en este caso el riesgo de carecer de un término comparativo de gran importancia como es la información generada en la evaluación *ex ante*.

Con todo, se pueden establecer las circunstancias necesarias que habiliten la posibilidad de excepcionar la realización de dicha evaluación, lo cual debe ser interpretado restrictivamente y recogerse de forma motivada, atendiendo al interés general y aplicando el principio de proporcionalidad al supuesto concreto. Así sucede en Italia.

De otra parte, la determinación del concreto momento para llevar a cabo la evaluación *ex post* adquiere una gran relevancia, ya que establece el margen de tiempo que debe antojarse necesario para recopilar información y evaluar los impactos previstos en la evaluación *ex ante* para que sean o no adecuados. Así lo señala, por ejemplo, el Informe Mandelkern, (apartado 1.3). Pero, con independencia de su importancia, no se ha generalizado, a nivel internacional, el establecimiento de un plazo a estos efectos. Sin embargo, la OCDE[74] menciona distintos plazos para llevar a cabo las evaluaciones de impacto *ex post* a fin de apreciar, de forma adecuada, el efecto completo de la norma, incluso en el supuesto de que existiese una acumulación lenta de resultados, determinándose plazos posteriores en el supuesto de que no se considerase adecuado intervenir públicamente o estableciéndose plazos más cortos que el inicial[75].

En todo caso, el plazo debe ser lo suficientemente amplio para que permita que se produzcan

73 Así es, también, el caso de Australia, donde las agencias gubernamentales australianas deben preparar una revisión posterior a la implementación (*Post-Implementation Review, PIR*) cuando la regulación ha sido establecida, eliminada o modificada de manera significativa sin realizar una evaluación *ex ante* (*Regulation Impact Statement, RIS*), ya sea porque esta no estaba preparada a la hora de adoptar la decisión final o porque se concedió una exención de los requisitos para su realización, que le corresponde al Primer Ministro.

74 La OCDE (2015 a: 123) afirma que, en Alemania, por ejemplo, se establece un plazo de 3 a 5 años o, también, 5 años en el supuesto de las cláusulas de vencimiento en la evaluación de impacto normativo en el Reino Unido según la OCDE (2012 b), *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, París: OCDE Publicaciones (pág. 38).

75 Este es el caso, por ejemplo, de Australia que para todas aquellas regulaciones evaluadas por la Oficina de Mejores Prácticas de la Regulación (*Office for Best Practice Regulation*) "que tienen un alto impacto en la economía australiana", la *post-implementation review* "debe ser completada dentro de los 5 años siguientes a la implementación de la regulación. Todas las demás deben ser completadas dentro de los 2 años siguientes a que la regulación esté implementada" [OCDE (2015 b: 129)].

los efectos e impactos de la norma en la sociedad y que puedan ser evaluados. No obstante, el establecimiento de un plazo generalizado para llevar a cabo esta evaluación puede tener sus pros y sus contras. En relación con lo primero, se puede resaltar su homogeneización que puede facilitar su realización, especialmente en países descentralizados. Pero, por otro lado, se puede resaltar como elemento negativo el que no tenga su adecuada correspondencia con el caso concreto, ya que pueden existir supuestos en los que en el transcurso de dicho plazo no se hayan plasmado todos los efectos e impactos que haya podido generar la norma o que dichos efectos e impactos se hayan producido con antelación al plazo previsto, y, por tanto, la decisión que se adopte al respecto puede ser poco adecuada a la realidad y generar efectos perniciosos al respecto.

El término inicial del cómputo del plazo puede ser otro elemento objeto de debate, ya que puede plantear dudas si es a partir del comienzo de la entrada en vigor de la norma o desde su publicación. La primera, respondería, así a la vigencia de la normas y la producción de sus efectos jurídicos; pero, en el segundo caso, se atendería, en mayor medida, a los efectos sociales, económicos y de otro tipo, diferentes a los jurídicos, que conllevan las distintas actuaciones o comportamientos necesarios a realizar o adoptar antes de la entrada en vigor de la norma para adaptarse a su contenido (impacto anticipado a la vigencia de la norma o *preludio normativo*)[76], especialmente en el supuesto de una entrada en vigor diferida en el tiempo, teniendo las personas afectadas que realizar esas actuaciones o comportamientos.

La determinación del plazo y otros aspectos propios de la evaluación de impacto normativo *ex post* pueden establecerse, como se desarrollará en el Capítulo IV, a través de distintos instrumentos: en una norma que lo prevea con carácter general, en la propia norma a evaluar, en la memoria de análisis de impacto normativo *ex ante*, en un instrumento de *soft-law* o se lleve a cabo de forma espontánea atendiendo a distintos criterios. Por lo tanto, atendiendo a lo anterior, en mi opinión, tendría en cuenta, también, el plazo hasta la entrada en vigor de la norma a la hora de determinar el plazo de evaluación retrospectiva.

Un plazo distinto al mencionado anteriormente, y que no se suele determinar, es el plazo para realizar la evaluación. Este debería establecerse, normativamente, junto con la descripción de los distintos trámites del procedimiento necesario para llevar a cabo dicha evaluación. En el ámbito del ordenamiento español, la opción de la Administración General del Estado ha sido la

76 Así, afirma el Consejo de Estado (2012), *Memoria del Consejo de Estado 2011*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 266), que la entrada en vigor de las normas debe "contar con un tiempo razonable que permita a los destinatarios de la norma adaptarse".

determinación de los términos y plazos de dicha evaluación en la memoria de análisis de impacto normativo, como se verá en los Capítulos III y IV. Por contra, esto sí se hace en el caso de Italia.

Como conclusión, se puede decir que la evaluación de impacto normativo *ex post,* como la evaluación *ex ante,* son dos instrumentos de la mejora regulatoria que permiten llevar a cabo valoraciones de las distintas intervenciones públicas normativas, respondiendo a un mismo contenido, impactos, metodología, técnicas y naturaleza. Sin embargo, se trata de dos instrumentos diferentes (no solo por el momento de llevarse a cabo, sino también, por ejemplo, en relación con la información que se posee y los plazos de su realización). Aun así, ambas están íntimamente relacionadas dentro del ciclo regulatorio o círculo virtuoso (*cercle vertueux*)"[77], debido a que tanto una como otra necesitan alimentarse mutuamente, ya que la evaluación de impacto normativo *ex ante* establece las bases para llevar a cabo la *ex post* y esta, a su vez, puede conllevar una revisión de la norma en virtud de la confrontación de los datos y pronósticos de la *ex ante* con la calidad y cantidad de datos concretos de la *ex post*[78].

Por efecto de todo lo anterior, debe insistirse en el carácter compatible, concurrente y necesario de las dos evaluaciones consideradas.

1.3. **Elementos esenciales que conforman el proceso de Evaluación de Impacto Normativo.**

1.3.1. *Fases del proceso de Evaluación de Impacto Normativo*.

El punto de partida de este nuevo epígrafe se sitúa en la consideración de la evaluación de impacto normativo como un proceso. Así, la Comisión Europea en sus Directrices de 2005, define dicha evaluación como "un conjunto de pasos lógicos que organizan la preparación de una propuesta normativa o reguladora". Así, también, lo ha entendido parte de la doctrina como Adler y Posner[79], quienes destacan que se trata de un *proceso decisorio*, cuyo objetivo consiste en

77 También, se denomina *ciclo de gobernanza regulatoria*; según la OCDE (2019 a), *Implementación del análisis de impacto regulatorio en el Gobierno Central del Perú*, París: OCDE Publicaciones (pág. 25), aquel que cuenta con "cuatro etapas principales: desarrollo de la política pública y elección de instrumentos; diseño de la nueva normativa (o revisión de la existente); implementación de la regulación; y el monitoreo y evaluación de sus efectos". No obstante, menciona como previo al análisis la determinación del problema y si "requiere la intervención del gobierno.

78 Así, siguiendo a J. L. Serrano (1999), *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Trotta (págs. 28 y 35), partimos de unas proposiciones del mundo del ser al deber ser, pasando a dichas orillas, a través de dos puentes uno de ellos es "la imputación de las consecuencias jurídicas a hechos reales del mundo real", aspecto que es posible de verificación a través de la evaluación de impacto normativo retrospectiva.

79 M. D. Adler y E. A. Posner (1999), «Rethinking Cost Benefit Analysis», 109 *Yale Law Journal* 165, págs. 167-247.

producir o favorecer la adopción de cierto tipo de decisiones; y conlleva una demanda de una "actividad mental esforzada" como diría Kahneman[80].

Al ser un proceso de decisión pública, como veremos se establecen distintas metodologías al respecto, estructurando las decisiones complejas, mejorando la capacidad de disponer la correspondencia entre elección e interés general, con la necesaria comparación entre aspectos positivos y negativos, para lo cual es necesario tener información y determinar dichos aspectos[81].

Para esto, se deben establecer una serie de pasos o trámites para la toma de decisión compleja. Estos trámites son concurrentes con el procedimiento de elaboración de normas, no formando parte de dicho proceso de evaluación de impacto normativo la decisión. Esto último se debe a que la evaluación nunca puede sustituir la decisión última, en su caso, de aprobar la norma: su función es otra, la de aportar la información y el marco estructurado para decidir de forma adecuada, conectado con el proceso de elaboración y evaluación de políticas públicas.

En consecuencia, en el supuesto de que la decisión pública adopte la forma normativa, el proceso de evaluación de impacto normativo prospectivo coincidirá con el de elaboración de normas, con la excepción de su inicio, anterior al procedimiento de elaboración de normas y que no contempla la decisión en dicha evaluación de impacto normativo. El procedimiento, en todo caso, debe proporcionar rigor, objetividad, información y racionalidad al proceso de toma de decisión pública a estos efectos, aun con las dificultades que supone, estableciéndose, al respecto, una serie de preguntas (denominadas *preguntas de evaluación*), en el marco de los principios de buena regulación que guiará la propia evaluación, no solo como elemento recordatorio de los pasos a seguir, como ha mencionado gran parte de la doctrina al establecer las distintas listas de comprobación a estos efectos, sino como instrumento para dirigir la evaluación, ya que, en virtud de estos, se determinarán los criterios de evaluación.

El proceso de evaluación de impacto normativo se debe dividir en una serie de fases, las cuales se desarrollará de forma pormenorizada en el Capítulo IV. Dichas fases aportan una secuencia lógica del proceso que coadyuva a la hora de tomar la decisión pública, estableciendo u ordenando la información a estos efectos, de acuerdo con el criterio de su sucesión en el tiempo, aunque,

80 Según D. Kahneman (2014), *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. J. Chamorro Mielke, Barcelona: Debolsillo (pág. 35), se identificaría con el Sistema 2 (proceso de pensamiento que se utiliza en operaciones complejas y conlleva un proceso más pausado, por contra el sistema 1 se mueve por intuiciones, pensamientos emocionales, estereotipos y es más rápido en el ritmo de procesar, utilizándose en operaciones poco complejas).
81 Véase C. R. Sunstein y R. H. Thaler (2017), *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesita para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, trad. B. Urrutia, Barcelona: Taurus.

dichas fases pueden no ser lineales, ya que las operaciones internas que conllevan son complejas. Así, por ejemplo, las fases pueden repetirse y reanudarse, existiendo la posibilidad de volver atrás y redefinir objetivos y soluciones, respondiendo, incluso, a un movimiento circular o de retroalimentación.

Al respecto, la doctrina especializada que ha tratado la metódica de la legislación[82] establece distintas clasificaciones, destacando Noll y Wroblewski[83], quienes generaron a estos efectos el *diseño de modelos de legislación* siguiendo, más o menos, los elaborados por la teoría de la decisión racional. Thorton[84] afirma, de esta manera, que hay que tener en cuenta cinco fases, como son: la determinación de objetivos, el análisis, la planificación del texto, la redacción y la revisión del borrador.

En definitiva, hay una interrelación del proceso de evaluación de impacto normativo con el de evaluación de políticas públicas y el de elaboración de normas, que es crucial para que no se conviertan en aspectos estancos de dicha realidad. De lo dicho, podríamos identificar las fases siguientes: identificación y definición del problema, determinación de los objetivos, recabar y estructurar la información, planteamiento de alternativas, análisis propiamente y elección y propuesta de decisión pública y posterior revisión una vez adoptada. En este sentido, resulta fundamental el recurso a instrumentos de participación, que se pueden dar en todas las fases, salvo en la fase de elección y propuesta de decisión pública. Sobre esta cuestión volveremos más tarde.

1.3.2. *Principios de buena regulación*.

Los principios de buena regulación son aquellos que tienen un carácter básico y necesario para la consecución de una regulación de calidad. Debido a su importancia son desarrollados por los

82 Atienza Rodríguez (1997: 64 a 69).
83 El modelo de Noll se contempla tanto para la evaluación *ex ante* como para la *ex post*, teniendo un carácter circular, estableciendo, al respecto, las siguientes fases: por un lado, para la evaluación *ex ante*, en el cual hay que seleccionar y definir el o los problemas, posteriormente el planteamiento de los posibles objetivos, el análisis de los hechos, la determinación de las alternativas y, por último, una crítica de la redacción elegida. Por otro lado, en la evaluación *ex post*, se añade a lo anterior la comprobación posterior y su corrección. Por el contrario, el modelo de Wroblewski es un modelo más lineal, más plano, en donde, únicamente, se tiene en cuenta la evaluación *ex ante*. Dicho modelo se compone de las siguientes fases: se determina un objetivo, los medios (incluidos los legales) potenciales y una norma legal no solo como medio para alcanzar el objetivo, sino como consecuencia última de la actividad legislativa. Atienza Rodríguez (1997: 64-69) señala una serie de críticas a ambos modelos: "no indican el orden temporal de las acciones, se basan en ejemplos primitivos de modelos de toma de decisión" y "parten de una serie de presupuestos inadmisibles", como son "el punto de partida es el legislador; se supone que en el proceso de la legislación solo se produce una ley cada vez; la figura del legislador se ve como algo monolítico; y se prescinde del contexto del proceso de la legislación".
84 G. C. Thorton (1987), *Legislative Drafting*, Londres: Butterworths.

Gobiernos dentro de los programas de reformas para la obtención de una mejor regulación[85].

Pero, además, dada la relación de la evaluación de impacto normativo con la mejora regulatoria, dichos principios tienen un papel destacado en el proceso de esta evaluación, ya que lo guían, teniendo su observancia (o no) importantes consecuencias, que afectan, igualmente, al procedimiento de elaboración de la norma. Estos principios se concretarán en aspectos tales como la determinación de los fines y objetivos a alcanzar; el examen de otras alternativas a la estrictamente normativa; la puesta en relación, en su caso, del contenido de la futura regulación respecto de dichos fines y objetivos, y la necesaria justificación por razones de interés general (estos aspectos tendrán un mayor desarrollo en el Capítulo IV). El matiz se sitúa en que dichos principios también estarán presentes en la evaluación expuesta, al tenerse en cuenta como elementos o criterios para su revisión periódica.

En la formulación de dichos principios hemos partido de dos corrientes distintas: una en la cual se determinan estos principios como preguntas correspondientes a una lista de comprobación previa al inicio de la evaluación de impacto normativo, recordando al proceso de evaluación de políticas públicas; y, otra referida al establecimiento de unos principios jurídicos en sentido estricto.

Así, en el primer supuesto encontramos lo afirmado por la OCDE[86], que establece este sistema para guiar de forma más simplificada y sencilla la participación y toma de decisiones públicas, a fin de determinar una serie de conceptos claves en la aplicación de la evaluación, tanto *ex ante* como *ex post*.

Sobre dichos "principios", la OCDE ha ido evolucionado su formulación en distintos

85 Así lo establece la OCDE (2011 b), *Mejora de la regulación en Europa. España 2010*, Madrid: Ministerio de Política Territorial y Administración Pública (pág. 150), donde hace referencia a la recomendación del informe realizado en 2000 sobre la misma cuestión. Además, afirma la OCDE (2012 a: 7) que, para obtener resultados en materia de calidad normativa, los Gobiernos deben, entre otros aspectos, asumir el compromiso de "aplicar principios de política regulatoria cuando elaboren regulaciones que implementen políticas sectoriales". Ese documento es continuista con lo ya establecido por la OCDE (1995), donde se afirma que los reguladores y los funcionarios responsables deben considerar una serie de principios fundamentales para determinar si regulan, y, en el caso de que lo decidan así, cómo regulan.

86 OCDE (1995), siendo este documento "la primera declaración internacional en la historia sobre principios regulatorios comunes a los países miembros" de dicha organización según la propia OCDE (2012 a: 20), en virtud de una reunión previa que tuvo lugar en 1993 llevada a cabo bajo los auspicios del antiguo Comité de Gestión Pública, ahora Comité de Gobernanza Pública.

documentos[87], llegando esta organización[88] a recomendar a los países miembros, entre otros aspectos, que se sumen "a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio", con la finalidad de "asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta". Lo anterior supone "oportunidades significativas (incluso en línea)" para que la ciudadanía pueda realizar aportaciones en el proceso de elaboración de la regulación, aumentando la "calidad del análisis de apoyo", para lo cual los "gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones". A estos efectos, por último, se recomienda que se tenga en cuenta los "principios" expresados en la Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Relación Gubernamental que se citan y describen en un Anexo al mismo.

Otro ejemplo de la primera corriente mencionada es Australia que, concretamente en su Guía para la Regulación del Gobierno Australiano[89], establece una serie de consideraciones que hay que tener en cuenta por aquellos que elaboran las políticas en el Gobierno de Australia.

A estos efectos, parte de la doctrina ha determinado los criterios que han de valorarse a la hora de legislar. Así, Martin Kriele[90] identifica una serie de máximas de la *teoría de la legislación,* entre

87 Al respecto, véase OCDE (1997 a), *The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis [C/MIN(97)10/ADD]*, Paris: OCDE Publicaciones, donde recoge los principios de calidad normativa del documento OCDE (1995: 9-19), con las siguientes preguntas: "¿está correctamente definido el problema?", "¿está justificada la acción de gobierno?", "¿es la regulación la mejor forma de acción del gobierno?", "¿existe una base legal para la regulación?", "¿cuál es el nivel/es apropiado/s de gobierno para tomar decisiones?", "¿los beneficios de la regulación justifican los costes?", "¿es transparente la distribución de efectos en la sociedad?", "¿es la regulación clara, coherente, comprensible y accesible a los ciudadanos?", "¿han tenido las partes interesadas la oportunidad de presentar sus pareceres?", "¿cómo se logrará el cumplimiento?". La OCDE en su documento (2005 b) dedica una mayor atención a determinadas cuestiones respecto del reseñado informe de 1997: la coherencia política y multinivel de coordinación; la evaluación *ex ante* de las propuestas de la política; la política de competencia para utilidades en red que satisfagan las necesidades del público; franqueza del mercado; conciencia del riesgo; e implementación.

88 OCDE (2012 a: 4).

89 Australian Government (2014), *The Australian Government Guide to Regulation*, Commonwealth of Australia, Department of the Prime Minister and Cabinet (pág. 6). Al respecto, establece los siguientes criterios: primero, "la regulación no debe ser la opción por defecto para los responsables de la formulación de políticas: la opción de política que ofrece el mayor beneficio neto siempre debe ser la opción recomendada". Para lo cual, "la regulación sólo debe imponerse cuando se pueda demostrar que ofrece un beneficio neto global". Segundo, "el coste de las cargas de la nueva regulación debe compensarse totalmente con la reducción de la carga reguladora existente". Tercero, "todo cambio sustancial en la política regulatoria debe ser objeto de una Declaración de Impacto Regulatorio" (*Regulation Impact Statement, RIS*). Cuarto, "quienes elaboren las políticas deben consultar de manera genuina y oportuna con las empresas afectadas, las organizaciones comunitarias y los individuos", así como "consultar a otras entidades que elaboren las políticas para evitar crear cargas regulatorias acumulativas o superpuestas". Quinto, "la información sobre la cual, quienes elaboren las políticas, basan sus decisiones debe ser publicada lo más pronto posible". Sexto, "los reguladores deben implementar la regulación con sentido común, empatía y respeto". Séptimo, "toda regulación debe ser revisada periódicamente para probar su continua relevancia"; y, por último, "los responsables de la formulación de las políticas deben trabajar en íntima cooperación con las unidades de desregulación" (*Deregulation Units*) "de su cartera durante todo el proceso de formulación".

90 M. Kriele (2000), «Máximas para el arte de legislar, en III Jornadas del Derecho Parlamentario», en M. Cavero Gómez (coord.), *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar abril 1988* (págs. 19-42), Madrid: Publicaciones

las que destacan:

- La existencia de una presunción *iuris tantum* a favor de la racionalidad del derecho vigente.

- Determinar las ventajas del proyecto normativo y "con amplitud las consecuencias perjudiciales y, en lo posible, también las lejanas".

- Una "ponderación imparcial", no desde un punto de vista utilitarista sino a largo plazo, teniendo en cuenta la mayor afectación positiva de personas y teniendo en cuenta todos los intereses.

- "Tanta limitación de la libertad como sea necesaria, tan poca como sea posible", llevando a cabo un ejercicio de determinación de dicha necesidad desde postulados del derecho, la moral y la eticidad.

- "Permanecer en armonía con el «*common sense*»", para lo cual dicho autor afirma que hay que distinguirlos de las opiniones o tendencias dominantes en todo caso, y asimilarlo con la voluntad general, conectando la legitimidad con la falta de resistencia a las decisiones públicas[91].

- Por última, asegurar que las leyes se transmitan al pueblo, enraizando el autor dicha máxima con la publicidad, tanto formal como informal, lo cual hace imprescindible la exigencia de transparencia.

Una visión distinta a la mencionada es la determinación, propiamente, de principios. Así, en primer lugar, deberíamos partir de su consideración de principios generales del Derecho, entendiendo por estos, según García de Enterría y Fernández Rodríguez[92] la "condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica". Estos principios, según De Castro, son "exteriorización del Derecho", "criterios de valoración no formulados, a los que se reconoce fuerza de evidencia

del Congreso de los Diputados.

91 Afirma L. Mazerolle (2012), «Procedural justice, routine encounters and citizen perceptions of police: main findings from the Queensland Community Engagement Trial (QCET)», *Journal of Experimental Criminology*, vol. 8/4, págs. 343-367, que un adecuado proceso y sus resultados facilitan su actitud y cumplimiento.

92 E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2013), *Curso de Derecho Administrativo. I,* Cizur Menor: Aranzadi (pág. 520). Véase M. F. Clavero Arévalo (1952), «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, 7, págs. 51-104 (pág. 71), quien afirma sobre el origen de los principios generales del Derecho en España que "surge más en relación con el problema de las lagunas de la ley que con el de las fuentes del Derecho", aspectos que, según el autor, están íntimamente ligados.

jurídica", son "creación del vivir de la comunidad, y, a la vez su autoridad se deriva de la misma comunidad", siendo la fuerza social que crea a cada principio y le da vigor jurídico particular atendiendo a cada uno[93].

Para la determinación de lo que se entiende por principios es necesaria su distinción respecto de determinadas figuras. La distinción típica, al hilo de lo anterior, es la que se hace entre principios y reglas. El criterio más relevante de distinción, según Dworkin[94], es la dimensión que tienen los principios, pero de la que carecen las reglas: "cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno"; pero, en este caso "no puede haber (...) una mediación exacta", por lo que "el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia". Por contra, las normas o reglas "no tienen esta dimensión", ya que no se puede determinar que una sea "más importante que otra", sino cuando "dos de ellas entran en conflicto", la "decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas" mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, "otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial". En consecuencia, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder en virtud de la "dimensión del peso o importancia" de cada uno, generando, según Prieto Sanchís[95], importantes "riesgos de subjetividad valorativa". Precisamente, y según Ruiz Ruiz y De la Torre Martínez[96], "para tratar de solventar (...) este problema (...) se ha ido forjando el principio o juicio de proporcionalidad", que desarrollaremos en el Capítulo IV. No obstante, según Alexy[97] se establecerá una "dimensión del peso" de cada uno al caso concreto, sin que suponga "declarar inválido al principio desplazado", como tampoco en este "haya que introducir una cláusula de excepción", determinándose "entre los principios una relación de precedencia condicionada", debido a que los principios son "mandato de optimización", en los cuales "no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables", donde "ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas", en consecuencia "no contienen *mandatos definitivos*", a diferencia de las reglas o normas que "exigen que se haga exactamente lo que en

93 Citado por Clavero Arévalo (1952: 78). Así, M. Beladiez Rojo (2010), *Los principios jurídicos*, Cizur Menor: Civitas (pág. 55), incide en el elemento definitorio de los principios generales del derecho el que "expresen un valor jurídico de la comunidad", con independencia de su plasmación expresa o implícita en un texto de Derecho positivo.
94 R. Dworkin (1989), *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel (págs. 77 y 78).
95 L. Prieto Sanchís (2000), «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, 23, págs. 161-195 (pág. 173).
96 R. Ruiz Ruiz y L. de la Torre Martínez (2011), «Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, págs. 27-44 (pág. 38).
97 R. Alexy (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (págs. 87, 89, 92, 95 y 99).

ellas se ordena", ya que "contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas".

Sobre esta base, los principios de buena regulación surgen de la convicción social, generada no solo por la influencia de los países al respecto que han determinado la necesidad de su existencia para un adecuado ejercicio de la potestad pública normativa, sino, también, por la influencia de gran parte de la doctrina que ha ahondado en el sentir generalizado de su necesario establecimiento, ya estén o no positivizados[98]. Así, en relación con la primera cuestión, lo que se pretende es conceder una mayor virtualidad e importancia a los principios jurídicos, pero, fundamentalmente, parecen otorgarle una mayor preceptividad. Es el caso, por ejemplo, de España que, como veremos en los Capítulos III y IV, los recoge en la normativa básica del Estado (artículo 129 de la LPAC).

Respecto de la segunda cuestión, se pueden encontrar principios establecidos a través de instrumentos de *soft-law*, como es el caso de determinados países del Derecho anglosajón. Así, el Reino Unido fue pionero en el establecimiento de dichos principios, ya que el Grupo de Trabajo de Mejora Regulatoria (*Better Regulation Task Force)* fue el órgano que los determinó en 1997 aunque, posteriormente, han sido tomados como principios-orientadores para analizar la calidad de la regulación en otros países europeos. Estos principios son: proporcionalidad (*proportionate*), coherencia (*consistent*), transparencia (*transparent*), responsabilidad (*accountability*) y eficacia (*targeting*)[99]. Aunque, posteriormente, estos principios se plasman normativamente, también se han tenido en cuenta por aquellas personas que ejercen ciertas funciones reguladoras en los términos establecidos en la cláusula 21 de la Ley de Reforma Legislativa y Reguladora (*Legislative and Regulatory Reform Act 2006)*[100]. A estos hay que sumar uno, que se ha ido consolidando en

98 Siendo propiamente principios jurídicos porque "son valores jurídicos propios de la sociedad" según Beladiez Rojo (2010: 38). En consecuencia, y utilizando las palabras De Castro estos principios son evidentes, han sido descubiertos, por lo cual "nadie duda que esa idea jurídica forma parte de las ideas que sobre el Derecho tiene la comunidad", pero no solo esto, sino que han sido reconocidos "como tal por los miembros de la comunidad jurídica" (Beladiez Rojo, 2010: 61 y 62).

99 Otro país que establece una determinación parecida de los principios de buena regulación es Irlanda, que en el correspondiente Libro Blanco ha establecido que son: necesidad (*necessity*), efectividad (*effectiveness*), proporcionalidad (*proportionality*), transparencia (*transparency*), responsabilidad (*accountability*) y consistencia (*consistency*), véase el documento de Roinn an Taoisigh Department of the Taoiseach (2004), *A Government White Paper setting out six principles of Better Regulation*, accedido el 25 febrero 2020, de https://assets.gov.ie/3477/281118144439-cf60aac3e3504e6f9f62f0ccda38f203.pdf.

100 Dispone lo siguiente: "21 Principios (1) Cualquier persona que ejerza una función reguladora a la que se aplica esta sección debe tener en cuenta los principios de la subsección (2) en el ejercicio de la función [*Any person exercising a regulatory function to which this section applies must have regard to the principles in subsection (2) in the exercise of the function*]. (2) Esos principios son los que: (a) Las actividades reguladoras deberían llevarse a cabo de forma transparente, responsable, proporcionada y coherente (*regulatory activities should be carried out in a which is transparent, accountable, proportionate and consistent*). (b) Las actividades reguladoras deben estar dirigidas solo a los casos en los que se necesita acción (*regulatory activities should be targeted only at cases in which action is needed*). (3) El deber en la subsección (1) está sujeto a cualquier otro requisito que afecte el ejercicio de la función reguladora [*The duty in subsection (1) is subject to any other requirement affecting the exercise of the regulatory function*]". Hay que distinguir estos principios de los

los últimos años, esto es, el principio de orientación a la empresa o ciudadanos.

En todo caso, el deber de tener en cuenta estos principios está sujeto a requerimiento legal, ya sea un deber estatutario (*statutory*) o un requerimiento legal de la Unión Europea.

En conclusión, los principios de buena regulación se consideran instrumentos nucleares para la evaluación de impacto normativo con independencia de su predeterminación o no normativa, puesto que han de guiar este proceso de evaluación y establecer su necesaria exigencia, de forma que, en caso de conflicto, se determinará la relevancia de los principios en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y se manifestará en la decisión pública que se adopte a estos efectos.

1.3.3. *Impactos e indicadores*.

Según Jellinek, la ciencia del derecho no le presta atención a la teorización de la comprensión de los hechos de la realidad[101]. Así, la falta de atención del Derecho a los hechos tiene una clara influencia en la concepción de las normas de Hans Kelsen cuya existencia se fundamenta en que aquella "recibe su significación jurídica de otra norma", concibiendo una teoría del Derecho de carácter puro, desprendiendo a la ciencia jurídica de elementos diferentes de la realidad social como, por ejemplo, la psicología[102], la sociología y la ética, además de separar el ser del deber

denominados por el Gobierno británico como los "Principios de Regulación Económica [véase, Department for Business Innovation & Skills (2011), *Principles for Economic Regulation*, Londres: Crown]. Estos pretenden articular "los factores claves para el diseño a alto nivel de los marcos de la regulación económica, no para guiar la aplicación detallada del juicio de los reguladores en el cumplimiento de sus funciones" (pág. 3). "El alcance inicial de estos principios es la regulación económica de los sectores con servicios básicos (*the economic regulation of infrastructure sectors*) supervisados por: la Oficia de Comunicaciones *(Office of Communications,* Ofcom*)*, la Comisión de Servicios Postales *(Postal Services Commission,* Postcomm), la Oficina de los Mercados del Gas y la Electricidad (*Office of Gas and Electricity Markets,* Ofgem), la Autoridad Regulatoria de los Servicios de Agua (*Water Services Regulatory Authority,* Ofwat), la Autoridad de Aviación Civil (*Civil Aviation Authority,* CAA) y la Oficina de Regulación Ferroviaria (*Office of Rail Regulation,* ORR)" (pág. 3). Dichos principios son: "responsabilidad (*accountability)*", "focalización (*focus)*", "predictibilidad (*predictability)*", "coherencia (*coherence)*", "adaptabilidad (*adaptability)*" y "eficiencia (*efficiency)*" (págs. 4 y 5). A diferencia de estos, los principios de buena regulación (*principles of good regulation*) "continúan siendo relevantes a la hora de determinar cómo las obligaciones regulatorias van a ser diseñadas y aplicadas por los reguladores y el Gobierno, así como tener una base estatutaria en las obligaciones de ciertos reguladores" (pág. 3).

101 A. Hernández Gil (1988 b: 20).

102 Especialmente, hay que resaltar la psicología conductual. Así, afirman R. Sánchez Puente, F. Bueno Rodríguez y A, García Vidal (2019), «La evaluación *ex ante.* Una visión de la Oficia de Coordinación y Calidad Normativa», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 23-36 (pág. 29), que cada vez más los países emplean herramientas "no solo estudios de análisis económico, sino también disciplinas como la sociología y la psicología, la llamada economía conductual o behavioural insights, (percepciones del comportamiento) para mejorar el diseño de la normativa". Véase OCDE (2017 a), *Behavioral Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*, París: OCDE Publicaciones, así como Sunstein y Thaler (2017), donde menciona el concepto "paternalismo libertario", en cuya virtud se insiste que "la gente sea «libre para elegir», pero siendo "legítimo que los decisores traten de influir en la conducta de la gente para", en definitiva, mejorar sus vidas. Sobre este concepto, véase C. R. Sunstein (2017), *Paternalismo libertario*, Barcelona: Herder editorial.

ser[103]. Esta perspectiva se encuentra superada por la realidad del Derecho, (lo cual veremos en el Capítulo II), incidiendo en el devenir de la calidad normativa, siendo propio del Estado Social de Derecho[104]. Esto refleja un enfoque multidisciplinar en el análisis de la realidad con las políticas públicas[105] para atender a las necesidades de la ciudadanía[106].

El punto de partida de este apartado tiene que situarse en la falta de autosuficiencia del Derecho para hacer frente a los problemas de la realidad, en el sentido de desconocer la heterogeneidad de la propia realidad, perdiendo el sentido de ciencia útil[107]. Este planteamiento conecta con la configuración del Estado Social de Derecho, como se ha mencionado.

Se trata de la búsqueda de la racionalización que debe confluir con aspectos propiamente sociológicos de la realidad (no como mera proyección de lo socialmente dado, sino, también, que tiene una concepción moral)[108]. Cierto es que nos podemos encontrar aspectos que limitan dicha racionalidad[109], pero esto siempre es mejor que no aplicarla.

La evaluación de impacto normativo, en consonancia con lo señalado, estudia cómo el Derecho se produce en el mundo real y la eficacia funcional del Derecho[110], tratando de conseguir una predicción, dentro de la inseguridad real en la que vivimos, lo más acertada y cercana posible[111].

---

103 J. J. Ugarte Godoy (1995), «El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, 1, págs. 109-118 (págs. 109 y 110).

104 M. J. Montoro Chiner (1989), *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuesto de calidad de las normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (págs. 17, 19 y 20), establece que "la observancia de los hechos y la atención a la realidad es lo que proporciona unidad en el ordenamiento, ya que el legislador no puede desinteresarse del contenido normativo general, o de instituciones ya consagradas, cuando acomete operaciones normativas concretas", siendo una "consecuencia de la responsabilidad política asumida" la "calidad, certeza de sus previsiones y seguridad sobre sus efectos", ya que esto es propio, también del principio de legalidad propio del Estado de Derecho, ya que, de lo contrario, la norma desatendería los "fines de la sociedad".

105 Véase García de Enterría (1999 a: 50 y 51), quien sostiene que actualmente "son características las Leyes y Reglamentos que pretenden articular y organizar «políticas públicas»". No obstante, dicho autor criticaba esta situación, que genera una contingencia y falta de estabilidad de las normas, ya que incentiva una "norma ocasional", "explicable sólo en función de una situación o problema determinados", y que se "pretende enderezar o superar, en todo caso conformar, mediante una determinada política en consideración a un cierto objetivo que se intenta alcanzar en el tiempo, más que una función de justicia abstracta".

106 R. Calvo Soler (2003), *Uso de las normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona: Gedisa (pág. 15), establece que el "papel de las normas jurídicas en las decisiones está vinculada con la idea según la cual el derecho regula conductas con la pretensión de afectar decisiones de los destinatarios de las normas".

107 E. Schmidt-Aßmann (2012), «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en J. Barnés Vázquez (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, (págs. 121-140) Sevilla: Global Law Press (pág. 138): el autor indica que es necesario la apertura a conocimientos propios de otras ciencias para que la "ciencia del Derecho Administrativo pueda cumplir eficazmente sus funciones de dirección en la sociedad, el Estado y la economía".

108 Hernández Gil (1988 b: 25).

109 Véase Zapatero Gómez (2009: 77 y 79), quien señala que concurren algunos como: "la información es escasa y costosa", dificultad de asimilación en algunas ocasiones, criterios de elección escasos y la consideración del ejercicio de la decisión pública como "un juego de poder".

110 Auby y Perroud (2013: 14).

111 P. Issalys (2011), «Impact Assessment as a Means towards Higher Quality of Legal Norms: beware of Blind Spots»,

Toda decisión pública, incluidas las normativas, producirán una serie de consecuencias en la sociedad, entre ellas los posibles impactos en distintos ámbitos de dicha realidad, pero se llevará a cabo su evaluación en aquellos supuestos y ámbitos en que sea relevante. Ello es fruto de un ejercicio simultáneo de valoración de la realidad y concienciación de aquellos que tienen que decidir (poderes públicos) en relación con el problema o necesidad a resolver[112], para lo cual se suele utilizar reglas informales.

Así, se puede definir el impacto como la consecuencia del comportamiento de la norma en sus destinatarios [113] . Es necesario diferenciar el término impacto de otros similares. Así, M. Mousmouti[114] distingue entre resultados (*results*) que son consecuencias directas e inmediatas de la implementación de las normas, los resultados finales o conclusiones (*outcomes*) que los define como los efectos acumulativos de resultados directos que incluyen cambios legales, de comportamiento o sociales más amplios, y los impactos (*impacts*) que reflejan el efecto total de una norma sobre el comportamiento positivo y negativo independientemente de lo que el legislador tenía en mente (estableciendo conexiones causales entre la norma y el comportamiento humano).

La lista de los potenciales impactos es amplia, pudiendo establecerse distintas clasificaciones atendiendo a su existencia, grado de intención, efectos en la esfera de las personas[115], su incidencia

---

en L. Mader y M. Tavares de Almeida (eds.), *Quality of Legislation. Principles and Instruments* (págs. 208-217), Baden-Baden: Nomos (pág. 208), afirma que con la evaluación de impacto se sugiere que el futuro pueda ser dominado, que la predicción basada en el conocimiento puede conducir a una medida de seguridad de los resultados.

112 Para determinar la importancia y naturaleza del impacto podría ser útil realizar una serie de preguntas, como así establece las Directrices de evaluación de impacto en los proyectos legislativos elaborado por el Ministerio de Justicia de Finlandia en 2008, referido a los siguientes aspectos: 1.º) *Referido a los sujetos* (grupos de personas, empresas u otras partes interesadas) *y zonas geográficas, principalmente, afectados* y que son objeto importante de dichas repercusiones. 2.º*) Alcance de los impactos*, que puede afectar a un sector social determinado o subgrupo o extenderse a amplios sectores de la sociedad. 3.º *La determinación de los tipos de impactos* (directos o indirectos) que se producen *y como se pueden reducir o eliminar los negativos.* 4.º) *Tiempo de manifestación del impacto.* Dicha manifestación puede ser rápida, produciéndose a la entrada en vigor de la norma o retrasarse a un momento posterior. Además, sería adecuado determinar el plazo en el cual se manifiesta dichos impactos, puede ser a corto, medio y largo plazo. No obstante, dichos impactos pueden ser instantáneos o recurrentes, teniendo, en este último caso, un carácter temporal o persistente en el tiempo. 5.º) *Probabilidad que se haga real el impacto estimado.* 6.º) *La aplicación del principio de riesgo y precaución en la realización del impacto*, determinando si se da la existencia de dichos riesgos en la mencionada realización, y, que los mismos pueden ser estimados y manejados. 7.º) *Relaciones entre distintos impactos,* para lo cual se determinarán las relaciones mutuas entre los mismos, y, su posible combinación, teniéndose en cuenta la posibilidad de existencia de impacto acumulativo. 8.º) *Coordinación con otros proyectos normativos u otros que se inicien*.

113 L. Mader (1980), «Efficiency, effectiveness and legitimation: criteria for the Evaluations of norms», *Ratio Iuris*, vol. 2 [citado por A. Figueroa Laraudogoitia (1995), «La evaluación del Derecho», en A. Figueroa Laraudogoitia (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 11-28), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, (pág. 22)], establece los impactos como un criterio de evaluación, por el que se entiende el conjunto de efectos de la legislación, comprendiendo los comportamientos, hechos o situaciones ligadas por una relación de causalidad a una decisión legislativa determinada.

114 Véase M. Mousmouti (2019), *Designing Effective Legislation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing (págs. 86 y 87).

115 Se establecen en virtud del efecto que pueden tener en los intereses de los destinatarios directos de las normas. Para esto sería necesario determinar el grupo subjetivo a quien afecta directamente la norma. Podemos convenir con que dicha

más o menos directa, afección en el tiempo (continuada o no, instantánea o repetitiva) y sujetos, su susceptibilidad de evaluación económica o no[116] y el grado de intensidad. Pero uno de los más importantes, y más usado por los distintos Estados en la evaluación de impacto normativo (incluido España), es el determinado en virtud de los ámbitos materiales o sectoriales de la realidad a la cual afecte y estará asociada a la política pública de la cual pende, por ejemplo, salud, medio ambiente, servicios sociales y economía. Así, la Unión Europea se ha centrado, fundamentalmente, en tres tipos de impactos que afectan a determinados ámbitos sectoriales de la realidad, que son los económicos, sociales y ambientales. Otro caso es el de Finlandia, donde se han recogido como impactos relevantes: el institucional, el económico, el medioambiental y el social[117]. Este enfoque tiene de positivo que permite centrarse en aspectos concretos de la realidad, pero, a la vez, puede ser contraproducente, porque no existe una visión omnicomprensiva de la misma.

Pese a lo dicho, parece reconocerse una cierta tendencia al predominio de la evaluación de los impactos económicos respecto a los impactos sociales[118].

Pero, además, debe determinarse la adecuada coherencia interna y externa de los impactos en los distintos sujetos destinatarios de las normas. La coherencia interna viene referida a la misma norma, y, la externa vendrá relacionada con otras normas de la misma o distinta política pública que incidan en la materia objeto de regulación. A estos efectos, no solo es necesario una coordinación de la política pública y de las normas que plasman aquella, sino de otras normas

norma pueda tener efectos positivos para determinados sectores y para otros no, dentro de los destinatarios. O, también, encontrarnos como esta afecta indirectamente a otros sujetos, especialmente aquellos directamente afectados por otras normas de la misma política pública o de otras políticas públicas.

116 De la norma se puede desprender que determinados impactos pueden tener una incidencia directa en el ámbito económico de las personas destinatarias. En cambio, otros impactos no inciden directamente en su ámbito económico, pero son susceptibles de determinarse monetariamente utilizando, a esos efectos, distintas metodologías. Por último, habrá impactos de difícil determinación económica por distintas razones, como puede ser, por ejemplo, el medio ambiente.

117 Así lo recogen las Directrices de evaluación de impacto en la elaboración de los proyectos legislativos, elaborado por el Ministerio de Justicia finés (*Säädösehdotusten vaikutusten arviointi: Ohjeet*) en 2007. Estas directrices vienen a reemplazar a las siguientes resoluciones gubernamentales sobre evaluación de impacto: económico (1998) (*ohjeet taloudellisten vaikutusten arvioinnista*), medioambiente (1998) (*ympäristövaikutusten arvioinnista*), empresa (1999) (*yritysvaikutusten arvioinnista*) y desarrollo regional (2003) (*ja aluekehitysvaikutusten arvioinnista*). Además, junto a las mencionadas directrices, hay que resaltar las Instrucciones de 2004 de elaboración de proyectos gubernativos (*Hallituksen esityksen laatimisohjeita*) y la Evaluación de Impacto de Género en Proyectos Legislativos (2007) [*Sukupuolivaikutusten arvioiminen lainsäädäntöhankkeissa (Suvaopas)*].

118 Así, la OCDE (2018 a: 66 y 67), destaca los impactos económicos (entre ellos, la competencia y las pequeñas empresas) y presupuestarios. Junto a ellos se lleva a cabo la evaluación de los impactos en el medio ambiente y en el sector público. También, señala que, a pesar de su aumento, el análisis de los impactos sociales, por ejemplo, sobre la desigualdad de ingresos y la pobreza, siguen siendo comparativamente menos desarrollado en todos los países. De todas formas, dicha organización supranacional indica la necesidad de un aumento de la evaluación de los impactos en las jurisdicciones extranjeras y de las nuevas tecnologías. En este sentido, véase D. Canals Ametller (2020), «Género y normas», en D. Canals i Ametller (dir.), *La evaluación de impacto normativo por razón de género* (págs. 15-34), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 25), donde avisa de las consecuencias negativas de un punto de vista excesivamente económico, sin tener en cuenta otros impactos como los sociales, al afirmar que la evaluación que se enfoque "esencialmente a objetivos económicos" produce un aumento de "los costes sociales, en especial para determinados colectivos vulnerables".

jurídicas y políticas públicas que tengan relación con aquellas, como ya he mencionado, estableciéndose una coordinación necesaria y, en su caso, unas medidas compensatorias al respecto. Sobre ello, volveremos más tarde.

De otra parte, la búsqueda de la calidad normativa conlleva la determinación de los parámetros para la consecución de unas mejores normas. Dichos criterios o indicadores, que sirven para la mencionada medición, deben incluirse en las distintas fases propias de la norma: en su elaboración, aplicación y cumplimiento. Esta determinación, y su nivel de conocimiento y constancia, estará en íntima dependencia de la importancia que le otorgue los poderes públicos al respecto.

En este sentido, el procedimiento regulatorio no es un fin en sí mismo. Se tiene que basar en la evidencia y en la consulta, entre otros aspectos. Dicho procedimiento no solo hay que verlo desde el diseño institucional (como propone el Grupo presidido por Karkatsoulis que hizo un informe en 2003 al Conjunto de Ministros de Administraciones Públicas sobre la aplicación del Informe Mandelkern), sino ir más allá de este y analizar cómo el procedimiento está en funcionamiento. Para realizar la evaluación se hace necesario comenzar con indicadores relativos a los objetivos perseguidos, cuya consecución deberá perdurar en el tiempo indefinidamente, además de ser un instrumento que sirva para hallar y enmendar propensiones indeseadas o introducir mejoras en la eficacia de la gestión[119].

Por tanto, es necesario la adecuada configuración de un buen sistema de indicadores que, en el proceso de evaluación, asegure una mejora en el proceso de toma de decisiones en todos los ámbitos de la organización, que proporcione información al respecto, atendiendo a cada momento, de conformidad con la necesidad, oportunidad y proporcionalidad de la decisión, permitiendo cuantificar, a estos efectos, la calidad normativa, de acuerdo con los distintos parámetros establecidos al respecto.

Ello requiere, en primer lugar, concretar el significado o concepto de indicador. Así, según, Ortigueira[120] un indicador se conceptúa como "una magnitud que está siempre asociada a la noción de fenómeno o sistema", para lo cual "puede desempeñar dos tipos distintos de funciones", una con "un carácter descriptivo" que "intenta ilustrar sobre el conocimiento de la situación del sistema

119 Ante la clara determinación de objetivos debe, a su vez, poder establecerse unos indicadores mínimos que, durante el ciclo regulatorio, puedan verificar la consecución o no de aquellos y su grado, determinando las causas de su falta de logro como, por ejemplo, su mal diseño o una incorrecta implementación. En consecuencia, el establecimiento de unos indicadores adecuados es sinónimo de un conveniente seguimiento y corrección de las decisiones tomadas.
120 M. Ortigueira (1987), *Administraciones Públicas. Teoría básica de las auditorías de gestión*, Granada: Publicaciones del Cur (pág. 13).

así como su evolución en el tiempo", y dos que "tiene una visión valorativa, es decir, de apreciación de los efectos que determinada acción o acciones pueden provocar o desencadenar en el sistema".

Otros autores[121] conceptúan, en este sentido, los indicadores como aquellos criterios que sirven para valorar los efectos de las normas jurídicas. Por su parte, Kells[122] establece que los indicadores son "sistemas de elementos cuantificables o relaciones numéricas para medir ciertos aspectos de los *inputs* de las entidades públicas, de su funcionamiento y de los resultados".

En consecuencia, los indicadores tienen dos funciones: por un lado, servir como instrumentos de medición, a través de la comparación, para la evaluación y, en segundo lugar, como instrumento de control[123].

Los indicadores deben cumplir una serie de requisitos, destacando los determinados en el mundo con el acrónimo *SMART (Specific, Measurable, Ambitions, Realistic and Timely)*[124], es decir han de ser: específicos, susceptibles de medición, ambiciosos, realistas y acotados en el tiempo.

Al respecto, Alvira[125] ha establecido las características teóricas de los indicadores: adecuación del sistema de indicadores a la finalidad del análisis (diseño conceptual para que midan las dimensiones mencionadas, debiendo ser relevantes), a un periodo temporal (es necesario un mantenimiento y actuación permanente para su utilidad), ser claros y mensurables (definidos de forma pragmática, sencillos y responder a lo que se vaya a medir), ser fiables (correspondencia elevada entre su valor y la realidad) y ser comparables entre ellos (en tiempo o en el espacio). Por esto, es necesario que el proceso de recopilación de datos en relación con el indicador debe permitir comprobar la fiabilidad del indicador conforme a las necesidades que se produzcan en el proceso de toma de decisiones.

121 J. Subirats, P. Knoepfel, C. Larrue y F. Varone (2012), «La evaluación de las políticas públicas y sus efectos», en *Análisis y gestión de políticas públicas* (págs. 211-237), Barcelona: Ariel.
122 H. R. Kells (1991), «The inadequacy of performance Indicators for Higher Education: the need for a more comprehensive and development construct», *Higher Education Management*, 2(3), págs. 258-270.
123 A. M. López Hernández y D, Ortiz Rodríguez (2004), «Los indicadores de gestión y el control de eficiencia del sector público», *Revista española de control externo*, vol. 6, 18, págs. 189-220 (pág. 198).
124 Así, la Comisión Europea en su Caja de Herramientas para mejorar la regulación (*Better regulation toolbox*), versión 2017, herramienta (*tool*) número 16 (pág. 101), lo establece como características de los objetivos a la hora de abordar una posible regulación. Así, Castilla y León, ha trasladado dichas características, casi en su totalidad, para los indicadores en su Guía de Racionalización y Simplificación de los Procedimientos (pág. 99), accedido el 9 junio 2021, de https://www.jcyl.es/web/es/administracionpublica/calidad-modernizacion/guia-racionalizacion-simplificacion.html, dichas características son extrapolables en la determinación de los indicadores de impactos en la calidad normativa.
125 F. Alvira (1991), *Metodología de evaluación de programas*. Madrid: CIS-Cuadernos Metodológicos.

Dentro de los distintos indicadores se pueden establecer distintas clasificaciones: por el modo de expresar sus valores de forma numérica o no, cuantitativos y cualitativos; por su grado de complejidad, simples u obtenidos de manera directa y compuestos u obtenidos a partir de indicadores simples; y otros por el contenido.

Centrándonos en aquellos que expresan sus valores de forma numérica o no, que son de los más comunes en su utilización, se pueden, a su vez, dividir en aquellos indicadores de impacto, percepción (sobre la actuación del sector público) y entorno (elementos externos de la organización pública que tienen un vínculo con ella). En este sentido, los indicadores que miden el resultado conseguido con la implementación pública, atienden el nivel de consecución de los objetivos que se habían propuesto alcanzar o si se han cambiado los aspectos de la realidad que, de no haberse aprobado la norma o proyecto, no hubieran cambiado: si la respuesta es afirmativa, vemos la incidencia de dicha norma en la conducta de las personas, y de las relaciones causa-efecto, entre las medidas que conllevan y los acontecimientos de la realidad, lo que lleva a determinar si cumplen con los objetivos y los indicadores determinados. En resumen, se trata de verificar los cambios de conducta en virtud de la norma y si estos se corresponden con los predeterminados y consiguen el fin preestablecido, para lo cual es necesario su evaluación posterior[126]. La determinación de cada uno de los indicadores atenderá a la idiosincrasia de cada uno de los impactos. El ejemplo típico de indicadores, en el ámbito español, son los determinados para la evaluación de impacto de género[127], como veremos en el Capítulo IV. Estos indicadores son propios de una nueva forma de gestión pública conocida como "de las reglas a los resultados", donde los fines "son relativamente más importantes que los medios", siendo necesario una evaluación de la actuación en términos de resultados y una mayor responsabilidad por el rendimiento, para lo cual es necesario una fiscalización y control ciudadano[128]. Así, Coglianese establece que los "indicadores dependen de problemas específicos de interés para los responsables políticos, así como sobre la disponibilidad de datos, pero los mejores indicadores serán generalmente aquellos que miden el problema final de la regulación o política". A lo cual, dicho autor añade que se determinarán según los criterios adoptados en la toma de decisiones gubernamentales[129], planteando la oportunidad de un indicador único que mida el desempeño

126 Subirats. Knoepfel, Larrue y Varone (2012: 214 y 215).
127 Véase Instituto Andaluz de la Mujer (2003), *Indicadores de género. Guía Práctica*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, e Instituto Andaluz de la Mujer (2013), *Manual práctico para la identificación de las desigualdades de género*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer. También, Institut Català de les Dones (Generalitat de Catalunya) (2005), *Informes de Impacto de Género*, Barcelona: Institut Català de les Dones (págs. 32 y 47), donde se establece como fundamental la obtención de datos desagregados por sexos para conocer la realidad, tanto en la información cuantitativa como cualitativa.
128 OCDE (1997 b), *La ética en el servicio público. Cuestiones y prácticas actuales*, versión traducida al español, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Boletín Oficial del Estado (págs. 119-122).
129 C. Coglianese (2012), «Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory

regulatorio (*regulatory performance*), lo cual podría incluirse como un posible impacto normativo, como veremos en el Capítulo IV.

En este contexto, algunos autores[130] establecen que, generalmente, nos encontramos con tres tipos de criterios o indicadores: los que sirven para analizar la efectividad de las normas; los que determinan que la norma es eficaz y aquellos que sirven para determinar si la norma es eficiente[131].

En definitiva, el instrumento de la evaluación de impacto normativo cuenta como elemento clave constitutivo con el impacto, a partir del cual es posible la realización de la decisión pública. Ahora bien, tan importante es la determinación de los impactos como los elementos comparativos que suponen los indicadores, que deberán atender a cada caso concreto y responder a requisitos específicos.

Por otro lado, existe una multiplicidad de impactos, imponiéndose en casi todos los países la medición de los impactos en distintas materias de la realidad. Ello favorece, de una parte, la atomización del análisis o evaluación, pero, a la vez, permite llegar a un análisis omnicomprensivo de la realidad, aunque ello pueda dificultar la agilidad y exactitud del análisis o evaluación y, en última instancia, de la decisión pública.

1.3.4. *Reducción de cargas administrativas. Estudio de los modelos más utilizados en el Derecho comparado*.

La preocupación por la incidencia de la legislación en la ciudadanía y las empresas se deja sentir en una cierta tendencia de la mejora regulatoria: la sociedad evidencia un sentir favorable a la disminución de la maquinaria burocrática excesiva y por una dinamización de la economía, en

policy», *Expert Paper,* 1, Paris: OCDE Publicaciones (págs. 3 y 18), manifiesta que existen cuatro tipos comúnmente utilizados: impacto/efectividad, rentabilidad, beneficios/eficiencia netos y equidad/equidad distributiva, siendo los indicadores ideales aquellos que miden los resultados finales, no obstante, afirma que juegan un papel nada despreciable los indicadores de actividades, comportamientos y resultados intermedios (pág. 22).

130 Subirats. Knoepfel, Larrue y Varone (2012).

131 En este sentido, sería necesario diferenciar entre indicadores de evaluación de impacto normativo, de los indicadores de buena regulación que se hayan establecido. A estos efectos, puede hacerse referencia a los Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE (*Indicators of Regulatory Policy and Governance, iREG*) [véase R. Schultz, C. Arndt-Bascle, P. Davidson y B. Gerloff (2019), «Better indicators for better regulation: the OECD iREG experience», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 51-67. También, se puede señalar los indicadores globales de gobernanza reguladora (*global indicators of regulatory governance*) del Banco Mundial, accedido el 12 abril 2020, de https://rulemaking.worldbank.org/. Véase, también, F. De Francesco y C. M. Radaelli (2007), «Indicators of regulatory quality», en C. Kirkpatrick y D. Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 36-55)*,* Cheltenham: Edgar Elgar.

la cual la Administración Pública tiene que gestionar sus recursos de forma eficiente[132]. La reducción del coste de oportunidad de las relaciones ciudadanos-Administraciones Públicas tiene una repercusión directa en la ciudadanía, no sólo por el aumento de competitividad de las empresas (especialmente sobre las pymes[133]), que puede generar un mayor empleo y crecimiento económico, sino, también, porque puede afectar de forma positiva a los consumidores, debido a una posibilidad de abaratamiento de precios de productos y servicios. Estamos ante un argumento clave, con capacidad para incidir en la toma de decisiones normativas, de carácter discrecional.

La consecuencia de este planteamiento es que el impacto económico de la legislación se torna importante, como un elemento propio de la racionalidad económica regulatoria. En este contexto, las instituciones supranacionales como la Unión Europea y la OCDE han decidido, junto a determinados Estados, iniciar un camino de reducción progresiva de dicho impacto, atendiendo especialmente a las llamadas cargas administrativas[134]. Esta construcción que nace, en un principio, como un elemento propio del impacto económico de la regulación, con el paso del tiempo va ganando en autonomía respecto al anterior, como es el caso de España, con la finalidad de evitar el efecto perverso de la regulación ineficiente (de ahí la conexión del principio de eficiencia con el de buena regulación, como señala, por ejemplo, el artículo 129.6 de la LPAC), para conseguir reducir las cargas administrativas existentes inadecuadas.

Así, y en relación con las cargas administrativas, en Europa se ha intentado hacer un desarrollo profundo en su identificación, medición y reducción. Esta preocupación por este tipo de medición parcial económica de las normas se ve reflejada en la creación de asociaciones entre los distintos Estados al respecto. Es el caso de la Red del Modelo de Costes Estándar, creada con la intención del establecimiento y desarrollo de dicho modelo[135]. Otras se deben a asociaciones informales

132 M. D. Rego Blanco (2014), «Las cargas administrativas: su concepto y régimen jurídico para su reducción», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 239-282), Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 241), sostiene que la "política de reducción de cargas parte de una premisa muy sencilla: lo limitado de los recursos económicos del sistema y la conveniencia de orientarlos hacia la consecución más efectiva y eficiente del interés general", para lo cual hay que rehuir "que haya recursos que se apliquen infructuosamente al cumplimiento de obligaciones formales innecesarias, injustificadas o desproporcionadas".

133 Una de las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas, Bruselas, 24 de julio de 2014, a la Comisión es que debe aplicar rigurosamente el principio de "pensar primero a pequeña escala" y realizar la prueba de competitividad a todas las propuestas legislativas y centrarse, específicamente, en las necesidades de las pymes y las microempresas. Para ello, estas deben quedar exentas de las obligaciones impuestas por la Unión Europea en la medida de lo posible y siempre que el objetivo político de la legislación no se vea amenazado.

134 Sobre el impacto económico que supone la reducción de las cargas administrativas en el producto interior bruto de distintos países, véase J. M. Iváñez Gimeno (2009), «Una primera evaluación de una política de reducción de cargas administrativas en España», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 311-372), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

135 OCDE (2008), *Reducir el papeleo. Estrategias Nacionales para la Simplificación Administrativa*, París: OCDE Publicaciones (págs. 15 y 16).

generadas para avanzar en un desarrollo más profundo de la cuestión, como es la generada entre distintos Estados de la Unión Europea para analizar más allá de las cargas administrativas, entrando a valorar otros costes que se generan de la regulación[136].

En este contexto, se han estandarizado algunos aspectos como la definición de carga administrativa. Así, en Bélgica, el Manual para la realización del análisis de impacto[137] establecía que las cargas administrativas son todas las formalidades y las obligaciones administrativas que incumben a la ciudadanía, a las empresas y al sector sin ánimo de lucro, directa o indirectamente ligadas a la ejecución, al respeto o al mantenimiento de un derecho, de una prohibición o de una obligación según consta en una ley, un decreto, un reglamento, una circular o un tratado internacional[138]. En este país, en el año 2013 se produjo una disminución global de 269 millones de euros, acumulándose una reducción de las cargas administrativas desde 2008 de 854 millones de euros[139].

Otro ejemplo fundamental es el de los Países Bajos, no solo por la creación de una metodología para la identificación, medición y reducción de cargas administrativas adoptada por muchos países[140], cual es el Modelo de Costes Estándar (*Standard Cost Model*), sino, también, porque fue

136 Dicha medición ha tenido lugar en áreas específicas, como bien establece el documento denominado "Documento de posición 2012" suscrito por el Consejo Asesor sobre Carga Regulatoria (*Dutch Advisory Board on Regulatory Burden,* anteriormente *ACTAL* y ahora *ATR*), el Consejo Nacional de Control Regulatorio (*Nationaler Normenkontollrat, NKR*), el Comité de Política Reguladora (*Regulatory Policy Committee, RPC*) y el Consejo Regulador Sueco (*Regelrådet*), en el que manifiestan ante la finalización del Programa de Reducción de Cargas Administrativas de la Unión Europea que, a partir de la experiencias de dichos países, *las cargas administrativas son sólo una pequeña parte de los costes que las empresas tienen que hacer frente debido a la regulación*. Por lo tanto, en Alemania y los Países Bajos se ha ampliado el alcance de la carga administrativa para la carga normativa general en sus programas nacionales, en el Reino Unido, el Comité de Política Regulatoria escudriñó, sistemáticamente, un análisis coste y beneficio completo, y, el Consejo Regulador Sueco examina, también, la carga normativa general al examinar las evaluaciones de impacto.

137 Agence pour la Simplification Administrative (2014), *Manuel pour la réalisation de l'analyse d'impact* (págs. 32 y 33)*,* accedido el 26/2/2020, de http://www.simplification.be/webfm_send/541.

138 En el derecho comparado internacional observamos un distinto tratamiento a la normativa voluntaria (*voluntary regulation*) o aquella que "las empresas pueden optar por seguir" según la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006), «Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar. Una traducción del International Standard Cost Model»*, Papeles 6/2007*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas (págs. 21 y 22), es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, en el cual se mide toda la normativa voluntaria. Por otro lado, Suecia no distingue entre normativa voluntaria y obligatoria, mide la totalidad de la normativa. O, también, en relación con la medición del cumplimiento pleno, que algunos lo hacen (como Dinamarca, los Países Bajos, R. Unido, Suecia y Noruega) y otros no.

139 Véase *Rapport 2013 – Évolution des charges administratives fédérales*.

140 Una metodología distinta fue la adoptada por el Gran Ducado de Luxemburgo, que no utilizaba para la identificación y medición de las cargas administrativas el Modelo de Costes Estándar, justificándolo en que dicho sistema era demasiado complejo. En este país se propuso un método alternativo al anterior, que consistía en un estudio de los indicadores burocráticos, de carácter dinámico y fácilmente utilizable por todos los ministerios y Administraciones públicas, a través de un sistema de información de carácter cualitativo, para determinar las cargas administrativas sufridas por la ciudadanía en los procedimientos que deben completarse en un área concreta e identificar los impedimentos, siendo, en consecuencia, más fácil, según ellos, su medición y vislumbrar los aspectos positivos y negativos [véase, Ministerio de la Función Pública y de la Reforma Administrativa (*Ministère de la Fonction publique et Réforme administrative*) (2013), *Transparencia y simplificación administrativa de los procedimientos y formalidades del Estado* (*Transparence et simplification administrative des procédures et formalités de l'État*)].

el primer país en establecer un objetivo de reducción global de los costes de regulación en un 25% que se alcanzaría en el 2007[141] (ante lo cual volvió a establecer un nuevo objetivo del 25% a alcanzar en 2011).

En los distintos países puede afirmarse que la reducción de cargas administrativas nace de un contexto y de un convencimiento. En primer lugar, el contexto es el propio de una situación económica complicada; y, en segundo lugar, se parte de un convencimiento de que la excesiva intervención del Estado, como poder regulador, no es acorde a la velocidad de los problemas generados en la ciudadanía y no responde a los mismos, sino que genera aún más, debido a la hipertrofia normativa ya señalada, creándose una disfunción, puesto que el foco pasa de la preocupación pública de los fallos del mercado a los fallos del Gobierno (en este caso "fallos regulatorios").

Así, en determinados países, se ha prestado atención a la idea de la simplificación administrativa, en un principio, absorbiendo dicha idea la propia de la reducción de cargas administrativas. Era el caso, por ejemplo, del Ducado de Luxemburgo, donde las cargas administrativas estaban influenciadas de forma importante por la idea de simplificación administrativa, reconociendo que la medición de las cargas administrativa es, a menudo, la base para la simplificación administrativa[142].

En todo caso, los distintos países han desarrollado la idea de la reducción de cargas administrativas como un instrumento ágil y eficaz, en un primer momento, para, las empresas y, posteriormente, extenderlo a la ciudadanía en general.

En virtud de lo anterior, el desarrollo adecuado de la reducción de cargas administrativas precisa el establecimiento de una serie de elementos, a saber: la determinación de una metodología de aplicación de referencia; la concreción de sus correspondientes fases[143]; precisar los instrumentos necesarios[144]; una estructura organizativa establecida al respecto; la posibilidad de determinar

141 J. Torriti (2012), «Standard Cost Model: Three Different Paths and their Common Paths and their Common Problems», *Journal of Contemporary European Research,* 8, págs. 90-108 (pág. 93), accedido el 18 abril 2022, de https://www.jcer.net/index.php/jcer/article/view/322/325.

142 Véase Ministère de la Fonction publique et Réforme administrative (2013: 31).

143 Sería importante incluir la comprobación de la identificación de las cargas administrativas establecidas en la evaluación *ex ante*, ya que como afirma la OCDE (2008: 25) pueden diferir las determinadas en la evaluación *ex ante* con respecto a las "cargas reales implantadas como resultado de la normativa".

144 Según la OCDE (2008: 132 y 66), entre dichos instrumentos para reducir o minimizar las cargas administrativas se encuentran los procedimientos de evaluación de impacto normativo, aunque no sea su objeto básico, junto con otros instrumentos como la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación, los procesos de racionalización administrativa, y la modificación y racionalización de la normativa.

ámbitos prioritarios para la medición y reducción[145]; la identificación de objetivos de reducción[146]; y la elaboración de manuales u otros instrumentos que faciliten su realización.

En relación con la cuestión de la metodología, existen, a nivel europeo, dos metodologías de aplicación: por un lado, el Modelo de Costes Estándar (*Standard Cost Model* o *International Standard Cost Model, SCM*), del cual los distintos países que se adhieren a la red en torno a dicho sistema han adoptado metodologías similares a esta, como es el caso de España, que utiliza la variante denominada *Modelo Simplificado*[147]. El Modelo de Costes Estándar, es una de las metodologías que a nivel internacional más se utilizan para la medición de las cargas administrativas, y que deriva del análisis coste-beneficio[148]. Esta metodología tiene como origen la búsqueda de un sistema que facilite la medición de los costes generales y que sea compatible con los beneficios de las regulaciones, a través de un método desarrollado, en un primer momento, por consultorías y organizaciones de investigación durante una década a través de distintos

145 Es el supuesto de la Unión Europea que, en un principio, lo estableció con la legislación comunitaria, nacional y regional, cuyos ámbitos específicos estaban determinados en virtud del resultado final del "proyecto piloto que se completó en octubre de 2006", más las "contribuciones de las partes implicadas en el Programa Permanente de Simplificación", y, "los resultados de la consulta que se puso en marcha a raíz de la publicación del documento de trabajo de la Comisión adoptado el 14 de noviembre de 2006" [según Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2007) 23 final] y denominado "Medición para centrarse en los beneficios de la nueva ley en comparación con la legislación anterior" (*Measurement to focus on the benefits of the new act compared to the old legislation*). Por su parte, en el derecho comparado europeo encontramos distintos casos de aplicación, uno particularmente interesante es el de Países Bajos, donde los criterios de actuación del Consejo Asesor sobre Carga Regulatoria (*Adviescollege toetsing regeldruk*), variarán según las circunstancias, pero, en todo caso, evalúan los efectos de las normas sobre las empresas, la ciudadanía y los profesionales de atención de la salud, la educación, la seguridad y la seguridad social, con una única excepción en aquellas propuestas normativas en que se produce un aumento o disminución (estructural o incidental) de menos de 10.000 euros en las cargas administrativas para las empresas. Las propuestas normativas que contengan cargas administrativas que afecten a la ciudadanía deben presentarse siempre ante dicho Consejo Asesor. Así se ha optado, por ejemplo, en Dinamarca y Suecia, por contra otros países incluyen entidades o empresas públicas como son Países Bajos, R. Unido y Noruega.

146 Así lo establece el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2007) 23 final, determinando un porcentaje global de reducción del 25% de las cargas administrativas innecesarias, en el cual se puso como fecha límite el 2012. Véase Banco Mundial (2007), *Review of the Dutch Administrative Burden Reduction Programme*, *Doing Business*, Washington DC: Banco Mundial, que estableció una serie de instrucciones para la identificación de dicho objetivo, como recomendación al Programa de reducción de cargas administrativas 2003-2007 del Gobierno Holandés, donde se estableció una serie de pasos (concretamente ocho) para llevar a cabo dicha determinación: identificar la normativa a simplificar, evaluar las obligaciones normativas, establecer la situación contrafactual en relación a una medición, evaluar la carga incremental, decidir el objetivo de reducción (en virtud de un porcentaje de los costes medidos), búsqueda de medidas de reducción, evaluar la reducción de costes como resultado de las iniciativas de simplificación y calcular la reducción de los costes comparado con el objetivo.

147 Así, K. Wegrich (2007), *The Administrative Burden Reduction Policy Boom in Europe. Accelerated policy learning, blind copying or bureaucratic politics*?, presentado en la Conferencia Anual de la ECPA, Madrid (pág. 8) afirma el aumento en dos años del "2005 (…) a principios de 2007", pasando de "tres países" a "15 de los estados miembros de la UE-25/AELC habían desarrollado dichos programas" de "medición y reducción de costes administrativos", incluyéndose "casi todos los estados miembros de la UE antes de la ampliación de 2004", aunque en "el proceso de difusión de políticas incluye algunos nuevos estados miembros, así como los dos países más grandes de la AELC (Noruega y Suiza)".

148 Véase, al respecto, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006: 8-10), así desde una perspectiva general, los costes que pueden generar una norma administrativa pueden ser sociales, ambientales o económicos. El Modelo de Costes Estándar mide determinados costes económicos de adaptación (no, otros costes económicos como los financieros directos, tributos y costes estructurales a largo plazo) que repercuten a las empresas privadas (no a la ciudadanía y Administraciones Públicas), denominados cargas administrativas.

proyectos piloto[149].

No obstante, dicha metodología es limitada en cuanto a la medición de costes administrativos, (concretamente las cargas administrativas), puesto que sólo mide los que recaen sobre las empresas "como consecuencia de la obligación normativa de aportar a la Administración o de tener disponible una determinada información"[150]. Sin embargo, esta metodología ha ido evolucionando, aunque cargada de ciertas críticas[151], extendiéndose la medición respecto de la ciudadanía generalmente considerada, como se ha señalado[152].

El Modelo de Costes Estándar tiene como contenido la comparativa en la medición de las cargas administrativas, que constituye un elemento objetivo en su relación con la evaluación de los impactos, siendo un instrumento bastante riguroso al respecto[153].

La otra metodología importante es la establecida por la Unión Europea denominada *Modelo de Costes Estándar adaptado a la Unión Europea* (abreviado MCE UE o en inglés *EU Net Administrative Cost Model*)[154], que podemos definir como aquella metodología comunitaria que

149 K. Wegrich (2009), «The Administrative Burden Reduction Policy Boom in Europe: Comparing mechanisms of policy diffusion», *Centre for Analysis of Risk and Regulation. Discussion Paper*, 52, accedido el 29 febrero 2020, en http://eprints.lse.ac.uk/36536/1/Disspaper52.pdf.

150 P. González de Herrero Fernández, L. Castro Pérez y M. Farmer (2006), «Una Metodología para la Medición de los Costes Administrativos: el Standard Cost Model», *Papeles 4/2006*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas (págs. 16 y 17).

151 C. M. Radaelli y F. De Francesco (2007), *Regulatory quality in Europe. Concepts, measures and policy process*, Manchester y Nueva York: Manchester University Press (pág. 92), ya que "se basan en supuestos poco realistas sobre el cumplimiento", además de que "las estimaciones puntuales a menudo son menos informativas que los rangos probabilísticos" y "las cargas administrativas son sólo un componente de los costes directos", centrándose "en un tipo limitado de coste regulatorio" (olvidando, por ejemplo, el coste de cumplimiento), y se centra dicha reducción a las empresas en un primer momento.

152 Véase J. Van den Hurk, P. Rem y M. Jansen (2008), *Standard Cost Model for Citizens User's guide for measuring administrative burdens for Citizens,* La Haya: Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino.

153 La fórmula que utiliza en la metodología Modelo de Costes Estándar es la siguiente: coste total= precio [(coste por hora x tiempo) + adquisiciones] x cantidad (población de empresas afectadas x frecuencia de la actividad concreta a completar en un año). El coste por hora reseñado aparece de la aplicación de los siguientes conceptos: salario por hora y gastos generales o costes de administración no concretados en un proceso de prestación o producción (por ejemplo, gastos de suministros), todo ello multiplicado por el tiempo utilizado para realizar la actividad.

154 La mayoría de las principales características metodológicas propuestas por la Comisión se asemejan mucho al Modelo de Costes Estándar. Así se utiliza la misma ecuación de base, los mismos parámetros de costes pertinentes (tarifas internas/externas, costes de equipos y de suministros, etc.), las mismas fórmulas para expresar la frecuencia de las actividades administrativas y el mismo planteamiento para el análisis del rendimiento de una *entidad normalmente eficiente*. No obstante lo anterior, este modelo se diferencia del Modelo de Costes Estándar, siguiendo lo establecido en la Comunicación de la Comisión, COM (2006) 691 final, Documento de trabajo de la Comisión-Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea {COM(2006) 689 final} {COM(2006) 690 final}, en una serie de aspectos que son los siguientes: 1) Sujetos destinatarios de la obligación de información: el Modelo de Costes Estándar adaptado a la Unión Europea es más amplio, al incluir a empresas, sector asociativo, autoridades públicas y ciudadanos (pág. 4 de dicha Comunicación). 2) Evalúa la reglamentación excesiva, ya que en virtud de "su hoja de información permite poner en relación las medidas de transposición y el acto original y dar cuenta de la sobrerregulación" (pág. 9 de la Comunicación). 3) Destinado a fines microeconómicos, no tiene una finalidad macroeconómica (con este carácter nos podemos encontrar, por ejemplo, la posibilidad de aumentar el producto interior bruto global en los Estados miembros), ya que se refiere solamente a las obligaciones de información de mayor coste, aplicándose una relación de

tiene como objeto el establecimiento de un enfoque cuantitativo único en la Unión Europea, fundamentada en el Modelo de Costes Estándar, pero adaptada a la realidad de la Unión, para el análisis de la cargas administrativas, como una acción enmarcada en la reforma del procedimiento legislativo dentro de la política *better regulation*.

De la definición de dicha metodología podemos resaltar dos de sus requisitos: de un lado, se trata de una metodología cuantitativa única (es necesario que se den tres elementos básicos comunes: una definición común, una ecuación básica y un formulario de información); y, de otro, su flexibilidad, al ser optativos estos elementos, para los Estados y las propias Instituciones de la Unión, pudiendo introducir elementos específicos en su metodología para evaluar las cargas administrativas impuestas por la legislación, siempre que las cifras resultantes permitan compararse fácilmente, y puedan sumarse sin dificultad y de modo fiable para la evaluación de las cargas acumuladas. Esta metodología establece una cuantificación específica basada en los costes[155].

Por otro lado, la identificación y reducción de cargas administrativas pasa por una primera fase, en la que hay que identificar las cargas administrativas; en segundo lugar, procede su medición; y en un tercer momento, la decisión de su mantenimiento, modificación o supresión[156]. Sobre esta

proporcionalidad directa entre la precisión en el trabajo de campo y las simulaciones con respecto a la relevancia de la carga o beneficios posibles de la reducción. 4) Mide costes administrativos y reduce cargas administrativas. Aunque cuando se aplica a la evaluación de impacto (*ex ante*), el Modelo de Costes Estándar adaptado a la Unión Europea "sigue un planteamiento basado en los «costes netos», en el que éstos se definen como los costes que generaría la medida propuesta, menos los costes que esta eliminaría en la UE o a nivel nacional", siendo "concebida específicamente para el análisis *ex ante*, no es, como tal, adecuada para medir los costes de la legislación en vigor" (de conformidad con lo establecido en la página 9 de la mencionada Comunicación de la Comisión). 5) En varios aspectos como la división de responsabilidades, informes y tipología de las obligaciones. El Modelo de Costes Estándar adaptado a la Unión Europea "incluye no solo las obligaciones de información hacia las Administraciones Públicas (...), sino también las obligaciones de información hacia el sector privado, en particular los consumidores" (pág. 8 de la mencionada Comunicación). 6) "En las modalidades de fijación de un umbral de exclusión para las obligaciones de información", ya que, según la Comunicación de la Comisión antedicha, de conformidad con el "principio de análisis proporcionado", la metodología de la Unión Europea "atribuye particular importancia a la definición de los umbrales más apropiados que deben utilizarse para determinar las obligaciones de información que no van a incluirse en el análisis" (págs. 8 y 9 de la Comunicación). 7) Puede incluir, además de los costes de personal y gastos generales, otros como, por ejemplo, los costes extraordinarios.

155 Los beneficios de dicha metodología común son señalados en el apartado 4 de la Comunicación de la Comisión [COM (2005) 518 final] relativa a una metodología común de la UE para la evaluación de los costes administrativos impuestos por la legislación {SEC(2005)1329}. La *finalidad* que tiene este modelo es reducir los trámites burocráticos a las empresas, calculándose las cargas administrativas sobre la base del coste medio de la actividad administrativa necesaria (Precio) multiplicado por el número total de actividades realizadas por año (Cantidad). El coste se estima, en general, multiplicando una tarifa (basado en coste laboral medio por hora, incluyendo los gastos generales) y el tiempo requerido por acción. Se toman otros tipos de costes en cuenta como: la subcontratación (*outsourcing*), los equipos o los costes de suministros, etc., según proceda. La cantidad se calcula como la frecuencia de las acciones requeridas, multiplicado por el número de entidades en cuestión. La *ecuación básica del SMC* es Σ P x Q, donde P (por precio) = Tarifa x Tiempo y Q (por cantidad) = Número de empresas x Frecuencia). A estos efectos se elaboró un *Manual de uso para la aplicación del Modelo que se incluyó en las Directrices de evaluación de impacto*, de 15 de marzo de 2006.

156 La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006: 27-56), afirma que el proceso necesario para llevar a cabo la medición en el Modelo de Costes Estándar "puede dividirse en cuatro fases y 15 (sic) pasos". Dichas fases son las siguientes: una de inicio (identificando la normativa), un análisis preparatorio, la

cuestión volveré más detenidamente en el Capítulo IV.

Además, el objetivo de la reducción de las cargas administrativas precisa de una serie de estructuras organizativas, de medios personales y materiales para llevarse a cabo de forma adecuada. Por tanto, es cierto que reducir las cargas administrativas puede ser exigente tanto en recursos como por la gran cantidad de datos a recabar por los centros directivos[157]. Sin embargo, debe insistirse en las bondades y ventajas desde una perspectiva económica.

Así, en relación con la determinación de una estructura organizativa al respecto, se debe partir no solo de la concreción de los órganos que van a llevar a cabo la identificación de las cargas dentro del proceso regulatorio[158], sino también del establecimiento de un órgano específico y especializado al respecto que va a realizar la metaevaluación (que consiste en evaluar la evaluación). Un ejemplo claro de esto último son los Países Bajos, a través de la agencia independiente denominada Consejo Asesor sobre Presión Reguladora[159]. En el ejercicio de sus funciones, este órgano presenta un informe al ministro responsable de la normativa sobre las cargas administrativas de la regulación. Los resultados de sus dictámenes pueden ser cuatro: proponer que se adopte la norma (favorable); que se adopte, pero que sus comentarios se tengan en cuenta (favorable con comentarios); se condiciona su adopción siempre y cuando se tenga en cuenta sus comentarios (favorable condicionado); o recomendar que no se adopte la norma (desfavorable). La independencia y el carácter, no solo preceptivo, sino vinculante de su actuación, generó recelos entre los distintos centros directivos, para lo cual se creó una Unidad Interministerial de Reducción de Cargas (*Interdepartementale Projectdirectie Administratieve Lasten*, *IPAL*).

En contraposición, también se puede constituir un Grupo de expertos de distintos ámbitos

obtención y estandarización de los datos relativos a tiempo y costes y, por último, el cálculo, difusión e informes.

157 Torriti (2012: 90).

158 El sujeto que valora las cargas administrativas es el órgano encargado de la redacción de la norma, que debe apreciar qué tipo de cargas impone. Al respecto, podría establecerse una unidad de coordinación central que tuviera un carácter transversal para la Administración Pública correspondiente, siguiendo el ejemplo de otros países europeos como es el caso de Dinamarca con la Agencia Danesa de Comercio y Empresas, de Noruega con el Ministerio de Comercio e Industria, de Países Bajos con el Ministerio de Economía y de Suecia con la Agencia Sueca para el Crecimiento Económico y Regional (*Nutek*).

159 Su regulación se recoge en el Decreto institucional de ACTAL [*Besluit van 16 juni 2011, nr. 11.001442, houdende instelling van Actal, adviescollege toetsing regeldruk (Instellingsbesluit Actal 2011)*], modificado parcialmente en el 2014. Dicho órgano creado el 1 de mayo de 2000 (en virtud del Decreto de 30 de marzo de 2000, por el que se establece una Junta Consultiva sobre la evaluación de las cargas administrativas - *Besluit van 30 maart 2000, houdende instelling van een Adviescollege toetsing administratieve lasten*-), tiene un carácter temporal, ampliándose sus distintos mandatos hasta el 1 de junio de 2017 (a partir de esta fecha se sustituye *ACTAL* por *ATR*), ejerciendo funciones de órgano consultivo que asesora al Gobierno (*Nederlandse regering*) y a ambas Cámaras del Parlamento (denominada "Staten Generaal", compuesta por la Cámara alta del Parlamento o *Eerste Kamer* y la Cámara baja *Tweede Kamer*) sobre las cargas regulatorias impuestas sobre los sujetos reseñados anteriormente (también, tiene la tarea de asesorar, a petición de las autoridades locales municipales, el impacto de las cargas en las regulaciones propuestas y demás normas municipales).

relacionados con la materia concreta, que establecerán los elementos que hay que tener en cuenta en el proceso de reducción de cargas[160].

Por último, la evaluación de cargas administrativas para su reducción puede apoyarse en la elaboración de documentos que facilite el trabajo, al modo de Manuales o similares. Así, puede establecerse un listado de comprobación que dirija el análisis o evaluación en materia de cargas administrativas[161], además del establecimiento de una serie de medidas, sin ánimo de ser exhaustivos, de reducción de cargas administrativas[162].

En definitiva, la reducción de las cargas administrativas se presenta como una oportunidad para reducir aquellos costes administrativos que se generan por la obligación normativa de dar determinada información o disponer de ella. Las cargas conllevan un proceso en el cual, una vez identificadas, y medidas, se procederá a su reducción, supresión, mantenimiento o aumento. En estos dos últimos casos, deben estar justificada su necesidad y proporcionalidad al fin de interés general que pretende atender la decisión pública. Se debe tender a perfeccionar este procedimiento y cumplir materialmente con esta obligación, que tiene una trascendencia fundamental para complementar el análisis o evaluación de impacto normativo, debido a su importancia económica y en relación con ámbitos diversos como consumo, competencia, bienestar y racionalización de la decisión. Esto exige, además, articular no solo una organización institucional, sino una

160 Es el caso, por ejemplo, del Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas (GAN) creado en 2007, en virtud de la Decisión de la Comisión 2007/623/CE, con el fin de asesorar a esta acerca de la aplicación del Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea. El Grupo, presidido por Edmund Stoiber, antiguo primer ministro de Baviera, constaba de 15 miembros seleccionados por su experiencia en la mejora de la legislación y en las áreas de intervención contempladas en el Programa de Acción. El mandato de dicho Grupo se prorrogó y amplió dos veces, en virtud de dos modificaciones de aquella Decisión: una en 2010 [hasta el 31 de diciembre de 2012, mediante la Decisión de la Comisión de 17 de agosto de 2010 (2010/C 223/03) con la finalidad de aprovechar plenamente el potencial de ahorro del Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea] y otra en 2012 [Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2012 (2012/C 382/08) que expiró el 31 de octubre de 2014]. El 24 de julio de 2014, en Bruselas, dicho Grupo emitió su informe final, realizando una serie de recomendaciones para reducir la burocracia en Europa. En total, el Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas adoptó más de 45 dictámenes e informes que presentaron a la Comisión, incluyendo varios cientos de sugerencias para reducir las cargas administrativas, y puso de relieve las mejores prácticas de aplicación de la legislación de la Unión Europea en los Estados miembros de la manera menos gravosa. Muchas de estas sugerencias fueron presentadas al mencionado Grupo por las partes interesadas como empresas o asociaciones de empresas, administraciones nacionales, regionales y locales, así como ciudadanos particulares. Se estimó que el potencial total de reducción de la carga administrativa que encierran todas las recomendaciones formuladas por el Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas superaba los 41.000 millones de euros anuales. Se ha accedido a la documentación de dicho Grupo el 6 junio 2021, de http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/admin_burden/high_level_group_en.htm.

161 En dicho listado podría tenerse en cuenta, según mi opinión, una serie de aspectos como son: en primer lugar, la concreción del grupo objetivo de empresas o ciudadanos, y, en segundo lugar, la identificación de formalidades u obligaciones, para lo cual, hay que considerar la lista de documentos e informaciones demandadas, las modalidades de su comunicación, la periodicidad de su suministro y las medidas de reducción o compensación.

162 Véase Gobierno de España (2009), *Método Simplificado de medición de cargas administrativas y de su reducción. Sistema compartido de las Administraciones Públicas* (págs. 6-8), accedido el 1 marzo 2020, de http://femp.femp.es/files/566-720-archivo/M%C3%A9todo%20Reducci%C3%B3n%20Cargas.pdf, que establece un listado de medidas directas e indirectas.

programación y un compromiso para que, definitivamente, se consigan los objetivos que se pretende.

Por tanto, la reducción de las cargas administrativas se considera un elemento clave de la eficiencia regulatoria.

1.3.5. *Establecimiento y desarrollo de los métodos a utilizar en la Evaluación de Impacto Normativo*.

La evaluación de impacto normativo se ha convertido en un instrumento de racionalización de la legislación como hemos visto anteriormente, ante la crisis de la ley y un sentir generalizado de las consecuencias negativas de las deficiencias normativas.

Siguiendo las palabras de Marcilla Córdoba[163], pueden distinguirse tres planos de análisis de la "razón legisladora": uno "minimalista estricto", donde "(se) toma en cuenta la racionalidad lingüística y lógico formal de la legislación", heredera de la "teoría y dogmática jurídica"; otro "minimalista más amplio", abierto a las ciencias sociales, "que toma en cuenta las dimensiones pragmática y teleológica"; y uno "maximalista", el cual se encuentra "conectado a las éticas normativas rehabilitadoras de la noción práctica, que incorpora a la idea de racionalidad legislativa la exigencia de legitimidad".

Los planteamientos propios de la mejora regulatoria deben partir, al menos, de ese enfoque minimalista más amplio[164], para aplicar el enfoque maximalista "donde tenga cabida alguna forma de control racional de la actividad política y legislativa" [165].

En este sentido, la adopción de una decisión racional por los poderes públicos ante un problema conlleva dos elementos de importancia: el proceso (aspecto formal) y la propia decisión (aspecto sustantivo). Hemos visto que el primero de los mencionados va determinando la información necesaria para adoptar el segundo[166].

163 G. Marcilla Córdoba (2005 b), *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 282).
164 García Amado (2000: 302).
165 Marcilla Córdoba (2005 b: 286 y 289). Dicha autora distingue entre ciencia de la legislación, teoría de la legislación y técnica legislativa (*Ibíd.*, págs. 286-296).
166 Así, Zapatero Gómez (2009: 76) afirma que la adopción de una "decisión racional, supondría, pues, la realización de todo un conjunto de operaciones consistentes en clarificar y ordenar las preferencias, informarse de todas las opciones, examinar las eventuales consecuencias de cada opción y elegir la mejor".

Cierto es que, según afirma Zapatero Gómez[167] no existe un único método de toma de decisiones, ya que este "depende en gran parte de las características del problema que se trate y del contexto en el que se produce", pero es necesario "alumbrar la voluntad con la ayuda de la razón", para lo cual es necesario una "metodología legislativa", que concrete los pasos a seguir para la aludida toma de decisiones.

Por tanto, en mi opinión, es clara la necesidad de implantar una cierta metodología para la toma de decisiones, a partir de la correspondiente evaluación. A mi juicio, toda buena metodología que se aplicase, a estos efectos, debería tener en cuenta los siguientes aspectos: el alcance de las metas, la comparación de los impactos previstos y realmente producidos, la evaluación de los costes y los beneficios, la coherencia de las regulaciones (tanto de forma interna como externamente) y, en general, la comparación con la información proporcionada por la evaluación *ex ante* (en el caso de que se hiciera) con la obtenida posteriormente.

El enfoque metodológico tanto de la evaluación *ex ante* como de la evaluación *ex post* deberían ser semejantes, al estar relacionados el uno con el otro, sin perjuicio de las diferencias en virtud del tipo y de las características de la evaluación[168].

Al respecto, no solamente se puede aplicar una metodología por parte de una misma Administración Pública, sino que se pueden emplear varias metodologías, seleccionando la adecuada en virtud de la naturaleza de las disposiciones a evaluar y a la materia objeto de regulación. Sin perjuicio de lo anterior, toda metodología debe responder a una serie de elementos comunes, según la OCDE[169], que responde a las siguientes preguntas:

"• *Pertinencia*: ¿Es la ley la mejor manera de abordar los asuntos y problemática del tema que trata?
• *Eficacia*: ¿En qué medida se cumplieron los propósitos declarados en un principio?
• *Eficiencia*: ¿Cómo puede analizarse la relación entre insumos (financieros, administrativos) y resultados?
• *Impacto*: ¿Cuáles son los impactos, quiénes son beneficiados y perjudicados, incluidos análisis sociales, sectoriales o regionales?

167 Zapatero Gómez (2009: 82 y 83).
168 Así lo establece Italia, concretamente en el documento de la Presidencia del Consejo de Ministros (*Presidenza del Consiglio dei Ministri*), denominado "*Strumenti per il ciclo della regolazione*" (abril de 2013), que afirma que la metodología a cumplir en la evaluación normativa posterior es completamente análoga con la establecida para la Evaluación de Impacto Normativo *ex ante* (AIR).
169 OCDE (2012 b: 16).

• *Sostenibilidad*: ¿La ley aún cumple sus propósitos originales y es probable que lo haga a largo plazo?
• *Evaluación continua*: Se requiere monitoreo y evaluación durante un lapso continuo, en lugar de hacerlo en un momento fijo en el que se basan las pruebas.
• *Evaluaciones temáticas*: Ver un elemento particular de una ley y compararlo o evaluarlo de manera conjunta con partes de otras leyes sobre temas o asuntos similares."

De otra parte, llevar a cabo la metodología seleccionada en la puesta en marcha de la evaluación requiere establecer una serie de requisitos al respecto, debiendo partir en primer lugar, de una sistematización de los métodos de trabajo (enfoque sistemático), llevando a cabo la evaluación en virtud de un trabajo programado. En segundo lugar, se determinarán unos criterios claros para la evaluación y, en tercer lugar, es necesario diseñar herramientas eficaces para garantizar la participación ciudadana. A estos efectos, se pueden utilizar, entre otras, encuestas y cuestionarios, donde el público debe tener posibilidades reales de participar, para ello es necesario una voluntad política decidida y acciones prácticas concretas para evitar el riesgo de que determinados grupos, preocupados exclusivamente por sus intereses y puntos de vistas, lleguen a dominar dicha participación al ostentar mayores recursos y organización, siendo necesario revisar de manera periódica los procedimientos de contacto y accesibilidad, a fin de que sean eficaces.

Por último, debe determinarse la utilización de recursos personales, técnicos y financieros suficientes, los cuales atenderán a un juicio de relevancia de la norma objeto de evaluación.

No hay un método determinado para llevar a cabo la evaluación *ex ante*, pero si es cierto que en algunos países se establecen algunos como preponderantes. Así, debo referirme a Estados Unidos en la aplicación de análisis coste-beneficio[170], en el cual se comparan costes y beneficios, como su nombre indica, teniendo en cuenta que para adoptar la decisión pública los últimos deben exceder o compensar a los primeros, ya sean de tipo monetario o social (aunque susceptibles de cuantificación) y directo o indirecto[171]. Dicha metodología supone una asimilación de la

170 Este análisis tiene una larga tradición en el país norteamericano, según D. W. Pearce (1973), *Análisis coste-beneficio*, Barcelona: Macmillan Vicens-Vives de Economía (pág. 21), su origen se remonta a la primera mitad del siglo XX, concretamente en la década de 1930, en Estados Unidos referido a la necesidad de conocer los efectos en la sociedad de las obras hidráulicas, siendo el instrumento más riguroso para evaluar los impactos, ya que supone una cuantificación objetiva. Aunque dicha utilización no solo es propia de los Estados Unidos, sino es una metodología muy utilizada en el resto de los países anglosajones, como puede ser Canadá y Australia, por ejemplo. En el caso de Canadá, véase Treasury Board of Canada Secretariat (2007), *Canadian Cost-Benefit Analysis Guide. Regulatory Proposals*, accedido el 18 abril 2020, de https://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/analys/analys-eng.pdf, y la política de análisis de coste-beneficio, accedido el 18 de abril de 2020, de https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/federal-regulatory-management/guidelines-tools/policy-cost-benefit-analysis.html.

171 J. M. Cansino Muñoz-Repiso (2001), *Evaluar al Sector Público Español*, Punta Umbría: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Universidad de Sevilla (pág. 229), afirma que el "principio de Hicks y Kaldor o *'principio de compensación potencial*'" determina que "un programa público produce beneficios sociales netos si los que resultan beneficiados del mismo pueden compensar a los que pierden y a pesar de ello, mejorar su situación". Al respecto, "el

metodología de decisión propia del sector empresarial, trasladada al sector público [172], e influenciada por el Análisis Económico del Derecho, como se verá en el Capítulo II.

Por su parte, el principal método utilizado en la evaluación *ex post* es la identificación y medición de los impactos de las regulaciones[173]. Así, esta metodología debe hacer que se contenga una evaluación de la consecución de los objetivos iniciales de la política en cuestión y el examen de una coherencia jurídica, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Muchos países han centrado sus metodologías en la evaluación *ex post* en relación con la reducción de cargas administrativas, para lo cual han utilizado el modelo coste estándar. Esto demuestra que la mayoría de los países utilizan metodologías muy sectoriales de la realidad y que se puede ampliar dicha evaluación, con un estudio en profundidad de esta, enriqueciendo la evaluación, por ejemplo, mediante la investigación del impacto regulatorio a través de sectores, cumulativamente, y en términos de consecuencias económicas y sociales más amplias. La OCDE[174] señala que una potencial forma innovadora de evaluación *ex post* es la que establece comparaciones entre países en relación con sus marcos regulatorios[175].

---

cambio de una situación (...), será aceptable en el sentido de Pareto si los beneficiarios del cambio pueden en términos de utilidad, compensar a los que resultan perjudicados y aún aumentar su nivel de bienestar", reafirmando que "en la transición compensatoria de beneficiarios a damnificados, se sufran costes de eficiencia". Sobre las etapas que componen el análisis coste beneficio, véase Albi Ibáñez (1976: 25) quien establece que son los siguientes: "definición explícita y clara de los objetivos de política económica o social que se pretenden alcanzar"; "estudio de los modos alternativos de alcanzar tales objetivos"; "enumeración, medición y medida de los costes y beneficios sociales y no solamente de los financieros"; "elección de una tasa social de descuento", "estimación de los efectos del riesgo y de la incertidumbre", "consideración de los efectos distributivos de los proyectos" y la propia decisión en virtud de la "presentación sistematizada" a quien deba tomarla de los "resultados de diversas partes del análisis y de la regla de decisión usada".

172 No obstante, surgen voces discordantes en relación con la falta de asimilación de dicha metodología de aplicación en el sector público con respecto a los resultados en el sector privado. Es el caso, por ejemplo, de Stiglitz y Rosengard (2016: 378 y 379), quienes establecen dos grandes divergencias entre los análisis de los costes y beneficios privados y sociales: la rentabilidad que busca la empresa privada, diferente de la del Gobierno, al que le interesa más consecuencias aparte de la económica (por ejemplo, las medioambientales), y la utilización de los precios de mercado por la empresa privada para dicho análisis. Por contra, señala que no puede utilizar este para evaluar sus proyectos cuando no hay precios de mercado (como el aire limpio, por ejemplo) y "cuando hay un fallo en el mercado, los precios de mercado no representan los verdaderos costes o beneficios sociales de un proyecto", para lo cual los precios utilizados deben ser representativos de dicha situación.

173 Según la OCDE (2018 b: 30) los "principales métodos de evaluación" *ex post* que emplean aquellos que formulan las políticas en la Comisión de Productividad de Australia se dividen en dos: por un lado, los cuantitativos que incluye la medición de desempeño, manifestación de impacto, análisis coste-beneficio y análisis de eficiencia de costes, así como los métodos cualitativos que incluyen, por ejemplo, encuestas de percepción, estudios de caso y mesas redondas.

174 OECD (2015 b: 131 y 132).

175 Este método consiste en evaluar el entorno regulatorio doméstico mediante la comparación de regulaciones, procesos regulatorios y sus resultados entre países, regiones o jurisdicciones. Este, según la OCDE, está siendo cada vez más importante en la evaluación, dada la naturaleza global y regional de la regulación y de los diferentes tipos de intervenciones regulatorias, tanto privadas como públicas, que están siendo empleadas. Pero, además, dicha metodología sirve como instrumento de información, entre otras cosas, para detectar las posibles incoherencias legales existentes en diversas regiones de un mismo Estado, armonizando los requisitos exigidos a las empresas. Un ejemplo de esta metodología comparativa es lo acaecido entre Australia y Nueva Zelanda, ya que sendos países, desde 2009, llevan a cabo una evaluación comparativa del rendimiento de su regulación empresarial, con especial atención específica sobre la seguridad alimentaria. Dicha metodología tiene unas condiciones idóneas en dichos territorios, en virtud de lo generado por el *Australia New Zealand Closer Economic Agreement* (abreviado, ANZCERTA), un acuerdo bilateral de libre

En virtud de un estudio sistemático y detallado de la información sobre la situación planteada, se identificará las principales opciones para alcanzar los objetivos y analizar los impactos probables, siendo necesario utilizar distintas técnicas de análisis o metodologías, dependiendo de los objetivos y de los problemas a tratar, como pueden ser: el análisis coste-beneficio, el coste-efectividad, el coste-eficacia, análisis de criterios múltiples, la evaluación comparativa de riesgos, etc. Aunque la más utilizada, como ya veremos más adelante, es el análisis coste-beneficio.

En definitiva, el método a seleccionar para implementar una evaluación que nos lleve a una adecuada decisión pública no es único y debe atender a las circunstancias concurrentes en cada caso. No obstante, y en virtud de una labor de simplificación, los Estados suelen adoptar un método prevalente al respecto. Así, el que se ha impuesto en la mayoría de los países anglosajones es el análisis coste-beneficio. Esta metodología debe diferenciarse de su derivación como el Modelo de Costes Estándar que se utiliza únicamente para identificar, medir y reducir, en su caso, cargas administrativas. Este último modelo plantea, no obstante, distintas críticas, especialmente en la medición de determinados bienes jurídicos, como es, por ejemplo, la vida, frente a una visión demasiado economicista, debiendo acudirse a otros métodos como, por ejemplo, el análisis coste-eficacia.

A causa de lo anterior, es clave determinar la metodología de aplicación para la evaluación de impacto normativo, debiendo favorecerse, en mi opinión, el establecimiento de regulación al respecto, frente a instrumentos de derecho blando, a fin de consolidar los aspectos metodológicos señalados.

1.3.6. *Participación. Estudio e indicación de las mejores experiencias en el Derecho comparado*.

Actualmente, asistimos a una cierta la crisis de legitimidad del Estado, como consecuencia de una deficiente participación y la necesidad de recobrar la confianza ciudadana. En los últimos años, la ciudadanía y las organizaciones procedentes de la sociedad civil van alcanzando una mayor conciencia de que la realidad actual demanda una democracia cada vez más pluralista, en la cual

comercio y cooperación, que entró en vigor a principios de 1983. Dicho acuerdo, después fue completado y ampliado por un Tratado de Libre Comercio suscrito entre dichos países y los pertenecientes al ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático) en 2009, lo que se denominó *ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement* (AANZFTA), con la finalidad de facilitar y liberalizar el comercio de bienes y servicios e inversiones entre dichos Estados. Dicha metodología comparativa es la utilizada en España en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (*BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).

la ciudadanía participe en mayor medida en los procesos democráticos formales[176]. Para esto, las instituciones públicas deben fortalecer sus relaciones con la ciudadanía, sin renunciar, claro está, a su "derecho-obligación" de establecer políticas y tomar decisiones, buscando nuevas formas de ejecución más innovadoras. En consecuencia, debe producirse un aumento de las relaciones de las instituciones públicas con la ciudadanía, lo cual debe generar unas políticas públicas de mejor calidad. En cierta medida, ello plantea la transformación de las instituciones públicas en organizaciones en constante aprendizaje, acrecentando la confianza ciudadana en las mismas, lo que aumentará la legitimidad de las decisiones públicas, constituyendo un elemento de lucha contra el llamado "déficit democrático"[177].

Este déficit democrático genera una constante búsqueda de la eficacia y de la legitimidad de las políticas públicas, como contrapeso al mismo, para lo cual se hace tremendamente necesario que los ciudadanos entiendan y apoyen dichas políticas y medidas[178], y, a la vez, se atienda a las expectativas ciudadanas y se consideren sus puntos de vista. Por tanto, se precisa incrementar la participación en las políticas públicas y en el proceso de formación de la decisión pública.

En este sentido, la evaluación de impacto normativo es un instrumento que se basa en el conocimiento, en la consulta y en la participación, así como en la transparencia. Pero dichos elementos, a su vez, retroalimentan a la propia evaluación, otorgándole una justificación adicional. Junto a ello, la participación no solo se concibe como parte de dicha evaluación, sino que favorece una orientación concreta de la gobernanza[179], generando un aumento de la confianza en la acción pública.

Así, es necesario la implementación de un ejercicio adecuado del principio de transparencia,

176 Pero, no solo estos, sino que organizaciones supranacionales, como la OCDE (2018 a: 47), han remarcado la importancia de dicha participación, ya que considera que debe existir un "compromiso con los interesados y afectados por la regulación" que se torna fundamental para la "mejora del diseño y del cumplimiento de las regulaciones y para el aumento de la confianza pública en el Gobierno".

177 Según la Unión Europea, en su glosario de síntesis, accedido el 1 marzo 2020, de https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=es, se define como aquel "término que utilizan aquellas personas que consideran que las instituciones de la UE y sus procedimientos de decisión sufren una falta de democracia y parecen inaccesibles para el ciudadano ordinario debido a su complejidad", estableciendo que el "verdadero déficit democrático de la UE parece encontrarse en la ausencia de políticas europeas".

178 E. Lind y C. Amdt (2016), «Perceived Fairness and Regulatory Policy: A Behavioural Science Perspective on Government-Citizen Interactions», *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 6, París: OCDE Publicaciones, afirman que la participación conduce a un mayor cumplimiento y aceptación de las normas, especialmente de los interesados que sus opiniones fueron consideradas y recibieron comentarios a las mismas.

179 Así, en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - *DO* C 287 de 12.10.2001], se menciona que las "políticas ya no deben decidirse desde arriba", ya que "la legitimidad de la UE es una cuestión de participación de los ciudadanos", para lo cual es necesario implicar a la sociedad civil, a través de una consulta más eficaz y transparente, y establecer vínculos con redes especializadas al respecto.

para tener conocimiento de la documentación que conforma el proceso de la decisión pública, a fin de que el decisor público tenga en cuenta (que no vinculación) las opiniones ciudadanas a la hora de adoptar una determinada decisión, lo que constituye, en definitiva, un instrumento de fiscalización de la actuación del poder público.

Para la materialización de dicha fiscalización, y centrándonos en la participación de los afectados, hay que evitar la *captura del regulador*, especialmente por los grupos de presión (*lobbies*)[180] interesados en determinadas decisiones públicas. Al respecto, para evitar dichas situaciones, se han establecido distintas medidas como puede ser una mayor formalización del proceso de consulta y participación o lo que se denomina "huella legislativa" (*legislative footprint*)[181].

Lo anterior no quiere decir negar cualquier tipo de negociación de normas (aspecto que, como veremos en el Capítulo II, se lleva a cabo en Estados Unidos), sino que se debe estar especialmente vigilantes ante los contactos informales. No hay que olvidar que, como decía García de Enterría[182], la "oportunidad de la decisión se mide, normalmente, no por una simple perfección técnica en su preparación y concepción, sino por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social", para lo cual es "previamente investigada, además de promovida e implicada, a través de las técnicas participativas"[183]. Esto nos lleva a reconocer la eficacia funcional de la participación instituida jurídicamente. No obstante, se hace necesario distinguir tres conceptos relevantes como son: información, consulta y participación activa. Así, la OCDE[184] utiliza el

180 Al respecto, S. Mulcahy (2015), *El Lobby en Europa. Influencia encubierta, acceso privilegiado,* Transparency International*,* accedido el 1 marzo 2020, de https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2015/11/lobbying_eu-report_esp_web.pdf.

181 Véase J. Ponce Solé (2017 b), *Grupos de interés en Cataluña y elaboración de normas* (pág. 3), accedido el 1 marzo 2020, de https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/grupos-interes-cataluna-elaboracion-normas.pdf, lo define como "el documento que detallaría el momento, la persona y el objeto implicados en un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica", con la finalidad de "asegurar que la influencia de los grupos de interés en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionada, ya que, en caso contrario, llevaría a una influencia indebida y a una captura del regulador".

182 E. García de Enterría (1979), «La participación del administrado en las funciones administrativas», *Revista de Seguridad Social*, 4, págs. 11-23 (pág. 14).

183 La OCDE (2018 a: 117) establece una clara conexión con la ética, afectando a la aceptación social de las normas. Así, afirma que un "entorno regulatorio demasiado estricto puede indicar desconfianza, desplazar la motivación intrínseca y abrir la puerta a un comportamiento poco ético", por otro lado "las regulaciones equilibradas y proporcionadas que apoyan los objetivos y la responsabilidad individual fortalecen la toma de decisiones éticas" y las "reglas excesivamente complicadas o innecesarias también pueden socavar la brújula ética de las personas, creando frustración e incentivos para cortar atajos". Por último, establece la posibilidad de que "las regulaciones también necesiten asignar claramente la responsabilidad, ya que la responsabilidad poco clara o compartida puede conducir a la difusión de la responsabilidad, dejando la puerta abierta para un comportamiento poco ético". A estos efectos, un elemento que hay que tener en cuenta es la psicología conductual, como establece la OCDE (2018 a: 147-162), sin perjuicio de que esto genera una serie de condicionantes éticos que hay que tener en cuenta. Véase, también, OCDE (2017 a).

184 OCDE (2001 b), *Citizens as Partners. OECD Handbook on information, consultation and public participation in policy-making*, París: OCDE Publicaciones.

concepto *información*, para aludir a una relación unidireccional, donde el Gobierno genera información y la comunica a la ciudadanía. Esa información incluye tanto el derecho activo como el pasivo de acceso a la misma. En segundo lugar, la consulta desarrolla una relación bidireccional, en el que la ciudadanía transmite sus opiniones al Gobierno, de una cuestión previamente determinada por esta para obtener el punto de vista de la ciudadanía, ante lo cual exige que haya sido informada con antelación.

Por último, la *participación activa* supone un tipo de relación asociativa con el Gobierno, en el cual la ciudadanía se implica activamente en el proceso de elaboración, a través de la propuesta de alternativas y la configuración de un diálogo de la futura norma, aunque la responsabilidad de la decisión final le sigue correspondiendo, en última instancia, al Gobierno, favoreciéndose una confianza mutua que aumenta el ámbito de responsabilidad de la ciudadanía en el proceso de evaluación de impacto normativo, y puede llegar a una verdadera coparticipación.

En todo caso, las tres actividades mencionadas deben atender a una serie de principios orientadores y consejos que guíen la toma de decisiones públicas, especialmente las normativas[185], así lo han establecido, por ejemplo, la OCDE[186] o el Gobierno británico[187].

185 Véase OCDE (2001 b: 83-105). Dichos principios son: "1) Compromiso, (…) a todos los niveles"; 2) "Derechos, de la ciudadanía a acceder a la información, comunicar sus opiniones, ser consultada y participar activamente en la elaboración de políticas deberán estar firmemente respaldados por la ley o las políticas. Asimismo, deberá hallarse claramente definida la obligación de la Administración de responder a la ciudadanía en el ejercicio de tales derechos"; 3) "Claridad de los objetivos y límites de dichas actividades de información, consulta y participación (...)"; 4) "Tiempo", con la antelación necesaria para que su pronunciamiento pueda influir en la voluntad del órgano decisor público y durante el tiempo necesario para un adecuado pronunciamiento; 5) "Objetividad", tanto de la "información proporcionada por el Gobierno durante la elaboración de políticas (además de ser completa y accesible) y de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos de acceso a la información y participación, que deben tener el mismo tratamiento"; 6) "Recursos", para que dichos instrumentos sean eficaces; 7) "Coordinación, de las iniciativas tendentes a informar o a pedir opinión y consultar a los ciudadanos, a fin de mejorar la gestión de la información, garantizar la coherencia de las políticas, evitar la duplicación de acciones y reducir el riesgo de que la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil se cansen de las mismas (...)"; 8) "Obligación de rendir cuentas, sobre el empleo que hacen de las contribuciones recibidas de los ciudadanos" en los instrumentos de participación; 9) "Evaluación, para lo cual los poderes públicos necesitan dotarse de las herramientas, la información y la capacidad necesarias" para evaluar sus resultados en materia de información, consulta e implicación de la ciudadanía; 10) "Ciudadanía activa", para lo cual es necesario incrementar el nivel de sensibilización; "reforzar la educación y las capacidades cívicas de la ciudadanía"; y "respaldar la capacitación en el seno de las organizaciones de la sociedad civil".

186 OCDE (2001 b).

187 HM Government (2008), *Code of Practice on Consultation*, 3.ª edición, accedido el 1 marzo 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/100807/file47158.pdf, (pág. 4) establece siete criterios de consulta que son los siguientes: cuándo consultar (en una etapa en la cual puede influir en el resultado de la política), duración de los ejercicios de consulta (al menos 12 semanas, pudiendo ser más largo cuando sea factible y razonable), claridad del alcance e impacto (de las propuestas, para lo cual los documentos de consulta deben ser claros), accesibilidad de los ejercicios de consulta (ejercicios de consulta accesibles y dirigidos a quienes pretenden llegar), la carga de la consulta (mantenerla al mínimo), la capacidad de respuesta de los ejercicios de consulta (respuestas analizadas cuidadosamente y proporcionar comentarios claros a los participantes) y la capacidad para consultar (buscar orientación y compartir su experiencia).

No obstante, parece conveniente establecer los medios de participación y tiempos adecuados, así como la documentación necesaria para participar en la consulta, junto con las fórmulas de seguimiento por el decisor público de las alegaciones realizadas al respecto[188].

Además, en el procedimiento de elaboración de normas, y en el proceso de evaluación de impacto normativo de forma particular, hay que distinguir dos tipos de participación: la ciudadana y la pública[189]. Especialmente importante es esta última en los Estados descentralizados, ya que se deben articular los mecanismos necesarios para facilitar la participación de otras Administraciones y entidades. Así, la participación de las entidades subnacionales se debería hacer constar, especialmente, en el documento donde se plasme la evaluación de impacto normativo en relación con todas las observaciones que se hayan emitido, así como la forma en que dichas observaciones se hayan tomado en consideración, de forma motivada finalmente en el texto propuesto, así como las no aceptadas y su justificación[190], cuando los demás entes públicos se encuentren afectados materialmente. Dicha participación consigue reducir la conflictividad de las Administraciones Públicas que tengan que implementar y aplicar determinadas medidas, incluidas las nuevas normas, sin perjuicio de obtener mayor y mejor información, de primera mano, para adoptar una mejor decisión.

Por último, debe insistirse en que la participación se puede dar en todas las fases del procedimiento, salvo en la etapa de toma de decisión pública.

A la vista de lo anterior, es claro que en un Estado existe una auténtica democracia cuando la ciudadanía participa en las decisiones que les incumbe de forma activa y cercana. Para ello, la evaluación de impacto normativo es un instrumento clave para asegurar la participación en la política regulatoria.

He de traer aquí las palabras de Hannah Arendt[191] que afirmaba que: "Excluido de la participación en la gestión de todos los asuntos públicos, que corresponde a todos los ciudadanos,

188 En España, se puede señalar como ejemplo de su determinación normativa a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el documento denominado informe de valoración de alegaciones, como ya se expondrá en el Capítulo II.
189 La OCDE (2018 a: 47) establece un concepto amplio de interesados, como son: "ciudadanos, empresas, consumidores y trabajadores (incluidas sus organizaciones y asociaciones representativas), el sector público, organizaciones no gubernamentales, socios comerciales internacionales y otras partes interesadas".
190 Sobre la importancia de la participación de los gobiernos subnacionales a estos efectos, véase OCDE (2012 a). Dicha actuación podría reducir la "cascada normativa" que se produce en los países con distintos centros de producción normativa, como es el caso de España, que redundaría en un ordenamiento jurídico más armónico y, por ende, mejoraría la calidad de las normas.
191 H. Arendt (1998), *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus (págs. 129 y 130).

el individuo pierde su lugar adecuado en la sociedad y su conexión natural con sus semejantes". Para evitar esta situación, se hace necesario acabar con la mayoría silenciosa, integrando a la ciudadanía en el poder, y, demostrándole que todo lo que se decide tiene sus consecuencias, (o, como diría Newton[192] en su tercera Ley "con toda acción ocurre siempre una reacción igual y contraria"). Para esto, es necesario que, en las políticas públicas, y especialmente antes las posibles actuaciones normativas, la ciudadanía, en los distintos marcos cognitivos que representan, interioricen el ¿para qué? y ¿cómo le afecta una determinada medida pública? Esto se torna fundamental para generar una corriente de interés y crítica de estas actuaciones y reforzar el valor de la evaluación de impacto normativo.

1.3.7. *Institucionalización de la Evaluación de Impacto Normativo*.

Finalmente, las instituciones son un elemento importante de la política de calidad normativa. Su configuración se considera esencial para el éxito de dicha política, ya que son el elemento subjetivo de dirección, ejecución y supervisión de la evaluación. Su éxito dependerá de la configuración de ciertos órganos, de su existencia, de su composición, de su predisposición, de su capacidad y aptitud ante dicho instrumento de política de calidad normativa[193].

Así, en primer lugar, hay que señalar que la evaluación puede llevarse a cabo de forma centralizada o descentralizada. En el primer caso, la toma de adopción de decisiones es mucha más rápida, directa, pero corre el riesgo de responder a una visión singular. En cambio, si se adopta la forma descentralizada, se puede tener una mayor información, más plural y de primera mano de distintos asuntos que pueden afectar las decisiones[194].

192 I. Newton (2011), *Principios matemáticos de la filosofía natural*, E. Rada (trad.), Madrid: Alianza Editorial (pág. 194).

193 Como afirma Pinilla Pallejà (2008: 30) la "institucionalización de la evaluación puede considerarse como una herramienta para mejorar la calidad de la regulación normativa". También, E. Urteaga Olano (2009), «La evaluación de las políticas públicas en Francia», *Revista de la Sociedad Española de Evaluación*, 16, págs. 199-2015 (pág. 15) establece que la "institucionalización de la evaluación está vinculada a su dimensión política y a la naturaleza pública de lo que está en juego". Véase Informe Mandelkern (págs. 68-77), al respecto establece una serie de recomendaciones como son las siguientes: fijar la mejora de la regulación como "un asunto estratégico y una prioridad común", creación de "estructuras organizativas adecuadas" y una "nueva cultura de pensamiento y actuación", es necesario un "enfoque global estratégico" con esfuerzos sistémicos, "fuerte apoyo político", relacionado estrechamente "con la planificación estratégica", la determinación de una unidad en el centro con personal de prestigio y con autonomía conectada con unidades descentralizadas de seguimiento, que son los propios que elaboran las políticas y las normas, dicha unidad centralizada debe tener unas funciones determinadas (entre ellas, la metaevaluación como control de calidad de la regulación) y "formación amplia y competente" del personal al respecto.

194 A estos efectos, Auby y Perroud (2013: 23) son partidarios de que la evaluación debe ser descentralizada, ya que la Administración no puede dominar todas las habilidades y aptitudes necesarias para acometer una evaluación de impacto normativo, en virtud de los múltiples impactos que hay que tener en cuenta para realizar dicha evaluación.

Ante esto, y para que se produzca un desarrollo pacífico de la evaluación, era necesario que se llegara a unos puntos de acuerdo o comunes entre las entidades nacionales y subnacionales con competencia normativa sobre la metodología y otras cuestiones relacionadas con la evaluación de impacto normativo como un elemento necesario, idóneo para una política de calidad normativa para todos. Un ejemplo de esta situación es el caso de Italia[195], donde se suscribió un Acuerdo entre el Gobierno el 29 de marzo de 2007 sobre la simplificación y mejora de la calidad de la regulación [*Accordo tra Governo, Regioni e Autonomie locali in materia di semplificazione e miglioramento della qualita' della regolamentazione. Accordo ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*][196], invocando la necesidad de promover, de manera coordinada entre todos los niveles institucionales, las herramientas típicas (como el análisis de los reglamentos técnicos, el análisis de impacto regulatorio, el análisis de viabilidad, la verificación del impacto regulatorio *ex post*, y la elaboración de la regulación) y el cumplimiento del proceso de normalización de principios de la calidad de la regulación compartida en Europa. El Acuerdo también hizo hincapié en la importancia de las metodologías y principios compartidos entre la Administración Central y el Gobierno regional. Todo eso generaría un banco de pruebas y un marco comparativo de buenas prácticas, que originaría una corriente en doble sentido que fortalecería la posición institucional del Estado y de las entidades subnacionales, el desarrollo y el intercambio de metodologías, herramientas y mejores prácticas. Esa aplicación compartida conllevaría un instrumento, también compartido, de eficacia, así como un elemento de gran transparencia y fiscalización de la ciudadanía[197].

Este planteamiento no solo debería llevarse a cabo entre distintos entes territoriales, sino entre los diferentes poderes con capacidad normativa, para lo cual deberían articularse distintas actuaciones, no solo de información, sino de participación recíproca entre ellos. Piénsese que, a modo de ejemplo, en la elaboración de las leyes estuvieran representados el centro directivo que redactó el proyecto de ley, tomando parte en las comisiones del Parlamento y en las sesiones[198] o

195 La Unión Europea, a través de su Libro Blanco sobre la Gobernanza, establece la necesidad de "completar y reforzar la acción comunitaria en ciertos ámbitos mediante el empleo del método abierto de coordinación", el cual posibilita el "fomentar la cooperación, intercambiar buenas prácticas y aportar un valor añadido a nivel europeo allí donde existe escaso margen para soluciones legislativas".

196 *GU* n. 86 del 13-04-2007.

197 Así, en Italia esto se logra mediante la consecución de cuatro objetivos específicos, que son: promover el desarrollo y el intercambio de conocimientos entre los distintos niveles de gobierno, modelos, metodologías y técnicas válidas y coherentes; fomentar el establecimiento, en los sistemas centrales y regionales, de metodologías y técnicas de análisis y evaluación compartidos, así como los cambios relacionados con la organización; asegurar y fortalecer la coordinación y armonización entre los distintos niveles de gobierno, facilitando el intercambio de experiencias y la creación de una red de relaciones estables entre Administraciones implicadas; y apoyar, en las regiones de convergencia, el fortalecimiento de capacidades, la puesta en práctica de metodologías y técnicas de análisis y la evaluación compartida, así como la implementación del cambio organizativo.

198 Por ejemplo, en Francia existe un representante del Gobierno ante el Parlamento.

el establecimiento de un acuerdo interinstitucional al respecto, como se determina en la Unión Europea (generando un adecuado equilibrio, para que no produzcan interrupciones en el flujo de trabajo y disponiendo criterios unívocos). Pero, también, podría existir en el sentido contrario en todas aquellas normas elaboradas por el poder ejecutivo.

En la misma línea, se puede señalar el establecimiento de un órgano o unidad encargado de la supervisión que fuera específico para la calidad normativa (como se ha llevado a cabo, por ejemplo, en los Países Bajos -ACTAL- y en el Reino Unido -la Oficina Nacional de Auditoría-), con conocimientos en materia pública y económica, debiendo formalizarse su participación en los procedimientos normativos. Sería adecuado que este órgano tuviera una situación de independencia para llevar a cabo la fiscalización de la evaluación, teniendo, además, un carácter objetivo y especializado sobre esta materia, con medios adecuados y con presencia en los distintos centros directivos, estando lo más cercano al centro del Ejecutivo[199], con poder dentro del mismo. Este órgano llevará a cabo funciones de asesoramiento y formación, además de establecer las directrices y metodologías al respecto, haciendo hincapié que el ejercicio de la evaluación debe respetar una serie de principios, entre ellos el de responsabilidad. Si se le dota, entre sus funciones, de la facultad de informar, debe determinarse si es facultativa o preceptiva (abogo por esta última opción, porque se facilitaría su consideración) y si tiene carácter o no vinculante (además, podría prestar estos servicios a las entidades subnacionales por medio de acuerdos o convenios suscritos al efecto).

En todo caso, sería preferible distinguir, por un lado, la elaboración de la norma jurídica y, por otro lado, su valoración, encomendándose a órganos distintos, para dar mayor objetividad a las evaluaciones.

En definitiva, es necesario evitar la deslegitimación progresiva de las instituciones, y favorecer la consecución de una madurez institucional en relación con la política de calidad normativa, institucionalizándose a los responsables de la implementación. En este marco, la colaboración institucional y la participación ciudadana deben ser dos instrumentos con sustantividad propia e importancia en los procesos de evaluación.

Sin duda, se trata de un planteamiento que redundará en la política de calidad normativa y en la sociedad en general, abriendo un nuevo camino a la gobernanza como proceso, estructurado

199 Informe Mandelkern (pág. 4).

institucional y técnicamente, dirigido a la sociedad, superando los elementos distorsionadores de una mala política normativa que produce menguas, entre otros aspectos, en el desenvolvimiento económico y social, así como en la autoridad de la ley y en la confianza en las instituciones.

La experiencia de otros países europeos pone de manifiesto dos opciones principales para la institucionalización planteada, como elemento de importancia: el primero de ellos es situarlo en el centro del gobierno; y el segundo es incardinarlo dentro de un ministerio central clave con un interés político en la política *better regulation*. Sin perjuicio de lo anterior, en algunos países se han creado Administraciones especializadas en llevar a cabo directamente la evaluación, o bien para promoverla y regularla, o vigilar que se cumple de forma efectiva y real la evaluación de impacto regulatorio[200]

200 Auby y Perroud (2013: 57).

CAPÍTULO II
COORDENADAS INTERNACIONALES Y CONTEXTO COMPARADO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO

2.1. **Introducción.**

El origen de la evaluación de impacto normativo asociada a la noción de calidad normativa, tal y como hoy lo conocemos, debe situar su epicentro en los países del *Common Law* y, especialmente, por su orden de importancia, en Estados Unidos y en el Reino Unido. La consolidación en dichos países de los distintos instrumentos de la *better regulation* ha supuesto una correa de transmisión a los países europeos de cultura jurídica continental, incentivados por las distintas circunstancias, e impulsados por la Unión Europea y la OCDE[201].

En este sentido, debe insistirse en la idea, ya expuesta en el Capítulo I, de que la calidad normativa surge como un mecanismo de respuesta ante la "crisis del Estado legislador". Con esta expresión se quiere aludir a una realidad pública excesivamente intervencionista en el ámbito normativo, que ha generado una serie de perjuicios a la ciudadanía, y que tiene distintas manifestaciones negativas como pueden ser, entre otras, la heterogeneidad del contenido de las normas, el excesivo grado de detalle de las mismas, su falta de sistemática, regulaciones superfluas, lagunas o antinomias, ininteligibilidad de los textos normativos, la falta de certidumbre del derecho vigente, la inflación normativa, la multiplicación de los centros de ejercicio de la potestad pública normativa, los déficits de ejecución y las divergencias entre lo previsto en una norma y su aplicación. Esta "mala calidad" ha acarreado consecuencias negativas para la sociedad, como la generación de cargas innecesarias sobre los sujetos regulados, la creación de barreras para lograr mercados eficientes, el reparto inadecuado de la riqueza, la difícil aplicación de la regulación que genera un mayor incumplimiento y la deslegitimación del poder público.

Desde esta perspectiva, la adopción no solo de la evaluación de impacto normativo, sino de la propia mejora regulatoria, ha respondido, y eso ha sido una constante en el tiempo, a momentos de crisis económica o como resultado de esta, que, por ende, ha generado una crisis, también, ética y

201 El estudio realizado en el Capítulo II de determinados Estados y organizaciones supranacionales en el Derecho comparado llevado a cabo en esta línea de investigación, se encuentra confirmado por una reciente publicación, A. Boix Palop y C. Gimeno Fernández (2020), *La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València.

social. Dichas circunstancias de crisis económicas van ligadas a una crisis del mercado y, en cierta medida, a una falta de intervención pública o a una deficiencia en la misma, dependiendo de los países y regímenes jurídicos en los que se ha impulsado la evaluación de impacto normativo. Por tanto, se hace necesario abordar con más detenimiento el surgimiento de esta técnica en un contexto comparado. A ello se dedicará el siguiente epígrafe.

2.2. **Experiencias en el Derecho Comparado.**

2.2.1. *Estados Unidos de América*.

El origen geográfico de la calidad normativa actual debemos situarlo en Estados Unidos, específicamente, a finales de los años setenta y principios de los años ochenta del siglo pasado[202]. Pero, como ahora expondré, esta situación se fue fraguando en virtud de los distintos hitos que se han ido produciendo en la sociedad norteamericana, con reflejo en ramas del conocimiento, como la Filosofía, el Derecho, la Política y la Economía.

A) Antecedentes.

La técnica evaluatoria de Estados Unidos tiene su germen en un estudio profundo de los fenómenos sociales, más que de los económicos y políticos. A esto se añade, siguiendo a Osés Abando[203], la asimilación de conceptos propios del ámbito de la gestión privada a lo público como la utilización de técnicas propias de la empresa privada por la Administración (entre otras, el presupuesto por programas, el control de gestión y la evaluación), la concepción de la prestación de servicios a la ciudadanía como si fuera una relación mercantil o comercial y una preocupación por el estudio de las ciencias sociales sobre estos fines con una intencionalidad aplicativa y empírica (lo que conocemos como Ciencias de la Administración). Todo esto vinculado con el movimiento de liberalización económica.

Desde un punto de vista filosófico, el origen de los estudios relativos a la evaluación de

202 Véase A. Renda (2006), *Impact assessment in the EU. The State of the art of the State*, Bruselas: Centre for European Policy Studies (pág. 8), accedido el 12 enero 2020, de https://www.ceps.eu//wp-content/uploads/2009/08/1291.pdf, quien define al modelo de evaluación de impacto norteamericano como la "estrella polar", al considerarse como el primer modelo de evaluación de impacto regulatorio.

203 J. Osés Abando (1995), «La evaluación normativa en el Derecho comparado», en A. Figueroa Laraudogoitia (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 133-169), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública (pág. 140).

impacto normativo se basa en la funcionalidad del Derecho en la realidad social[204]. Esta idea surge dentro de una corriente realista iusfilosófica, que tiene su máxima expresión en la escuela estadounidense (como también en la escandinava[205]), y que tiene como máximos exponentes a Jerome Frank, O. W. Holmes, B. N. Cardozo, Thurman Arnold y Felix Cohen. Esta Escuela reconoce el Derecho como un instrumento o medio para la consecución de los fines sociales, con una gran preocupación por la sociedad y las instituciones y una visión dinámica de ellas, existiendo una desconfianza del método jurídico tradicional, de forma que se cuestiona el carácter imperativo de las normas y prioriza un enfoque del Derecho en cada caso (atendiendo a las circunstancias particulares), así como una valoración de las normas por sus efectos.

Esa reacción, generada especialmente en el ámbito de la judicatura norteamericana a principios del siglo XX, como reacción al formalismo del Derecho que se había producido en el siglo anterior, supone un impulso del estudio profundo de los fenómenos sociales y de cómo el Derecho tiene que responder a los mismos, no desde una perspectiva autónoma de la sociedad, sino en conjunción con ella, lo que implica reconocer su propia imposibilidad de alcanzar cambios estructurales de la misma e influyendo en la concepción actual de la *better regulation*. Además, para esta corriente era necesario conocer lo que hace el Derecho en la sociedad, porque si no cualquier juicio sobre el mismo pierde su significación, así como su influencia en el proceso de toma de decisiones de las políticas públicas, pues estas no deben valorarse exclusivamente en términos de legalidad, sino atendiendo a otros aspectos para responder a la realidad, evitando que se produzca un desapego entre la sociedad y el Gobierno.

Esa desconfianza por el formalismo, alimentada, además de lo dicho, por la posible manipulación política de las instituciones tradicionales, plantea la oportunidad de evaluar el

204 J. Ponce Solé (2003: 91) afirma que dichos estudios "se basan en la gran preocupación por el «Derecho en acción», es decir, el modo en como el Derecho funciona en la sociedad, o, por utilizar las palabras de Félix COHEN, «el sentido humano del Derecho»".

205 De la escuela escandinava destacan autores como Axel Hägerström, Anders Villheim Lundstedt, Alf Ross y Karl Olivecrona. Véase V. Zapatero Gómez, M. I. Garrido Gómez y F. Arcos Ramírez (2010), «Las grandes concepciones del Derecho», en V. Zapatero Gómez, M. I. Garrido Gómez y F. Arcos Ramírez, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (págs. 49-75), Madrid: Universidad de Alcalá (págs. 73-75). Esta Escuela comparte la idea del carácter preponderante de la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas, definiendo el Derecho como sistema, evitando realizar análisis jurídicos aislados. Dicha escuela explica el Derecho desde su actitud antimetafísica radical, basándose su estudio en la realidad, en el que no se encuentran los valores, que no suponen cualidades de los objetos sino reacciones psicológicas ante ellos. Ellos realizan un estudio del derecho vigente (reaccionando en contra del iusnaturalismo y el voluntarismo) y de las reacciones psicológicas de los individuos ante las normas e instituciones (no les interesa el nacimiento formal del Derecho y sus fuentes formales). Esta Escuela parte de los estudios psicológicos del derecho, desde unos presupuestos iusfilosóficos, además de analizar el Derecho en virtud de ciertos conceptos jurídicos. Al respecto, A. Ross (2005), *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires: Universitaria Buenos Aires (pág. 8) afirma sobre las normas que: "Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres -tanto de los jueces como de los ciudadanos- a fin de que actúen de una cierta manera deseada", llegando a establecer que el "parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social".

Derecho en virtud de sus efectos y darle el sentido oportuno en virtud de los fines sociales a los que se dirige[206].

Al estar el Derecho en constante búsqueda de los problemas sociales, esta ciencia no debe ser un compartimento estanco, sino que debe tener en cuenta otras ciencias que confluyen en la realidad. Al respecto, me gustaría citar las palabras de P. Roscoe[207], uno de los padres del realismo iusfilosófico norteamericano, quien afirmó que:

> "(…) el rasgo más significativo del pensamiento jurídico reciente consiste en la repudiación del concepto de una ciencia del Derecho por completo independiente, obtenida sobre la base exclusiva del Derecho mismo y que se permita ignorar cualquier otro departamento del saber como pertinente para sus problemas y sin ningún valor para sus fines".

La comprensión del Derecho desde su aplicación práctica es, así, uno de los pilares del realismo jurídico norteamericano[208], y que tiene la relevancia de impregnar la *better regulation*. En este sentido, los fundamentos de dicha teoría están en la base de la propia calidad normativa: la concepción de que la norma no es el único derecho existente (produciendo un efecto de desmitificación de las normas[209]), las inconsistencias que se producen dentro del Derecho y la importancia de su legitimación por verosimilitud en virtud de su aplicación a la realidad. A esto, hay que añadir que, en el ámbito judicial, como consecuencia, fundamentalmente, de la influencia de los realistas iusfilosóficos norteamericanos -que copaban muchos de ellos puestos de altos magistrados-, se estableció la necesidad de que la motivación de la norma se basase en información que genera, a su vez, el conocimiento para adoptarla. Este reconocimiento de la importancia de la realidad en el Derecho norteamericano se produce a través de la *Sentencia del Tribunal Supremo Mc Grain vs. Daugherty*, 1927, ya que se estableció que un cuerpo legislativo "no puede legislar adecuadamente con ausencia de información respecto a las

206 En lo referente a las relaciones entre derecho, moral y política, véase A. E. Pérez Luño (1997), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos (págs. 132-148), como, también, T. S. Kuhn (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.

207 R. Pound (2004), *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada: Comares (pág. 58).

208 Véase Zapatero Gómez, Garrido Gómez y Arcos Ramírez (2010: 177), quienes sostienen que "Holmes no intenta dar una definición del Derecho, sino un nuevo enfoque de su estudio, de la Ciencia del Derecho", aunque se centre en la posición de los jueces y las circunstancias para adoptar sus decisiones, ya que "lo que importa es el Derecho en funcionamiento y no en el papel".

209 El concepto desmitificación del Derecho arranca desde Bentham según H. L. A. Hart (1982), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford: Clarendon Press. Afirma P. Chiassoni (2016), *Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico*, ponencia del Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (pág. 3), accedido el 11 julio 2020, de http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Chiassoni%20-%20Tarello%20y%20la%20desmitificacio%CC%81n%20del%20pensamiento%20juri%CC%81dico.pdf, que consiste en "destruir las imagines falsas y engañosas del derecho, construidas por los juristas, reemplazándolas con imágenes (en lo posible) axiológicamente neutras y respaldadas por datos empíricos acertados".

condiciones en que la legislación se intenta afectar o cambiar". Dicha sentencia debe ser completada con la emitida en el caso *Watkins vs. United States* en 1957, donde se afirmó que "ninguna investigación es un fin en sí mismo; debe relacionarse con, y servir de apoyo, a una función propia del Congreso"[210]. Ambas sentencias suponen la consolidación de la escuela realista en el Derecho y, especialmente, en la elaboración de la regulación ya que se ha convertido en una constante en el Derecho norteamericano la obligación de motivar la norma en base al conocimiento de la información generada, y, por ende, de la propia realidad.

De otra parte, abordar la implantación y el desarrollo de la *better regulation* requiere, además, un enfoque económico, junto al jurídico. Este enfoque conjunto responde al hecho de que la interrelación existente entre el Derecho y la Economía ha sido el motor para la implantación de un sistema evaluativo en virtud de una metodología económica en Estados Unidos, como es el caso de la evaluación de impacto normativo, conectado a la preocupación por lo económico en el ejercicio de las políticas públicas y a identificar los costes y beneficios que suponen las normas y los efectos de las mismas, así como su distribución entre la ciudadanía[211]. Pero, a su vez, estos ámbitos están íntimamente relacionados con el político, ya que los dos anteriores se entremezclan con este a través de distintas corrientes de pensamiento que surgen al respecto, y que comentaré más adelante.

El comienzo de la preocupación por la economía en el ámbito de la gestión y por la evaluación debe situarse en la aprobación de la Ley de Presupuesto y Contabilidad de 1921 (*Budget and Accounting Act of 1921*)[212]. En esta norma se estableció el marco para el presupuesto federal moderno, ya que se determinó un sistema de presupuesto nacional y una auditoría independiente de las cuentas del Gobierno. Pero, además, la norma creó la Oficina Presupuestaria (*Bureau of the Budget)*[213] como precedente a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget, OMB*), órgano de bastante importancia actualmente en la revisión regulatoria, y que se encargaba de examinar las solicitudes de

210 Osés Abando (1995: 140).
211 Esta preocupación por la evaluación ya fue señalada, incluso, por el vigésimo octavo presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, quien resaltó la importancia de la comprobación de los postulados establecidos en las propias normas, al afirmar que: "tan importante como la legislación es la inspección vigilante de la Administración" (*quite as important as lawmaking is vigilant oversight of administration*) y sin dicha capacidad de inspeccionar y chequear las leyes, los Estados Unidos y sus ciudadanos deberían "avergonzarse de la incapacitante ignorancia de los muchos asuntos que debería comprender y dirigir" (*remain in embarrassing, crippling ignorance of the very affairs it should understand and direct*), véase W. Wilson (1885), *Congressional Government: A Study in American Politics*, Boston y New York: Houghton Mifflin Company (pág. 297).
212 Pub. L. 67-13; 42 Stat. 20; June 10, 1921; S. 1084.
213 Este órgano, en 1921, se encontraba establecido dentro del Departamento del Tesoro, pero en 1939 se trasladó a la Oficina Ejecutiva del Presidente, reorganizándose en 1970 dentro de la actual Oficina de Administración y Presupuesto.

financiación de los departamentos gubernamentales y ayudaba al presidente en la formulación del presupuesto. Dicha norma, también, creó la Oficina de Contabilidad General (*General Accounting Office)* (ahora Oficina de Contabilidad del Gobierno -*Government Accountability Office*, *GAO*-) como órgano para llevar a cabo una auditoría independiente de las transacciones financieras del gobierno, para determinar la eficiencia con la que se manejan los asuntos financieros de las agencias federales y presentar al Congreso, en los informes específicos y anuales, sus conclusiones en cuanto a la situación financiera del gobierno.

No obstante lo anterior, el arranque del proceso se debe situar en la implantación de las políticas del *New Deal*[214], a partir de los años 30 del siglo pasado, adoptadas como respuesta a la situación de crisis económica que afrontó Estados Unidos (y, el resto del mundo) y que fue alimentándose desde 1928 con la caída de los precios agrícolas. Esta tuvo su punto álgido con el crac de la Bolsa de Nueva York[215], generando el período posterior denominado la Gran Depresión[216]. El presidente Roosevelt optó en su *New Deal* por ejercer una política intervencionista en la economía, con medidas en materias financieras, agrícolas, industriales y sociales. Con ello se pretendía, siguiendo los postulados económicos de la teoría de John Maynard Keynes[217], estimular la inversión y el empleo, recurriendo al déficit público, denominado *pump priming*[218].

Dichas políticas dieron los frutos esperados y generaron una situación de bonanza económica en los años posteriores, alimentada, fundamentalmente, por el aumento de la industria militar que tuvo su punto álgido con la victoria en la 2.ª Guerra Mundial y por la internalización de las empresas norteamericanas en Europa a través del Plan Marshall[219] (o *European Recovery Program*). Todo esto consolidó las políticas de bienestar social e intervención iniciadas por la Administración Roosevelt, siendo un ejemplo de esto la aprobación de la Ley de Empleo

214 Son las políticas de un marcado carácter intervencionista puestas en marcha por el 32.º Presidente Franklin D. Roosevelt, concretamente, hubo dos *New Deal*, el primero que empezó en 1933, marcado por los "Cien días de Roosevelt" y el segundo se produjo entre 1935 y 1938.

215 Al respecto, el crac se produjo durante tres días: el jueves negro (24 de octubre de 1929), el lunes y el martes negros (28 y 29 de octubre de 1929).

216 En un primer momento, el presidente Hoover ante dicha situación de crisis adoptó una serie de medidas propias del liberalismo clásico como son: reducción del gasto público, disminución de gastos sociales y salarios, etc. Dicha política económica se llevó a cabo hasta 1933 dando resultados negativos, generando más paro y recesión.

217 Especialmente, véase J. M. Keynes (2011), *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, traducción E. Hornedo, Barcelona: Ciro.

218 Este término fue usado en 1932 por el presidente Hoover para la creación de la Corporación Financiera de Reconstrucción (*Reconstruction Finance Corporation)* en 1932, pero en 1933 lo utilizó el presidente Roosevelt, asumiendo el símil siguiente: para que una bomba de agua funcione, el Gobierno estimula el gasto privado para conducir a la expansión económica.

219 Su nombre común se debe a George Catlett Marshall, Secretario de Estado de los Estados Unidos, precursor de dicho Plan.

(*Employment Act*) en 1946[220].

En los años 60 se continuó la senda de crecimiento de años anteriores, lo cual generó un aumento de las políticas sociales y del gasto público debido, fundamentalmente, al programa del Presidente Lyndon B. Johnson, denominado "La Gran Sociedad" (*The Great Society),* en el cual eran prioritarios aspectos tales como la igualdad de oportunidades y el aumento del nivel de vida. Los distintos programas generados por las administraciones demócratas acumularon un gran tamaño y una creciente dificultad para dilucidar hasta qué punto cumplían las misiones que tenían asignadas. Esta situación de intervencionismo generó un planteamiento crítico por cierto sector cercano al mundo universitario, que era más proclive a la no intervención pública del mercado y que se plasmó en un movimiento económico heterodoxo al respecto. Dicho movimiento generó una serie de corrientes, debiendo resaltarse, por su importancia final para el proceso *better regulation* en Estados Unidos, la denominada Análisis Económico del Derecho (*Economic Analysis of Law* o *Law & Economics)*, que supuso la utilización de la ciencia económica para medir y conceptuar los efectos de las normas jurídicas para establecer cuáles son eficientes y, en consecuencia, anunciar las medidas a adoptar[221], así como la determinación de los efectos de las normas jurídicas sobre la práctica económica. El desarrollo del Análisis Económico del Derecho está vinculado a la Universidad de Chicago y, en particular, a su Facultad de Derecho en los años 50 del siglo pasado, aunque conectado al desarrollo de su estudio en la Facultad de Económicas de dicha Universidad[222].

Desde esta perspectiva del Análisis Económico del Derecho, hay que resaltar el trabajo de

220 Pub. L. 79-304; 60 Stat. 23; February 20, 1946; S. 380.

221 Véase a Del Guayo Castiella (2017 a: 45 y 46), quien relata el cambio de la "regulación keynesiana" que "se impuso en el mundo durante la mayor parte del siglo xx", "hasta el final de la década de los años setenta, cuando los gobiernos de los países más desarrollados del mundo fueron ocupados por personas influidas por las ideas de los economistas de la Escuela de Chicago".

222 El origen de este movimiento partidario al libre mercado, surgió como crítica a las políticas económicas imperantes que eran de un marcado carácter keynesiano, y se concentraría especialmente en la Escuela Económica de Chicago [concretamente Ronald H. Coase, premio Nobel de Economía en 1991 por "el descubrimiento y aclaración del significado de los costes de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía" (accedido el 18 diciembre 2021, de https://www.nobelprize.org/prizes/lists/all-prizes-in-economic-sciences/), en relación al artículo de Herny C. Simons de 1934 denominado *A positive program for laissez faire: some proposals for a liberal economic policy*]. Dicha escuela estableció el Análisis Económico del Derecho y lo expandió no solo como materia de estudio en el ámbito económico, sino en una ciencia distinta como es la jurídica dentro de dicha Universidad (uno de sus máximos exponentes lo encontramos en la figura de Richard Posner, del cual hay que resaltar su obra *Economic Analysis of Law* donde utiliza el análisis económico en su investigación metódica de los distintos ámbitos del sistema jurídico americano), sino, también, en el ámbito social y político [tanto es así que dos grandes pensadores de dicha Escuela como Milton Friedman y George Stigler tuvieron una relevancia política en distintas Administraciones norteamericanas y fueron nombrados premios Nobel, adquiriendo relevancia a nivel nacional como internacional, constituyéndose en el ámbito europeo la *European Association of Law and Economics* y, en concreto, en el caso de España, existe un reconocimiento a nivel doctrinal, por ejemplo, Pedro Mercado Pacheco y Gabriel Doménech Pascual, así como legislativo como es el plasmado en el artículo 130.2 de la LPAC.

Coase, el cual gira en torno al tratamiento del coste social o los efectos externos producidos por las actividades económicas en su artículo *The Problem of Social Cost*[223], título adaptado del artículo de Frank Knight denominado *Fallacies in the Interpretation of Social Cost*. Con este trabajo, intentó mejorar el análisis del funcionamiento del sistema económico, introduciendo la variable del Derecho puesto que, en un régimen con costes de transacción positivos, la regulación es relevante para el desarrollo de la economía[224].

Y, por otro lado, la manera que el Derecho ha contribuido a transformar el análisis económico, desarrollando la recíproca relación entre el derecho y la función económica de la regulación respecto a la minimización de los costes sociales y la optimización de productos. En esta parte de la teoría hay que señalar como una de sus figuras relevantes a Guido Calabresi[225] que trató de explicar la introducción del análisis coste-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales, posibilitando hablar en términos económicos y recurrir a la analítica para examinar y cuantificar los efectos del Derecho. Para ello, dicho autor realiza un examen de los incentivos para el seguimiento y acatamiento de las conductas jurídicas.

Alrededor del Análisis Económico del Derecho han surgido distintas escuelas que respondían a una corriente común con ciertas diferencias, a saber: las institucionalistas del análisis económico[226] (el neoconstitucionalismo y el institucionalismo) y la Escuela de *New Haven*[227].

Además de lo expuesto, es necesario considerar la influencia de todo lo anterior en la toma de decisiones públicas, para lo cual se hace necesario recurrir al movimiento que utiliza la economía para estudiar los problemas típicos de las ciencias políticas en dicha toma de decisiones como es la *Public Choice Theory* o teoría de la elección pública, que supone una

223 R. H. Coase (1960), «The Problem of Social Cost»*, Journal of Law and Economics*, 3, págs. 18-91.
224 En dicho trabajo, Coase demuestra lo gravoso que supone el llevar a cabo transacciones en el mercado, por lo cual hay que contemplar distintas opciones de empleo de los recursos y analizarlas más allá de la confianza en el mercado. Al respecto, afirma lo siguiente: "Los puntos de vista satisfactorios sobre políticas sólo pueden provenir de un estudio paciente de cómo en la práctica el mercado, las empresas y el gobierno, manejan el problema de los efectos perjudiciales", entendiendo "que los economistas y, en general quienes crean las políticas, han tendido a sobreestimar las ventajas de la regulación gubernamental", abogando, por la reducción de la "regulación gubernamental", aunque sus límites "debe provenir de la investigación detallada de los resultados actuales de manejar el problema de distintas maneras".
225 Jurista norteamericano y juez senior de la *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*. Junto a Coase y Posner se consideran los padres de la *Law and Economics*.
226 Los estudios realizados por los institucionalistas giran en torno a la racionalidad institucional, no la racionalidad del mercado. Su análisis económico tiene como referente la estructura normativa de la sociedad y los hábitos mentales y actitudes compartidos por la colectividad.
227 Se preocupa de que no exista mucha regulación, sino que, verdaderamente, exista poca y que debe distribuirse y tener en cuenta la justicia.

derivación al ámbito público de la teoría racional[228]. Concretamente, dicha teoría tiene como objeto las decisiones públicas de los actores políticos construyendo un contexto de reducción del poder de estos sobre la sociedad, mediante el estudio de lo que ellos denominaron "fallos del Gobierno", expresión que surge para contrarrestar otra expresión que utilizaban los intervencionistas como son los "fallos del mercado"[229]. Según uno de los máximos exponentes de dicho movimiento, James M. Buchanan[230], "el centro firme de la elección pública se puede resumir en tres supuestos: (1) individualismo metodológico, (2) elección racional y (3) política-como-intercambio".

Centrándonos en el segundo de los elementos señalados, la percepción de lo racional en los distintos sujetos intervinientes en una decisión pública, como puede ser el propio Gobierno, los afectados (constituidos formalmente o no en grupos de presión) y la ciudadanía en general, exige analizar, respectivamente, sus intereses propios racionales. Esto podría generar, según dicha doctrina, que las minorías puedan ser escuchadas por encima de la mayoría, ya que esta última, mostraría una situación de indiferencia porque percibiría que tiene poco que perder de forma individual. Esta mayoría se sometería a unos esfuerzos dispersos e imperceptibles por ellos mismos, que generaría un desconocimiento por lo público en virtud de su ignorancia racional. Aun, en el caso de que se percatasen de dichas circunstancias, teniendo la información necesaria de los resultados de una evaluación, por ejemplo, de una determinada política pública, podrían descubrir que, aunque se organizaran para defender sus intereses, no sería factible su defensa de forma adecuada. Esto es una manifestación propia de los fallos del Gobierno, según esta teoría. Todo con una finalidad, la búsqueda de la fiscalización por el electorado una vez elegidos los gobiernos, más allá del mutuo control de los poderes del Estado[231], ante la "desconfianza sobre el comportamiento de los políticos (…) que dirige su actuación a la maximización de su propio beneficio"[232].

228 J. R. Álvarez Rendueles (1986), «James M. Buchanan y la 'elección pública'», El País, accedido el 11 de enero de 2020, de https://elpais.com/diario/1986/10/22/economia/530319602_850215.html, afirma que "La teoría de la elección pública está situada entre la economía y la ciencia política, y consiste básicamente en estudiar con el método y las herramientas del economista el proceso de decisiones que se toman en el campo del sector público, en el campo de la economía pública, siempre partiendo de que el individuo es quien ha de decidir". Véase a M. Vaquer Caballería (2011), «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, págs. 91-135 (págs. 124-129), quien realiza un resumen de dichas corrientes.

229 Afirma J. M. Buchanan (2005: 215) que la "elección pública se convirtió en un conjunto de teorías sobre los fallos del gobierno, como una compensación de las teorías de los fallos del mercado que habían surgido previamente de la economía del bienestar teórica", sintetizándolo en lo que él denomina "política sin romanticismo".

230 *Ibíd.*, pág. 203.

231 Véase C. Guzmán Napurí (2002), «Una aproximación a la teoría del Public Choice y sus implicancias en los mecanismos de control estatal», *Derecho PCUP*, 55, págs. 223-243.

232 M. Magide Herrero (2000), *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 134).

La *Public Choice* tiene en cuenta las presiones que pueden sufrir quienes toman decisiones por parte de aquellos que buscan obtener rentas sobre el mercado por encima de las que este les ofrece. Esto se denomina *rent-seeking*[233].

Todas estas corrientes interdisciplinares confluyen en el afianzamiento de una corriente económica denominada neoliberalismo, que supone el resurgimiento del liberalismo clásico en los años 70 y 80 del siglo pasado y una búsqueda de la eficacia, eficiencia y productividad debido a la insatisfacción de la sociedad ante el "contexto de escasez y crisis económica" de los años setenta del siglo pasado[234]. Esto tiene como fundamento una liberalización de la económica y la reducción del peso del Estado en la sociedad, asumiendo el sector privado algunas de sus funciones o competencias tradicionalmente desempeñadas por el sector público. Esta corriente estuvo en alza en dichos años debido al fracaso del modelo keynesiano en la gestión de la crisis del petróleo en el año 1973, poniendo el acento, en lo que aquí interesa, en la idea de que el modelo intervencionista estatal y la carga normativa aumentaba cada año y estaba suponiendo un lastre[235].

B) Configuración reciente de la política *better regulation*.

Antes de entrar de lleno en la *better regulation* en Estados Unidos, hay que remarcar aspectos previos en relación con el proceso regulatorio. Así, en primer lugar, es adecuado distinguir la elaboración de las leyes, que lleva a cabo el Parlamento, y el resto de regulación que es redactada por las Agencias[236]. En relación con este último, debe diferenciarse de los países del

233 Véase Ponce Solé (2003: 97) que utiliza dicho concepto en relación con los privados que se relacionan con los actores públicos para "satisfacer sus intereses mediante la intervención pública" para "«capturar» a las estructuras administrativas, que acaban percibiendo a los regulados más como clientes que como sujetos cuya conducta exige una regulación objetiva en servicio del interés general".

234 Véase E. del Pino (2004), *Los ciudadanos y el Estado. Las actitudes de los españoles hacia las Administraciones y las políticas públicas*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 64).

235 Afirma Donelan (2013: 164) que la "adopción de evaluación de impacto regulatorio nació como respuesta a la percepción de que existía una creciente carga normativa, asociada al surgimiento de las actividades normativas desde mediados de los años sesenta".

236 Afirma P. de Miguel García (1972), «La Legislación delegada en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos», *Documentación Administrativa*, 147, págs. 67-85 (pág. 73) que el "artículo primero de la Constitución federal de los Estados Unidos confiere todos los poderes legislativos establecidos en la misma al Congreso". Esto no ha impedido la delegación "en el presidente o en las diferentes *independent agencies* toda clase de funciones legislativas" (pág. 79). Véase sobre la legislación delegada en los Estados Unidos de América, M. Estepa Montero (2004), *Régimen Jurídico y control jurisdiccional de los Reales Decretos Reglamentarios*, Universidad Complutense de Madrid (págs. 160 -170). Sobre el control de dicha legislación delegada véase De Miguel García (1972: 81-85), T. Freixes Sanjuan (1990), «La Legislación Delegada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28, págs. 119-176 (págs. 152-154) y Estepa Moreno (2004: 657-661). También afirma P. L. Strauss (2008), «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», en J. Barnés Vázquez (ed.), *La transformación del Procedimiento Administrativo* (págs. 303-368), Sevilla: Global Law Press (pág. 319), que el ordenamiento jurídico norteamericano está formado por una Constitución, las leyes aprobadas por el Congreso, los reglamentos aprobados por el Ejecutivo (*hard*

Derecho continental europeo[237].

En segundo lugar, centrándonos en la elaboración de la regulación[238] por el poder ejecutivo es necesario señalar la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act,* el 11 de junio de 1946, *60 Stat. 237,5 U. S. C. A. 1.001, Public Law 404, 79th. Congress*), que supone la unificación definitiva de las distintas reglas del procedimiento administrativo, distinguiendo varios procedimientos administrativos entre los que destacan el *rulemaking* o "potestad legiferante de la Administración", que no puede desvincularse de la seguridad jurídica, la eficiencia administrativa[239] y, además, en mi opinión, la eficacia. Las agencias federales distinguen dentro del *rulemaking* dos procedimientos: uno de carácter informal (el mayoritario) y otro de carácter formal[240], y cuya diferencia descansa sobre todo en la participación y realización de alegaciones[241]. El procedimiento es desarrollado parcialmente

law), y los instrumentos del derecho blando (documentos interpretativos, directrices, guías, etc., denominados *soft law*).

237 Señala De Miguel García (1972: 67) que se debe a tres razones: primera por una "peculiar interpretación del principio de separación de Poderes y en particular el recelo respecto a la injerencia del Poder Ejecutivo en la esfera del Legislativo y Judicial"; en segundo lugar, la "falta de sistematización y análisis doctrinal" y tercera la "ausencia de un plan en su desarrollo". García de Enterría (1999 a: 55) establece que en "los países de *common law*", la Ley y el Reglamento "ocupan tradicionalmente un lugar secundario en la formalización de las reglas de Derecho".

238 Véase M. Salvador Martínez (2005), «Autoridades independientes y organización territorial», en J. M. Vidal Beltrán y M. A. García Herrera (coords.), *El Estado Autonómico: integración, solidaridad y diversidad vol. II* (págs. 427- 450), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Colex (pág. 429) afirma que el término *regulation* "consiste en «regular» en sentido amplio", como se comentó en el Capítulo I, en la que incluye la ordenación y supervisión de "toda la actividad privada en un sector" con el objeto de "garantizar su correcto funcionamiento, no sólo mediante la aprobación de normas generales -lo que sería en sentido estricto «regular»-, sino también a través de actos singulares, como el otorgamiento de concesiones o la resolución de conflictos".

239 Afirma J. L. Villar Palasí (1950), «La Federal Administrative Procedure Act, de Estados Unidos», *Revista de Administración Pública*, 1, págs. 277-296 (págs. 277, 278 y 295). Este distingue entre *rule* o reglamento y *order* o acto administrativo concreto (pág. 278). También García de Enterría (1999 a: 57) afirma que dicha Ley "embridó igualmente los poderes normativos del Ejecutivo (regulando especialmente su procedimiento de elaboración, que se desarrolla normalmente a través de un sistema contradictorio y cuasijudicial entre los interesados implicados) y los sometió resueltamente al control del juez". Al respecto, señala Strauss (2008: 320) que dicha Ley "conforma el marco básico general del Derecho administrativo norteamericano.

240 Los dos se encuentran regulados en el Código Federal de Estados Unidos (el *informal rulemaking* en *U.S. Code § 553* y el *formal rulemaking* en *U.S. Code §556 y 557*).

241 Para conocer los pasos que conforman el procedimiento de elaboración de normas federales (*federal rulemaking process*) véase Congressional Research Service (2013), «The Federal Rulemaking Process: An Overview», *CRS Report for Congress*, accedido el 11 enero 2020, de https://sgp.fas.org/crs/misc/RL32240.pdf (pág. 2). Además, véase a J. de la Cruz Ferrer (1988 a), «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 116, págs. 65-105 (págs. 83 y 84), que resumía en cuatro tipos la participación de los interesados en el "procedimiento de elaboración de reglamentos": uno "«informal», instaurado por la *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946 y que es el normalmente utilizado por las agencias", en segundo lugar "el «formal», también regulado por la APA, concebido a semejanza y con las garantías del proceso judicial, que debe ser exigido expresamente por una Ley; en tercer lugar, "el «híbrido», exigido por determinadas sentencias que creyeron necesario en determinados casos el cumplimiento de garantías superiores a las del procedimiento informal", y, por último, "el negociado, recomendado en 1982 por la *Administrative Conference*". Afirma también, al respecto, Strauss (2008: 307-317 y 320) que el *rulemaking*, que consiste en el procedimiento de elaboración de reglas, se clasifica en tres procedimientos: primero el informal, señalado anteriormente, de "anuncios y alegaciones" (*notice and comment model*), iniciado con la "publicación de la propuesta de reglamento en el Registro Federal", produciéndose la misma en un periodo avanzado de la gestación de la regla, estableciéndose la posibilidad de que vaya precedida "cuando menos de la publicación de una breve noticia de la actividad normativa proyectada" en la Agenda Unificada de Reglamentos Generales (*Unified Agenda of Federal Regulations*) para su participación en torno a 30 y 60 días, sin perjuicio de que otorgue la agencia nuevas posibilidades de participación. Un segundo denominado modelo de publicación (*publication model*) referido a directrices, reglas interpretativas y otras

en la respectiva ley que crea cada una de las agencias y las órdenes ejecutivas del presidente de los Estados Unidos, junto con otra documentación. Las agencias, en cada ámbito específico material, llevarán a cabo el proceso regulatorio confiado en virtud de su supuesta especialización y neutralidad política[242].

La evolución del proceso regulatorio en las distintas Administraciones norteamericanas se puede resumir, fundamentalmente en cuatro fases, destacando especialmente el período vinculado a la Administración Reagan.

1.ª Fase: los primeros pasos previos a la Administración Reagan[243].

Esta se caracterizó por distintos intentos de llevar a cabo una reforma del proceso regulatorio, pero sin la contundencia y generalización que se ejercería durante el período de la Administración Reagan. Dentro de esta fase previa, hay que destacar a las Administraciones de los Presidentes Nixon, Ford y Carter.

En la Administración Nixon es necesario señalar la denominada Revisión de la Calidad de Vida (*Quality of Life Review)*[244], mediante la que se obligó a comunicar a la Oficina de Administración y Presupuesto todo proyecto de regulación promovido por las agencias que tuviera un impacto significativo en materia de protección ambiental, consumidores y seguridad e higiene en el trabajo, de forma que las agencias debían exponer las alternativas regulatorias que percibían, con una cuantificación de sus costes[245]. Sin embargo, muchas agencias ignoraron el proceso y, en consecuencia, la autoridad de la Oficina de Administración y Presupuesto fue muy limitada.

formas de derecho blando. Y, por último, un tercero con una audiencia formal (*hearing model*), por ejemplo, para la aprobación de tasas para determinados servicios públicos.

242 Digo supuesta por las interferencias de un ejercicio inadecuado del poder presidencial de destitución y de coordinación de las mismas, su responsabilidad política mediata ante los representantes de la ciudadanía y la captura del regulador por las empresas privadas del sector, véase V. Torre de Silva (2005), «Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América», *Revista de Administración Pública*, 167, págs. 475-496.

243 Véase Renda (2006: 8-10) y Pinilla Pallejà (2008: 9), quienes consideran que la evaluación de impacto normativo tiene su origen "en la década de 1970", con posterioridad a la "generalización de las políticas intervencionistas de las administraciones presidenciales posteriores a la Segunda Guerra Mundial", cuando se dictaban leyes como ejercicio político de una actitud proactiva para resolver los problemas.

244 Véase J. Tozzi (2011), «OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding», *Administrative Law Review*, 63 (edición especial), págs. 36-69 (pág. 44) afirma que la creación de la *Quality of Life Review* (QLR) supuso la "regulación de los reguladores". Sobre un estudio más pormenorizado véase *op. cit.* págs. 44-50.

245 Para Renda (2006: 9) dicha Revisión fue concebida como un canal privilegiado para la consulta pública que pronto terminaría aumentando el riesgo de captura regulatoria.

En materia ambiental, es importante señalar la aprobación de la Ley Nacional de Política Ambiental (*National Environmental Policy Act*)[246] en 1969, que requería una evaluación de impacto ambiental para todos los proyectos públicos que podían afectar al medio ambiente.

Con posterioridad, el Presidente Ford prosiguió con la Revisión de la Calidad de Vida, y a tal efecto dictó el 27 de noviembre de 1974, la Orden Ejecutiva (*Executive Order*[247]) 11821, denominada "Declaraciones de impacto de inflación" (*Inflation impact statements*)[248]. Con esta medida se pretendía que cada nueva disposición aprobada tuviera un estudio de su impacto sobre la inflación, esto es un cálculo de los costes que representaba su implantación, en concreto sus efectos sobre la productividad y la competencia. Las declaraciones fueron preparadas por las distintas agencias ejecutivas y revisadas por el Consejo sobre Salarios y Estabilidad de Precios (*Council on Wage and Price Stability*, *CWPS*)[249].

En dicha época, el proceso de revisión fue impulsado por el Grupo de Revisión sobre Reforma Regulatoria (*Review Group on Regulatory Reform*), un subcomité del Consejo Nacional (*Domestic Council*), que constituía un mecanismo de coordinación de las políticas realizadas en la Casa Blanca en tiempos de Ford. Dicho Grupo se centró en los cambios legislativos y de procesos en el sistema regulador.

En diciembre de 1976, se aprobó la Orden Ejecutiva n.º 11949, que cambió el nombre del requerido análisis por Declaración de Impacto Económico (*Economic Impact Statement*). Este

246 Pub. L. 91-190; 83 Stat. 852; January 1, 1970, S. 1075; 42 U.S.C. §4321.

247 Según A. M. Moreno (1994), «La reforma administrativa en los Estados Unidos. El Plan del Presidente Clinton», *Revista de Administración Pública*, 134, págs. 521-540 (pág. 529), una Orden Ejecutiva es una de las "normas" que puede dictar el Presidente de los Estados Unidos, junto con las *proclamations* y los *memorandums,* que deriva implícitamente del artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, supone el ejercicio de la política pública del poder ejecutivo dentro del marco constitucional y legal. No obstante, Strauss (2008: 345) lo define como "documento presidencial publicado en el Registro Federal y dirigido a agencias federales", siendo uno de los medios que dispone para ejercer su función de hacer que se apliquen correctamente las leyes. "Constituyen mandatos imperativos para las agencias, en la medida en que comprenden la obligación de cumplirlas y permiten la racionalización de sus actos." Pero, "no constituyen normas que puedan ser alegadas ante los tribunales y suelen carecer de efecto directo".

248 39 *FR* 41501, 29 de noviembre de 1974. Según Renda (2006: 9) sería la primera versión de lo que después llegaría a ser el modelo de Evaluación de Impacto Regulatorio de los Estados Unidos (*Regulatory Impact Assessment*), tanto es así que los economistas del Consejo de Estabilidad de Salarios y Precios convirtieron, con el paso del tiempo, dicha mera estimación del impacto inflacionario en un análisis de costo-beneficio real, como motivación en los procesos de consulta pública determinados en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946. Tozzi (2011: 51) afirma que dicha Orden Ejecutiva estaba administrada por el Director de la Oficina de Administración y Presupuesto, requiriendo a todas las agencias federales que consideren el impacto inflacionario de todas las regulaciones principales. Específicamente, se exigió a las agencias que consideraran en las regulaciones: impacto en los costes para consumidores, negocios, mercados y gobierno federal, estatal o local; efectos sobre la productividad de los asalariados, empresas y gobiernos en cualquier nivel; efectos sobre la competencia; y efectos sobre importantes suministros de productos y servicios.

249 Este órgano se constituyó en agosto de 1974 con la intención de revisar los programas de gobierno para determinar su impacto sobre la inflación y el control de la economía del sector privado. Al respecto, véase T. Hopkins (2015), «The Council on Wage and Price Stability: A Retrospective», *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 6(02), págs. 400-431.

cambio de nombre se debió a que reflejaba mejor la naturaleza del análisis requerido. Además, el Presidente Ford insistió en remarcar la importancia de los análisis económicos que, objetivamente aplicados, podían ayudar a aquellos que tienen que tomar las decisiones y al público a ver más claramente los beneficios y costes de las propuestas, además de dar un carácter más racional a la toma de decisiones del Gobierno federal.

Posteriormente, en la Administración Carter, se estableció el Grupo de Revisión del Análisis Regulatorio (*Regulatory Analysis Review Group, RARG*), compuesto por miembros de distintas agencias liderados por la Oficina de Administración y Presupuesto, con la autoridad para llevar a cabo la revisión de las propuestas de regulaciones más importantes. Después, el 23 de marzo de 1978, se dictó la Orden Ejecutiva 12044, denominada Mejorar las Regulaciones Gubernamentales (*Improving Government Regulations*)[250], remplazando la Declaración de Impacto Económico (*Economic Impact Statement*) por el Análisis Regulatorio (*Regulatory Analysis)*. Dicho análisis debía de llevarse a cabo en todas aquellas propuestas regulatorias que tuvieran un impacto económico de 100 o más millones de dólares, y, como contenido del análisis debía incluirse una descripción del problema, la identificación de formas alternativas de alcanzar el objetivo de la política y un análisis del potencial impacto económico de la regulación. Además, se exigía que dicho análisis estuviera disponible para el público en el momento de la propuesta regulatoria.

El Presidente Carter creó, también, el denominado Consejo Regulador (*Regulatory Council*) que se encargaba de preparar el calendario semestral de las regulaciones propuestas requeridas por la Orden Ejecutiva 12044 (perdurando con el tiempo, ya que la Ley de Flexibilidad Regulatoria - *Regulatory Flexibility Act*- requiere de dicha información).

Junto a ello, la Administración Carter se distinguió por dos reformas más: por un lado, la aprobación, en 1980, de la Ley de Flexibilidad Regulatoria[251] que requiere que las agencias que elaboren las reglas redacten las regulaciones de una manera que reduzcan al mínimo las cargas a la pequeña empresa[252].

250 Según Tozzi (2011: 52) fue la primera Orden Ejecutiva de contenido específico sobre revisión regulatoria.
251 Pub. L. 96-354; 94 Stat. 1164; September 19, 1980; S. 299; 5 U.S.C. §601-612. Véase P. R. Verkuil (1982), «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», *Duke Law Journal*, 2, págs. 213-271 (págs. 216-219), señala la evolución histórica de la preocupación del Congreso por las pequeñas empresas que tiene su hito inicial con la Ley de la Pequeña Empresa (*Small Business Act*) en 1953, Pub. L. 83-163; 67 Stat. 230; July 30, 1953; H.R. 5141.
252 Dicha Ley se encuentra, actualmente, en el título 5 del Código de los Estados Unidos, secciones 601-612. La Ley ha sido modificada por la *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act* de 1996 (Pub. L. 104-121; March 29, 1996; 110 Stat. 847; H.R. 3136), la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub. L. 111-203; 124 Stat. 1376; July 21, 2010; H.R. 4173) y la Small Business Jobs Act of 2010 (Pub. L. 111-240; 124 Stat. 2504; September 27,

Y, por otro lado, la aprobación, también, en 1980, de la Ley de Reducción de Trámites (*Paperwork Reduction Act*)[253], que creó la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, que se incardinaría en el seno de la Oficina de Administración y Presupuesto, y cuya misión sería supervisar la reducción de la carga de los requisitos federales establecidos en el cumplimiento del objetivo de la ley. Dicha ley entró en vigor después de que el Presidente Carter dejase el cargo. A principios de 1981 el Presidente Reagan, a través de la Orden Ejecutiva 12291 amplió las funciones de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios para abarcar la revisión de la regulación promulgada por las agencias federales.

Como señala Betancor Rodríguez[254], esta fase constituye los cimientos "de los procesos de liberalización" fundamentados en las teorías reseñadas de la Escuela de Chicago y de la *Public Choice* dotándolas de un carácter de mayor objetividad.

2.ª Fase. La implantación generalizada de la evaluación de impacto regulatorio en la época Reagan y fortalecimiento en la era Bush padre[255].

En 1981, cuando alcanza la presidencia de los Estados Unidos el candidato republicano Ronald Reagan, este atribuyó gran parte de los males económicos existentes en su país al aumento excesivo de los poderes del Estado, desde 1960, por las distintas administraciones demócratas. Para combatir dicha situación, la Administración Reagan, llevó a cabo una serie de medidas económicas, que están en la base de las teorías propugnadas por la Escuela económica de Chicago (ya que uno de sus asesores presidenciales era Milton Friedman) y que tuvo como eje la iniciativa privada, lo cual se denominó coloquialmente *Reaganomics*, término que se

2010; H.R. 5297). La Ley de Flexibilidad Regulatoria establece unas obligaciones de información y un análisis de flexibilidad regulatoria cuando una agencia promulgue una regla final bajo la sección 533 de dicho título [al respecto de esto último, véase Revuelta Pérez (2014: 89)].

253 Pub. L. 96-511; 94 Stat. 2812; December 11, 1980; H.R. 6410; 44 USC §3501 et seq. (1980). En esta se establece la obligación de cada agencia federal de preparar una solicitud de recopilación de información (*Information Collection Request*), para lo cual debe obtener la aprobación de la Oficina de Administración y Presupuesto, antes de llevar a cabo preguntas idénticas con la finalidad de recopilar información de diez o más personas. Afirman G. Bourns, J. Nou y S. Shapiro (2018), «Improving the Efficiency of the Paperwork Reduction Act», *The Regulatory Review*, accedido el 9 mayo 2020, de https://www.theregreview.org/2018/10/30/bourns-nou-shapiro-improving-efficiency-paperwork-reduction-act/, que la crítica fundamental es que el trabajo de las agencias federales de recopilación de información produce un retraso excesivo; no obstante, se elogia la restricción necesaria de la capacidad de las agencias de sobrecargar a los destinatarios de las regulaciones. Véase, también, United States Office of Personnel Management (2011), *Paperwork Reduction Act (PRA) Guide*, version 2.0, accedido el 11 enero 2020, de https://www.opm.gov/about-us/open-government/digital-government-strategy/fitara/paperwork-reduction-act-guide.pdf.

254 A. Betancor Rodríguez (2009), *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios,* Madrid: Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons (págs. 107 y 108), sostiene que supone una "racionalización para el conocimiento de las razones de la regulación".

255 Véase Renda (2006: 10-12).

utilizaba para describir la política económica del gobierno de los Estados Unidos bajo su presidencia. Los pilares de dicha política fueron: reducir no solo el incremento del gasto público, sino, asimismo, de los tipos marginales de los impuestos que gravan el trabajo y el capital, así como de la regulación de la actividad económica; y, por último, se establece la llevanza del control de la oferta monetaria y la reducción de la inflación.

Respecto de la reducción de la regulación de la actividad económica, se generalizó la aplicación del análisis regulatorio, concretamente a través de un hito que se considera un antes y después de la política regulatoria norteamericana como es la aprobación de la Orden Ejecutiva 12291 de 17 de febrero de 1981, denominada Regulación federal (*Federal regulation*)[256]. En dicha Orden se establece un análisis generalizado de la regulación, tanto de la que está en vigor como la que va a ser objeto de elaboración. Pero no toda regulación era susceptible de dicho análisis, sino la que respondiese a los supuestos establecidos en dicha Orden, denominados reglas principales (*major rules*), aunque, dentro de las distintas funciones que se le atribuyeron a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, esta podía identificar cualquier norma como *major rule*. En consecuencia, la Orden Ejecutiva establecía la obligación de preparar un análisis de impacto regulatorio por cada regla principal. Además, el enfoque metodológico se correspondía con el Análisis Coste-Beneficio (ACB), debiendo de reunir una serie de requisitos que se establecían en la sección 2 de la Orden Ejecutiva[257].

Dichas obligaciones tienen su manifestación en el Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis, RIA*), que se llevaría a cabo sobre las *major rule* o normas más relevantes cuantitativa y cualitativamente, el cual se sometía a la fiscalización de la Oficina de

256 46 *FR* 13193, 19 de febrero de 1981, accedido el 21 junio 2021, de http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html. Véase Betancor Rodríguez (2009: 110-112). Tozzi (2011: 63) lo califica como "tsunami regulatorio". Afirma E. Gamero Casado (2014 a), «La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 25-76), Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 49) que con dicha Orden Ejecutiva "se abre una nueva y fructífera etapa, y con la que, entre otras cosas, se pretende reducir las cargas administrativas, incrementar la efectividad de la regulación, evitar duplicidades y adoptar normativas bien fundadas".

257 Betancor Rodríguez (2009: 110 y 111) considera que los requisitos son los siguientes: Todas las decisiones administrativas deberán basarse en la información adecuada sobre la necesidad y las consecuencias de las acciones de Gobierno propuestas. En segundo lugar, la regulación no podrá llevarse a cabo, salvo que los potenciales beneficios para la sociedad superen los costes que pudieran recaer sobre la misma; tercero, los objetivos regulatorios se elegirán con las miras puestas en extender el beneficio para la sociedad; y cuarto, de las distintas alternativas para alcanzar un objetivo determinado mediante la regulación, deberá elegirse la que suponga menos costes para la sociedad. Por último, las agencias deberán establecer "prioridades regulatorias" con la intención de "maximizar el beneficio neto agregado para la sociedad teniendo en cuenta" la situación de los sectores privados afectados, especialmente referido a la situación normativa y económica, presente y futura. Sin embargo, para Auby y Perroud (2013: 43) la crítica del análisis coste-beneficio se fundamentaba en la realización del procedimiento que giraba en torno a la competitividad (prestando menos atención a otros aspectos importantes como, por ejemplo, el medio ambiente o la salud), y la captura del regulador.

Administración y Presupuesto y del público, que podía hacer alegaciones para ser tenidas en cuenta por las agencias[258]. Dicho análisis debía tener el contenido que se detallaba en la sección 3.d) de la Orden Ejecutiva mencionada[259].

Lo anteriormente indicado evidencia una identificación clara entre el propio análisis y su enfoque metodológico. Dicho análisis lo realizaban las agencias y era revisado por la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, según aquella Orden (aunque con anterioridad esto correspondía al Consejo sobre Salarios y Estabilidad de Precios, suprimido por Reagan).

De tal importancia eran las funciones de revisión del análisis que realizaba la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, que no podía publicarse una comunicación de una propuesta de regulación hasta que dicha revisión fuera completa y sus preocupaciones fuesen abordadas. Todo esto llevó a que el proceso de revisión de la regulación en la Administración Reagan tuviese un impacto sustancial, ya que gran parte de los proyectos de regulación fueron devueltos, modificados o retirados[260].

La Oficina de Información y Asuntos Regulatorios ganó en importancia con la Administración Reagan no solo por lo comentado anteriormente, sino porque las agencias federales reguladoras debían demostrar que los beneficios de las propuestas reguladoras superaban a los costes, de forma que dicha Oficina poseía el poder suficiente para retrasar la regulación con el objeto de asegurar que las cuestiones económicas más amplias fueran abordadas adecuadamente por las Agencias federales antes de emitir la nueva regulación.

258 Véase 5 U.S.C. § 553 (c). En nuestro derecho se encuentran algunos ejemplos en línea con este planteamiento como el artículo 45.1.f) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* núm. 215, de 7 de noviembre de 2006), en el que el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias por el poder ejecutivo andaluz establece un informe de valoración de las alegaciones planteadas en la tramitación del proyecto reglamentario. Según L. Arroyo Jiménez (2017), «Participación pública y normas administrativas», *Almacén en Derecho*, accedido el 12 enero 2020, de https://almacendederecho.org/participacion-publica-normas-administrativas/, la finalidad de dicho documento en el ordenamiento norteamericano es "facilitar la ulterior interpretación y aplicación de la norma por parte de la Administración, así como su control por los tribunales", para lo cual estos "esperan que en ella se expongan y discutan los asuntos que han centrado el debate que ha tenido lugar a través del trámite de alegaciones escritas", como también "las razones por las que esos asuntos se resolvieron de una manera determinada y los motivos por los que no se llegaron a atender comentarios relevantes", alegando como fundamento, al respecto, la sentencia del caso "Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd, 407 F.2d 330, 338 (D.C. Circuit 1968); Independent U.S. Tanker Owners Committee v. Dole, 809 F.2d 847, 852 (D.C. Circuit 1987)".

259 Betancor Rodríguez (2009: 111) incluye una descripción de los beneficios y costes potenciales, y de las alternativas con su análisis coste-beneficio y la motivación de su no adopción, así como la "explicación de las razones por las que la regulación no cumple con los requerimientos u obligaciones que el art. 2 impone a todas las Agencias".

260 Véase C. R. Sunstein y R. W. Hahn (2002), «A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis», *University of Chicago Law School. Chicago Unbound, Law and Economics Working Papers*, 150, accedido el 21 junio 2021, de https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1009&context=law_and_economics, menciona que una de las "innovaciones más importantes en la Orden Ejecutiva 12.291" es un "mecanismo formal de supervisión por la OMB".

En definitiva, la mencionada Orden Ejecutiva 12291 tuvo una serie de implicaciones, que deben destacarse. Fundamentalmente, se redujo sustancialmente la dotación de personal y presupuestos de las agencias federales reguladoras y se generó una política de desincentivación de la producción regulatoria (como evidenció en el descenso del número de páginas agregadas al registro federal cada año, rompiendo una tendencia de aumento constante desde 1960)[261].

Como complemento de la Orden Ejecutiva anteriormente mencionada, el Presidente Reagan aprobó la Orden número 12498 denominada Proceso de planificación regulatoria (*Regulatory planning process*)[262], el 4 de enero de 1985. Esta Orden Ejecutiva estableció un proceso de planificación de la regulación mediante el que la Administración elaboraría y publicaría un programa de regulación para cada año. Para llevar a cabo este proceso, cada agencia ejecutiva que se encontraba sujeta a la Orden Ejecutiva n.º 12291 presentaría al Director de la Oficina de Administración y Presupuesto por cada año, a partir de 1985, una declaración de sus políticas de regulación, metas y objetivos para el próximo año y la información relativa a todas las acciones regulatorias significativas en curso o que se encontraban previstas.

Por último, hay que destacar que Reagan estableció un grupo de alto nivel denominado Grupo de Trabajo sobre Alivio Regulatorio (*Task Force on Regulatory Relief*)[263] encabezado por el entonces Vicepresidente George Bush, órgano que resolvía las controversias existentes entre la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios y las agencias regulatorias.

De otra parte, debe destacarse que en el ámbito judicial se adoptan distintos pronunciamientos en relación con el análisis de impacto regulatorio. He de señalar, en este sentido, la atención prestada al deber de motivar las decisiones, de forma que se establece un estándar que es exigible de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*), en virtud de la sentencia *Motor Vehicles*

261 Véase R. G. Rajan y L. Zingales (2003), *Saving capitalism from the capitalists*, New York: Crown Business. Estos autores afirman que dichos procesos de desregulación tuvieron su inicio en la Administración Carter, concretamente en el ámbito de las líneas áreas y en el sector del transporte por carretera y en el inicio de la reforma desreguladora en materia de ferrocarriles, telefonía, gas natural y banca.

262 50 *FR* 1036, 8 de enero de 1985, accedido el 21 junio 2021, de http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12498.html.

263 Era un Grupo de trabajo presidencial sobre medidas regulatorias creado por Reagan, que revisaría "las regulaciones pendientes", estudiaría "las regulaciones pasadas" con la finalidad de "revisarlas" y recomendar "los remedios legislativos apropiados", véase su anuncio de establecimiento por el propio presidente en declaración ante la prensa el 22 de enero de 1981, accedido el 16 junio 2021, de https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/remarks-announcing-establishment-presidential-task-force-regulatory-relief. Así, dicho grupo de trabajo presidencial se plasmó en la Orden Ejecutiva 12291, teniendo un papel preponderante de dirección a estos efectos.

Manufacturers Association v. State Farm[264], donde se llevó a cabo la interpretación de lo arbitrario y caprichoso (*arbitrary and capricious)*, a través de un examen exigente (*hard look*): se trata de una práctica de control relevante y riguroso de carácter judicial del proceso de elaboración de las normas (*rulemaking*) a través de estándares judiciales atendiendo a los requisitos procedimentales fijados por las Órdenes Ejecutivas que tratan sobre el análisis de impacto regulatorio.

Este examen exigente obedece, en primer lugar, al hecho de que la discrecionalidad regulatoria va más allá de lo puramente técnico, suponiendo una elección de opciones, sobre todo en ciertos ámbitos donde se creaban incertidumbres científicas que generaban controversias. A ello se suma los supuestos en que se desprende la falta de legitimación administrativa en la ejecución instantánea de la Ley, lo que se intenta contrarrestar con un conocimiento y ponderación de los intereses relevantes, públicos y privados[265], para su representación como base de la legitimación pública. Esta falta de legitimación, y la excesiva discrecionalidad que poseen las agencias federales a la hora de aprobar su regulación, plantea la necesidad de adoptar una legitimación por eficacia de sus decisiones, para lo cual es necesario que estas estén bien motivadas. Esto supone que los órganos judiciales deben controlar dicho proceso. Sin embargo, estas funciones no se realizan por el mero impulso voluntarista de los tribunales, sino que tiene su fundamento normativo en la Ley de Procedimiento Administrativo, donde se señala que uno de los motivos de la revisión judicial consiste en que el órgano judicial que conoce el asunto puede anular cualquier decisión de una agencia que sea "arbitraria, caprichosa, incursa en abuso de discrecionalidad, o que en cualquier modo resulte contraria a Derecho"[266].

264 463 U.S. 29 (1983). La sentencia *Motor Vehicles Manufacturers Association v. State Farm* establece que en la elaboración de la regulación debe articularse una explicación satisfactoria de la actuación de las agencias federales al respecto, lo que incluye una relación racional entre los hechos probados y la elección realizada, debiendo discernir el Tribunal, también, si la decisión de la agencia federal "se ha basado en la consideración de factores relevantes". En este sentido, véase Revuelta Pérez (2014: 115), quien afirma que el "Tribunal Supremo consideró arbitraria y caprichosa la derogación por la NHTSA de una norma de seguridad que exigía equipar los nuevos vehículos con dispositivos pasivos de protección (cinturones de seguridad automáticos o *air bags*), por haber realizado un análisis incompleto y poco razonado del tema".

265 Ponce Solé (2003: 100). Véase, también, S. Martí Sánchez (2006), «Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes», *Revista de las Cortes Generales*, 67, págs. 97-138 (págs. 132 y 133). En lo referente a la delegación legislativa del Congreso en las agencias y el carácter preponderante de estas no solo en la vida regulatoria, sino política, véase S. Webb Yackee (2019), «The Politics of Rulemaking in the United States», *Annual Review of Political Science*, vol. 22, págs. 37-55, accedido el 22 junio 2021, de https://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev-polisci-050817-092302.

266 Específicamente, la Ley dispone que cuando sea "necesaria para la decisión y cuando se presente, el tribunal revisor decidirá todas las cuestiones legales pertinentes, interpretará las disposiciones constitucionales y estatutarias, y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos de una acción de la agencia", ante lo cual el "tribunal revisor" estará obligado a "(2) declarar ilegal y dejar de lado la acción de la agencia, los hallazgos y las conclusiones que se encuentran- (A) arbitrario, caprichoso, un abuso de discreción, o de otra manera no de acuerdo con la ley".

No obstante, este *hard look* o excesivo control judicial ha generado otro fenómeno denominado *ossification*[267], que supone la paralización o el hacer más costoso el procedimiento normativo, ya que las normas deben tener un grado de suficiencia y completitud en su justificación para adoptar dicha decisión normativa. Si las partes afectadas no se encuentran beneficiadas por la regulación, intentarán invalidar la misma a través de los tribunales. De hecho, es lo que viene sucediendo en Estados Unidos, ya que el número de casos en que una regulación es declarada inválida es bastante numeroso[268].

En definitiva, esta judicialización de la decisión pública se debe a la concepción del Derecho Administrativo en Estados Unidos que exige un mínimo análisis coste-beneficio con alternativas razonables y un sistema contradictorio (*adversarial legalism*[269]) en la elaboración de políticas. Para esto, el tribunal debe tener un estándar o parámetro a partir del cual poder evaluar los puntos de vistas necesarios para decidir.

En línea de continuidad con la política Reagan, se encuentra la Administración de su sucesor George H. W. Bush, cuyo mandato estuvo caracterizado por un reforzamiento de los postulados de la Escuela Económica de Chicago y del denominado neoliberalismo actual[270]. Entre las

267 Término acuñado por T. O. McGarity (1992), «Some thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process», *Duke Law Journal*, vol. 41, n.º 6, págs. 1385-1462, según S. Shapiro (2018), *Embracing Ossification: Trump and the Shifting Politics of Procedural Controls*, Regulatory Studies Center. Columbian College of Arts & Sciences, accedido el 22 junio 2021, de https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/embracing-ossification-trump-and-shifting-politics-procedural-controls.
Véase Ponce Solé (2003: 89, 100 y 101), Revuelta Pérez (2014: 113-123) y C. Prieto Romero (2016), «El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 335-372 (pág. 367). En concreto Ponce Solé (2003: 101), establece que la *ossification* es una consecuencia de llevar a sus últimas consecuencias el *hard look*, al afirmar que este produce una "injerencia judicial que da lugar a la paralización de la intervención administrativa, agobiada por los costes que la elaboración de una norma, de conformidad con los exigentes estándares judiciales, provoca", Afirma Strauss (2008: 344 y 351) que supone un "examen profundo e incisivo" jurisdiccional de los "reglamentos más relevantes", siendo más riguroso que el control jurisdiccional de las leyes. Dicho control tiene su manifestación en el examen "de la justificación fáctica que subyace a la norma, como en lo relativo a la racionalidad (y explicación) de los juicios o valoraciones que encierra". Dicho control en una fase temprana puede llevar a la osificación del procedimiento de elaboración de reglamentos que tiene distintas manifestaciones: "excesiva complejidad del procedimiento y su larga duración; el elevado coste económico de su tramitación; y la enorme longitud de la norma relativa al fundamento y propósitos de la norma".
268 Véase Ponce Solé (2003: 101). Un supuesto paradigmático está relacionado con la política regulatoria de Trump claramente desreguladora que ha sido objeto de dicha osificación debido a la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el *rulemaking* como ha establecido Shapiro (2018).
269 R. Kagan (2003), *Adversarial Legalism: The American Way of Law,* Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press, y Auby y Perroud (2013: 36 y 37), afirmando estos últimos que el procedimiento de elaboración de la regulación se lleva a cabo en un "contexto de un proceso marcadamente contencioso de elaboración de políticas".
270 Esto se debe a que dicho pensamiento se encontraba detrás de las políticas del Banco Mundial y de instituciones financieras tan reputadas como el Fondo Monetario Internacional, especialmente enmarcado en un fenómeno que se dio a conocer como el *Consenso de Washington*. En este se enmarcan los postulados de las reformas de primera generación, impulsadas por los organismos internacionales tras dicho Consenso como son la liberalización económica y la estabilización macroeconómica. Dicho término fue acuñado en 1989 por el economista John Williamson: Véase J. Williamson (1989), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?: A Que Se Refiere Washington Por Reforma Política*, Washington: Instituto de Economía Internacional. El autor proponía, así, diez grupos de recomendaciones políticas,

medidas adoptadas en este período destaca: el reemplazo del Grupo de Trabajo de Alivio Regulatorio, por un órgano creado en marzo de 1989 denominado Consejo de Competitividad (*Council on Competitiveness*), el cual trabajó estrechamente con la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios para llevar a cabo la revisión regulatoria de la Oficina de Administración y Presupuesto y el desarrollo del programa de regulación, pero que, fundamentalmente, se ocupaba de cuestiones complejas por exigencias del Gabinete (*Cabinet*). En segundo lugar, se aprobó la Ley de Regulación Negociada (*Negotiated Rulemaking Act*) en 1990[271], que acercó los grupos privados de interés a la regulación y fomentó por las agencias la creación de un comité negociador de la regulación con carácter previo al desarrollo y emisión de una regulación, buscando el consenso y consolidando el *reg-neg*[272].

Por último, en 1992, se inició la aplicación de una moratoria (*regulatory moratoria*) de tres meses en todas las nuevas regulaciones[273], a través del Memorando sobre la reducción de la carga de la regulación gubernamental (*Memorandum on Reducing the Burden of Government Regulation*), aunque con algunas excepciones como las que se enfrentaban a plazos legales o judiciales, aquellas que respondían a situaciones que plantean un peligro inminente para la salud y seguridad de las personas, las que fomentaban el crecimiento económico, aquellas que se consideraban esenciales para la aplicación de la ley penal y las que trataban de funciones militares o de asuntos exteriores de los Estados Unidos y regulaciones internas de las agencias ("organización, administración o personal")[274].

---

relativas a las siguientes cuestiones: 1) Disciplina en la política fiscal, con la finalidad de evitar déficits. 2) Reordenación del gasto público, con su consiguiente reducción, donde se acrecienta la importancia del principio de eficiencia. 3) Reforma económica con proyección en el ámbito fiscal para aumentar su recaudación y presupuestaria para evitar su déficit. 4) Liberalización del marco financiero, haciendo especial referencia a los tipos de intereses concretados por el mercado y positivos. 5) Tipos de cambio competitivos. 6) Liberalización del comercio: otorgando importancia a la eliminación de barreras y aplicándose una política proteccionista mínima y de forma uniforme. 7) Atracción de la inversión extranjera directa, con la necesaria liberalización de las barreas que les impedía operar. 8) Aligerar el peso de lo público, mediante privatizaciones del sector público instrumental regidos por el Derecho privado. 9) Desregulación, dominada por el contexto de la política regulatoria en Estados Unidos por aquel entonces, hoy claramente superada. 10) Aseguramiento de los derechos de propiedad, con el necesario apoyo del principio de seguridad jurídica. Véase, al respecto, R. Martínez Rangel y E. Soto Reyes Garmendia (2012), «El consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina», *Política y cultura*, 37, accedido el 21 junio 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422012000100003.

271 Pub. L. 101-648; 104 Stat. 4969; November 29, 1990; S. 303; 5 USC §581. Véase Congressional Research Service (2011: 22 y 23).

272 Afirma Strauss (2008: 345) que para que sea "funcional, no puede ser muy elevado el número de participantes y han de estar realmente dispuestos a alcanzar un compromiso". Véase las recomendaciones para su realización dadas por la Administrative Conference of The United States (2017), *Negotiated Rulemaking and Other Options for Public Engagement*, accedido el 22 junio 2021, de https://www.acus.gov/recommendation/negotiated-rulemaking-and-other-options-public-engagement.

273 K. A. Watts (2012), «Regulatory moratoria», *Duke Law Journal*, vol. 61, págs. 1883-1955 (págs. 1886 y 1893), esta tiene como especialidad realizarse fuera de un contexto de comienzo de un cambio de Administración, produciéndose "en el último año de su presidencia".

274 Véase S. R. Furlong (1995), «The 1992 Regulatory Moratorium: Did It Make a Difference?», *Public Administration Review,* vol. 5 no. 3*,* págs. 254-262.

3.ª Fase: la era Clinton.

Esta fase se caracterizaba por un marcado carácter demócrata de sus postulados, teniendo como pieza clave la Orden Ejecutiva 12866 de Planificación y Revisión Regulatoria (*Regulatory Planning and Review*)[275]. La Orden se aprobó el 30 de septiembre de 1993 por el Presidente Bill Clinton, y, se consideraba como un componente de la llamada Reinvención de la Iniciativa Gubernamental (*Reinventing Government Initiative* [276]), movimiento de la Administración dirigido por su Vicepresidente Al Gore, asociado a la creación de la Revisión de la Actuación Nacional (*National Performance Review,* NPR)[277] el 3 de marzo de 1993, en cuya virtud se constituye un grupo de trabajo interinstitucional que tenía como misión reformar y simplificar la forma en que el Gobierno federal trabajaba.

Esta Orden intentaba resolver los conflictos producidos entre la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios y las agencias[278], así como promover una nueva idea de regulación, en la que se recogía como opción la de no regular, además de establecer que se podría dar el caso de algunas medidas de cuantificación dificultosa (aspectos que, por otra parte, ya se encontraban reconocidos).

Para esto, en primer lugar, revoca, en su Sec.11, "las Órdenes Ejecutivas 12291 y 12498" de la Administración Reagan, así como "todas las enmiendas a esas Órdenes, todas las directrices emitidas bajo las mismas y las exenciones a esas órdenes hasta dicho momento concedidas por

275 Véase Betancor Rodríguez (2009: 112-119) y Renda (2006: 12-14).

276 Este término es tomado de la obra de T. Gaebler y D. Osborne (1993), *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York: Plume.

277 A estos efectos, he de resaltar las palabras del, por entonces, Presidente Clinton en la creación de la Revisión de la Actuación Nacional el 3 de marzo de 1993, citado por A. Gore (1994), *Un Gobierno más efectivo y menos costoso*, México: Edamex (pág. 23) que: "Nuestra meta es hacer que la totalidad del gobierno federal sea menos cara y más eficiente, y a la vez cambiar la cultura de nuestra burocracia nacional para alejarla del conformismo y la prepotencia, favorecer su iniciativa y poder de acción. Tratamos de replantear, reinventar; revigorizar todo el gobierno nacional". Afirma J. Rodríguez-Arana Muñoz (2002), «Reformas y Modernización de la Administración Pública Española (1996-2000)», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y M. Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 15-58), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 42), que esto supone una de las manifestaciones de la Reforma Administrativa a nivel global que tenía como "denominador común: el pragmatismo y la apuesta por la racionalización".

278 El sistema de resolución de los conflictos o desacuerdos se estableció en la Sec. 7 de dicha Orden Ejecutiva, donde se prevé que los desacuerdos o conflictos entre agencias o entre una agencia y la Oficina de Administración y Presupuesto deberá ser resuelta en primer lugar por el Administrador de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios y si no por el Presidente o el Vicepresidente (en este último caso a petición del Presidente) con el jefe de la agencia. La resolución de los conflictos se fundamentará en las recomendaciones desarrolladas por el Vicepresidente. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que las agencias participaron en el procedimiento de elaboración de dicha Orden, por lo cual su nivel de asunción es mayor y tomaron conciencia de la necesidad de realizar el "trabajo en equipo", véase N. Eisner (2018), «The Life and Times of Executive Order 12866**»,** *Regulatory Studies Center, Columbian College of Arts & Sciences*, accedido el 15 enero 2020, de https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/life-and-times-executive-order-12866.

cualquier categoría de regla". La filosofía del análisis del impacto regulatorio que establece la Sec.1(b) de la Orden examinada se basa en lo siguiente:

1) Las agencias federales[279] [aquellas definidas en virtud del 44 USC 3502 (1)], distintas de las consideradas como agencias reguladoras independientes, deben aprobar normas sólo en supuestos concretos: a) Que le sea requerido por la ley. b) Que sean necesarias para interpretar la ley. c) Que sean necesarias, según la opinión pública, ante "fallos materiales de los mercados privados para proteger o mejorar la salud y seguridad públicas, el medio ambiente o el bienestar del pueblo estadounidense".

2) Las Agencias "deben evaluar todos los costes y beneficios de las alternativas regulatorias disponibles, incluyendo la no regulación", o, en su caso, si se va a regular y cómo.

3) El análisis coste-beneficio incluye "tanto las medidas cuantificables" (hasta el máximo alcance en que estas pueden ser estimadas) como las "cualitativas de los costes y beneficios que resultan difíciles de cuantificar", pero cuya ponderación resulta esencial[280].

4) Elección de las alternativas regulatorias, que maximicen el beneficio neto (incluyendo el potencial económico, el medio ambiente, la salud y seguridad pública, así como otras ventajas).

5) La consideración de la distribución de los impactos y la equidad.

Los principios de la regulación que se marcan en la Sec.1(b) de dicha Orden se establecen para asegurar que los programas de regulación de las agencias son coherentes con la filosofía regulatoria expuesta. En este sentido, las agencias deberán adherirse a estos principios o, con mejor criterio, pautas de actuación de las mismas y que incluyen cuestiones como que cada agencia debía identificar el problema que tiene intención de abordar (incluyendo, en su caso,

279 Las agencias federales son definidas en el Código de los Estados Unidos, en el título 44 "Impresión pública y documentos", capítulo 35 "Coordinación de la política federal de información", subcapítulo I "Política Federal de Información", 3502 "definiciones", apartado (1): "El término agencia significa cualquier departamento ejecutivo, departamento militar, Corporación Gubernativa, corporación controlada por el Gobierno u otro establecimiento en la rama ejecutiva del Gobierno (incluyendo a la Oficina Ejecutiva de Presidente), o cualquier agencia reguladora independiente, pero no incluye: a) La Oficina de Contabilidad General; b) La Comisión Federal de Elección; c) los gobiernos del Distrito de Columbia y de los territorios y posesiones de los Estados Unidos, y sus varias subdivisiones; d) Instalaciones de propiedad del gobierno operadas por contratistas, incluyendo los laboratorios que participan en actividades de investigación y producción de defensa nacional".

280 Según Sunstein y Hahn (2002), se diferencia de la Orden Ejecutiva 12291, ya que esta "no especificó que costes y beneficios debían medirse".

los "fallos de los mercados privados o instituciones públicas" que requieren nueva acción de la agencia), "así como evaluar la importancia de ese problema"; o que la agencia debía examinar "si las regulaciones existentes han creado, o contribuido, al problema que intenta corregir una nueva regulación y si esas regulaciones deben modificarse para lograr el objetivo previsto de una regulación más eficaz"; o el hecho de que una agencia determine que "la regulación es el mejor método disponible para lograr el objetivo de la regulación", debería diseñar sus regulaciones "de la manera más rentable" (análisis coste-beneficio) para lograr el objetivo de la regulación, de forma que cada agencia debería considerar los "incentivos para la innovación, la coherencia, la previsibilidad, los costes de la aplicación y el cumplimiento (por el gobierno, las entidades reguladas, y el público), la flexibilidad, los impactos distributivos y la equidad".

De otra parte, desde una perspectiva organizativa, el Presidente Clinton abolió el Consejo de Competitividad, reafirmando la Oficina de Administración y Presupuesto, a través de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, como organismo central de revisión, pero disminuyendo sus poderes en relación con la revisión regulatoria con respecto a la Administración anterior, ya que se le desposee del poder formal de requerir que los beneficios generados por la regulación exceda de los costes.

Además, se aboga por un proceso más transparente en la revisión de los análisis de impactos regulatorios[281], a diferencia del anterior mandato, ya que la Orden Ejecutiva hizo que el proceso con la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios fuera más accesible al público, de forma que este órgano debiese de identificar públicamente sus recomendaciones de cambio para las acciones regulatorias[282].

En este contexto, debe aludirse a los Principios de 1995 (*the 1995 Principles*), desarrollados por un grupo de trabajo interinstitucional, copresidido por la Oficina de Administración y Presupuesto [283] y la Oficina de Política Científica y Tecnológica (*Office of Science and*

281 Sobre el desarrollo procedimental de la evaluación de impacto regulatorio en los Estados Unidos, véase Betancor Rodríguez (2009: 276 y 277).

282 White House-US (OMB) (1993), *M-94-3, Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies, and Independent Regulatory Agencies, Guidance for Implementing E.O. 12866*, accedido el 27 noviembre 2021, de https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/inforeg/eo12866_implementation_guidance.pdf.

283 La Oficina de Administración y Presupuesto aprobó el 11 de enero de 1996 un documento donde se recogían las mejores prácticas en el análisis económico de las regulaciones federales bajo la Orden Ejecutiva 12866, y, posteriormente una Guía en el año 2000, que fue reafirmada por la Administración Bush hijo en el documento denominado Memorándum 01-23 (Mejora de los análisis de impacto regulatorio) [*Memoranda 01-23* (*Improving Regulatory Impact Analyses*), aprobado el 19 de junio de 2001: respectivamente, White House-US (1996), *Economic Analysis of Federal Regulations Under Executive Order 12866*, accedido el 24 junio 2021, de https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/omb/inforeg/riaguide.html; y White House-US, (2000), *M-00-08,Memorandum for the Heads of Departments ang Agencies, Guidelines to Standardize Measures of Costs and Benefits and the Format of Accounting Statements*, accedido el 24 junio

Technology Policy, OSTP) para guiar a los legisladores en la evaluación, gestión y comunicación de las políticas para hacer frente a los riesgos ambientales, de salud y seguridad, los cuales son compartidos por las agencias en virtud de un memorándum. Los Principios de 1995 se dividieron en cinco partes: principios generales, principios para la evaluación del riesgo, los principios de gestión de riesgos, los principios de la comunicación de riesgos y el establecimiento de prioridades[284].

Sin embargo, este es un período en el que destacan numerosas iniciativas legislativas relacionadas con el tema que nos ocupa: en primer lugar, en 1995 se aprobó Ley de Reforma de los Mandatos sin financiación (*Unfunded Mandates Reform Act*, *UMRA*)[285], cuyo título II exige a las agencias que proporcionen evaluaciones cualitativas y cuantitativas de los costes y beneficios esperados de los mandatos federales.

En segundo término, el análisis de evaluación tiene en este período una reforma importante con la Ley de Equidad de Cumplimiento Normativo para las Pequeñas Empresas (*Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act,* SBREFA), aprobada por el Congreso en 1996, como respuesta a las preocupaciones expresadas por las comunidades que aglutinaron a las pequeñas empresas sobre la cantidad ingente de regulación federal, demasiada compleja y costosa de implementar.

La Ley de Equidad de Cumplimiento Regulatorio para las Pequeñas Empresas parcialmente modificó a la Ley de Flexibilidad Regulatoria, permitiendo la revisión judicial de las acciones de las agencias bajo esta ley[286], convirtiéndose, así, en un instrumento para dar a estas empresas la asistencia necesaria para comprender y cumplir las regulaciones que les afectaban y constituir un instrumento que canalicen las reivindicaciones de estas empresas en el desarrollo de nuevas regulaciones[287]. Además, dicha regulación ordenó que la Agencia de Protección Ambiental

2021, de https://clintonwhitehouse4.archives.gov/media/pdf/m00-08.pdf.

284 A estos efectos, se aprobó un Memorándum para los jefes de los departamentos ejecutivos y las agencias, el 19 de septiembre de 2007 por la Oficina de Administración y Presupuesto y la Oficina de Política de Ciencia y Tecnología. White House-US (2007), *M-07-24, Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, *Updated Principles for Risk Analysis,* accedido el 13 noviembre 2021, de https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/m07-24.pdf.

285 Pub. L. 104-4; 109 Stat. 48; March 22, 1995; S. 1; 2 U.S.C. §1501. Véase Congressional Research Service (2013: 17 y 18).

286 Véase Congressional Research Service (2013: 12).

287 Bajo la Ley de Equidad de Cumplimiento Regulatorio para las Pequeñas Empresas, la Agencia de Administración de Seguridad y Salud Ocupacional y otras agencias federales deben: producir guías de cumplimiento destinadas a pequeñas entidades para algunas reglas (*rules*), ser responsable de las consultas de las pequeñas empresas sobre la conformidad con las regulaciones de las agencias, realizar una presentación final de las reglas al Congreso para su revisión, tener una política de reducción de penalidades para las pequeñas empresas e involucrar a las pequeñas empresas en el desarrollo de algunas reglas propuestas a través de los Paneles de Promoción de Revisión de las Pequeñas Empresas (*Small Business*

(*United States Environmental Protection Agency*, EPA) y la Agencia de Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (*Occupational Safety and Health Administration*, OSHA) convocasen paneles de revisión de pequeñas empresas para consultarles las regulaciones que se esperaban tuvieran un impacto significativo sobre ellas, antes que las regulaciones fueran publicadas para sus comentarios públicos. La Ley de Equidad de Cumplimiento Regulatorio para las Pequeñas Empresas estableció, así, las denominadas Juntas de Equidad Regulatoria para Pequeñas Empresas (*Small Business Regulatory Fairness Boards*) para recibir los comentarios de las pequeñas empresas en todo el país sobre la conformidad de estas en relación con las cuestiones de aplicación y la implementación de las actividades federales al respecto, e, informar de estos resultados anualmente al Congreso.

Finalmente, debe indicarse que la Ley de Equidad de Cumplimiento Regulatorio para las Pequeñas Empresas forma parte del mismo paquete legislativo que era la plasmación del compromiso demócrata preelectoral denominado el "Contrato con América" (*Contract with America*)[288].

Asimismo, en marzo de 1996 se aprobó la Ley de Revisión del Congreso, que atribuía potestades de control a este sobre las actividades regulatorias de las agencias, como una respuesta a la pérdida de poder regulatorio del Congreso respecto de estas, estableciendo un periodo de revisión, firmando una resolución de desaprobación suscrita por el presidente para revocar una nueva regla y bloquear la creación de una norma de futuro de contenido similar.

Por último, en dicho año se aprobó la Ley de Libertad de Información Electrónica (*Electronic Freedom of Information Act, E-FOIA*)[289], que supuso una modificación a la Ley de Libertad de Información de 1966 (*Freedom of Information Act, FOIA*), permitiendo que todo el procedimiento relacionado con la elaboración de la regulación, la agenda regulatoria y las alegaciones pudieran hacerse de forma electrónica[290].

Para finalizar, en 1999 se aprobó la Ley Reguladora del Derecho a Saber (*Regulatory Right-to-Know Act*), en cuya virtud se requiere a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios para que emita un informe anual al Congreso sobre los costes y beneficios de la regulación

Advocacy Review Panels).
288 H.R. 3136 — *104th Congress: Contract with America Advancement Act of 1996*, accedido el 12 enero 2020, de https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/3136.
289 5. U.S.C. § 552.
290 Véase Strauss (2008: 346).

federal del año anterior[291].

4.ª Fase. El desencuentro y el reencuentro de las Administraciones republicanas y demócratas.

Con la llegada a la presidencia de los Estados Unidos por parte de George W. Bush se produce un compás de espera dentro de la corriente regulatoria de la Administración demócrata. Los ocho años del gobierno de esta Administración republicana, se caracterizaron por la modificación de la Orden Ejecutiva 12866, y la devolución de muchas reglas por parte de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios a las agencias (concretamente en el primer año de la Administración Bush hijo, se devolvió casi el mismo número que en todos los años de la Administración Clinton)[292]. Además, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios estableció las *cartas rápidas* (*prompt letters*), con los que, en clave proactiva, podía sugerir a las agencias cuáles deberían de ser sus prioridades regulatorias. Esta actuación rompía con el papel tradicional de moderador de la Oficina de Administración y Presupuesto. Pero, además, la labor de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios no quedaba aquí, sino que se robustecía a través de las *cartas posteriores a la revisión* (*post-review letters*), con las que expresar su punto de vista a las agencias sobre aquellas regulaciones susceptibles de revisión en virtud de los cambios sociales.

Aunque una de las prioridades de esta Administración fue la restricción del gasto, se ha afirmado que los créditos destinados a los organismos reguladores federales aumentaron durante los años de Bush hijo de 27 mil millones de dólares en el año fiscal 2001 a 44,9 mil millones de dólares en el año fiscal 2007, un aumento del 44 por ciento en dólares ajustados a la inflación[293]. De hecho, la plantilla total de las agencias reguladoras subió de 172.000 empleados a casi 240.000 hasta 2007 (incluido), un aumento del 41 por ciento[294].

En este sentido, durante los primeros siete años de la presidencia de Bush hijo, 98 *major*

291 H.R.1074 — *106th Congress*. Así, encontramos, como ejemplo de dicho informe, el Borrador de informe al Congreso de 2014 sobre los beneficios y costes de las regulaciones federales y el cumplimiento de la Agencia con la Ley de Reforma de Mandatos sin Financiación (*2014 Draft Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Agency compliance with the Unfunded Mandates Reform Act).*

292 Al escrito de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios devolviendo dichas regulaciones se les denominó *cartas devueltas* (*return letters*). Véase EveryCRSReport.com (2011), *Federal Rulemaking: The Role of the Office of Information and Regulatory Affairs*, accedido el 21 junio 2021, de https://www.everycrsreport.com/reports/RL32397.html, donde afirma que desde "1994 a 2000, OIRA devolvió solo siete reglas a las agencias", mientras que en "los primeros ocho meses" de la asunción del cargo del nuevo administrador de OIRA (a partir de julio de 2001), "devolvió 21".

293 J. Brito y M. Warren (2007), «Growth in Regulation Slows: An Analysis of the U.S. Budget for Fiscal Years 2007 and 2008», *Regulator's Budget Report*, 39.

294 *Ibíd.*, pág. 31.

rules fueron promulgadas por las agencias federales. De ellos, 75 (más de 10 por año) aumentaron las cargas regulatorias sobre los estadounidenses. Sin embargo, esto era significativamente menor que la tasa durante el gobierno de Clinton, que adoptó un importante aumento en la regulación a un ritmo de unas 19 veces al año desde 1997 hasta principios de 2001[295].

En este período, destacan dos Órdenes Ejecutivas[296]: la Orden Ejecutiva 13258 denominada Enmendando la Orden Ejecutiva 12866 sobre planificación y revisión regulatoria (*Amending Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review*)[297], en la cual se llevó a cabo una modificación de cuestiones formales en relación con la Orden Ejecutiva 12866; y la Orden Ejecutiva 13422 denominada Más allá de la enmienda a la Orden Ejecutiva 12866 sobre planificación y revisión regulatoria (*Further Amendment to Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review*)[298], que fue aprobada por George W. Bush el 18 de enero de 2007, y en la que se reitera la necesidad de que el Presidente de los Estados Unidos ostente el control sobre las Agencias, concretándose que la "nueva regulación" se justifica en un "fallo de mercado específico" que "cada Agencia identificará", poniendo como ejemplo "externalidades, poder de mercado o falta de información" u otro "concreto problema que se pretende abordar (incluyendo, en su caso, los fallos de las instituciones públicas o fallos del Gobierno)", siendo necesario, además, "evaluar la importancia" del problema, remitiéndose la documentación necesaria para establecer la posibilidad del cambio regulatorio, que será valorada por la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, en virtud del ejercicio de sus atribuciones de metaevaluación en perjuicio del poder normativo de las agencias reguladoras.

No obstante lo anterior, los aspectos destacables de la Orden Ejecutiva 13422 son los siguientes: en primer lugar, se aumentó el interés en la determinación del concepto "fallo de mercado específico" (*specific market failure*), como paso previo que debía concretarse antes de que las agencias puedan regular.

295 En el último año presidencial de cualquier Administración se ha puesto de manifiesto que hay un aumento regulatorio respecto a los años anteriores, produciéndose un incremento de los costes regulatorios.
296 Además, se aprobaron otras Órdenes de carácter sectorial, pero vinculadas al objeto de estudio, destacando la Orden Ejecutiva 13211 denominada Acciones relativas a regulaciones que afectan significativamente al suministro, distribución o uso de energía (*Actions Concerning Regulations that Significantly Affect Energy Supply, Distribution, or Use*) (66 *FR* 28355, 22 de mayo de 2001, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2001-05-22/pdf/01-13116.pdf), para mejorar la comprensión de los efectos de las acciones regulatorias en materia de energía.
297 67 *FR* 9385, 28 de febrero de 2002, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2002-02-28/pdf/02-5069.pdf.
298 72 *FR* 2763, 23 de enero de 2007, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2007-01-23/pdf/07-293.pdf.

En segundo lugar, de cada regla se requería que las agencias realizaran la "mejor estimación" de los costes y beneficios de "todas sus regulaciones planificadas para el calendario anual" con la finalidad de facilitar la "identificación de las prioridades después de los costes y beneficios anticipados".

En tercer lugar, se estableció como obligatoria la designación presidencial de una persona que servía como Oficial de Política Regulatoria (*Regulatory Policy Officer*, *RPO*)[299] dentro de cada agencia, y, cuyo papel se amplió. Dicha persona debía aprobar el proceso de elaboración de la regla o, en caso contrario, no sería incluida en el Plan Regulatorio, salvo que fuera expresamente autorizado por el jefe de la agencia. Además, cada agencia adoptaría las medidas que fuesen necesarias para que su Oficial de Política Regulatoria asegurase los requerimientos de la Sec. 9 referida a los denominados Documentos de orientación (*Guidance documents*)[300].

Por último, se expandió la influencia de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios sobre los documentos de orientación de las agencias, al exigir que los denominados *documentos de orientación significativos* (*significant guidance document*[301]) se sometieran a un proceso de revisión similar al realizado por dicha Oficina.

No obstante lo expuesto, junto a estas Órdenes hay que resaltar, en relación con la regulación que afecta a las pequeñas empresas, la Orden Ejecutiva 13272 Consideración de las Pequeñas Entidades en el proceso de regulación de las Agencias (*Proper Consideration of Small Entities in Agency Rulemaking*)[302]: las Agencias deberán examinar a fondo los proyectos de normas para

299 Su designación debía realizarse dentro del plazo de 60 días desde la fecha de aprobación de la Orden Ejecutiva 13422 por el jefe de la agencia de entre los designados presidenciales de la agencia (*agency's Presidential Appointees*).

300 Se define al Documento de orientación como declaración o comunicado de la agencia de general aplicación y efecto futuro, que no es una acción regulatoria, y que en conjunto establece una política sobre un estatuto, una regulación, un asunto técnico o una interpretación de un asunto estatutario o regulatorio.

301 Supone un documento de orientación difundido a entidades reguladoras o al público en general que, a efectos de la Orden Ejecutiva 12866, según la *Section* 3 (h) de la Orden Ejecutiva 13422: a) "Conducen a un efecto anual de 100 millones o más de dólares o afectan negativamente de manera sustancial a la economía, a un sector de la economía, la productividad, la competencia, al empleo, al medio ambiente, a la salud pública, a la seguridad y a los gobiernos del Estado, locales o comunidades tribales". b) "Crea una inconsistencia grave o de otra manera interfiere con una acción adoptada o prevista por otra agencia". c) "Altera materialmente el impacto presupuestario de los programas de beneficios sociales, subvenciones, concesiones, tarifas a los usuarios (tasas), programas de préstamos o de los derechos u obligaciones de los beneficiarios de los mismos". d) "Aumento de las nuevas leyes o cuestiones políticas que surjan de los mandatos legales, las prioridades del Presidente o de los principios establecidos en esta Orden Ejecutiva".

302 67 *FR* 53461, 16 de agosto de 2002, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2002-08-16/pdf/02-21056.pdf. Asimismo, hay que tener en cuenta la aprobación en junio de 2002 de la Ley de Reducción de la Burocracia para las pequeñas empresas (*Small Business Paperwork Relief Act*, Pub. L. 107-198; 116 Stat. 729; June 28, 2002; H.R. 327), que modificó la Ley de Reducción de la Burocracia de 1980, para, fundamentalmente, establecer puntos de asistencias y contactos para las empresas con menos de veinticinco empleados. Al respecto, véase K. W. Holman (2006), «The Regulatory Flexibility Act at 25: Is the Law Achieving its Goal?», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 33, 4, págs. 101-118, donde afirma la importancia de las pequeñas empresas en Estados Unidos (no solo por su número, sino por los bienes que producen y los servicios que prestan, así como por su fuerza laboral), la gran cantidad de regulaciones

evaluar y tener debidamente en cuenta el potencial impacto en las pequeñas empresas, las pequeñas jurisdicciones gubernamentales (*small governmental jurisdictions*) y pequeñas organizaciones, según lo previsto por la Ley de Flexibilidad Regulatoria. A estos efectos, la figura del Jefe del Consejo para la Defensa de la Administración de las Pequeñas Empresas (*Chief Counsel for Advocacy of the Small Business Administration*) puede informar a las agencias que la revisión que realizan está en consonancia con lo mencionado en dicha Ley.

También, se aprueba la Ley del E-Gobierno (*E-Government Act*) en el 2002[303], con la intención de afianzar y desarrollar la gestión y promoción de los servicios y procesos electrónicos del Gobierno, incluido el ámbito regulatorio, estableciendo una mayor accesibilidad a la información y la posibilidad de ampliar la presentación electrónica de observaciones a las regulaciones (incluido una evaluación de impacto a la privacidad con carácter previo a la recopilación de información, así como la puesta en funcionamiento de la web "Regulations.gov").

Además, en este período se aprobó, por parte de la Oficina de Administración y Presupuesto, la *Circular A-4 de 17 de septiembre de 2003*[304], dirigida a los jefes de la agencias ejecutivas y establecimientos para el desarrollo del análisis regulatorio requerido bajo la Sec. 6(a) y 3(c) de la Orden Ejecutiva 12866. La importancia de esta Circular estriba en establecer los pasos a seguir de forma detallada para examinar las propuestas de regulación, desde la identificación de una necesidad de la acción federal a las alternativas que examinan y la evaluación de los costes y beneficios. Al respecto, la Circular ofrece directrices analíticas sólidas, proporcionando una orientación más detallada en varias áreas clave, incluyendo la realización del análisis coste-efectividad y el análisis coste-beneficio, así como la forma en que se lleva a cabo el tratamiento de la incertidumbre utilizando un análisis formal probabilístico. Además, dicho documento alienta que las agencias sean transparentes en su análisis y establece unas directrices para

que les afecta, la afectación desproporcionada que sufren y que están deficientemente representadas en el proceso regulatorio (no solo porque les falta información para acceder y comprender las mismas, sino por el coste que supone y la dificultad de representación de sus intereses, que hacen que el conocimiento de la regulación se produzca en su fase final). Los grandes problemas de la Ley de Flexibilidad Regulatoria originaria, según dicho autor, se fundamentan en la aplicación rutinaria y formalista por parte de las agencias de la carencia de afección a las pequeñas empresas por parte de la regulación a proyectar y la falta de poder recurrir las decisiones que les afecten por parte de dichas empresas. Dicho autor (págs. 114-116) menciona una serie de críticas al respecto: no se presta atención a los impactos indirectos, aun siendo previsibles; todo aquello que esté excluido de la Ley de Procedimiento Administración, secc. 553, no se le aplica (como, por ejemplo, documentos de orientación emitidos por las agencias federales); y el "funcionamiento inadecuado del impacto acumulativo regulatorio de las pequeñas empresas".

303 Pub. L. 107–347; 116 Stat. 2899; December 17, 2002; H.R. 2458.

304 White House-US (2003), *Circular A-4, Regulatory Analysis*, accedido el 13 noviembre 2021, de https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/circulars/A4/a-4.pdf. La Circular se elaboró para asistir a los analistas en las agencias regulatorias para que pudiesen llevar a cabo la definición de un buen análisis regulatorio. Esta Circular sustituye a las Mejoras Prácticas (*Best Practices*) en 1996 y a la Guía (*Guidance*) elaborada en 2000 (que fue reafirmada en 2001).

asegurar una mayor coherencia a través de dicho análisis, debiendo facilitar en un informe anual, que es requerido por el Congreso, de una forma lo más exacta posible, los costes y beneficios de la regulación.

De otra parte, en el año 2005, se dictó una importante sentencia por la Corte de Apelación de los Estados Unidos (*Chamber of Commerce of the United States of America vs. Securities and Exchange Commission*, *No. 04-1300*[305]), en la que se establece la necesidad de la motivación de las decisiones de la agencia a la hora de elaborar la regulación, como un contrapeso a su amplia discrecionalidad, previéndose que si se presentan alternativas razonables a lo propuesto por la agencia, es necesaria que esta las tenga en cuenta y las valore antes de decidir. Además, se afirma que es esencial, para el proceso de razonamiento propio de la evaluación de impacto regulatorio y del análisis coste-beneficio, valorar y comparar alternativas u opciones diversas; si bien el tribunal matizó que no se refiere a toda alternativa posible, sino aquella que no es frívola e irrazonable[306].

Por su parte, la llegada a la presidencia de los Estados Unidos de Barack Obama abre dos mandatos de Presidencia demócrata, en cuya virtud se retoma, en materia de política regulatoria, la senda ya establecida en la época de Bill Clinton, haciendo un mayor hincapié en aspectos como la revisión *ex post* de la regulación y el ámbito internacional de la regulación.

Ese reencuentro o vuelta a lo establecido por la Administración Clinton, supone, en primer lugar, la revocación de las Órdenes Ejecutivas aprobadas, a estos efectos, por la Administración George W. Bush, a través de la Orden Ejecutiva 13497, aprobada el 30 de enero de 2009 denominada Revocación de ciertas Órdenes Ejecutivas relativas a la planificación y revisión regulatoria (*Revocation Of Certain Executive Orders Concerning Regulatory Planning And Review*)[307].

305 United States Government Publishing Office (GPO) (2005), *04-1300 - Chamber Cmerc USA v. SEC*, accedido el 24 junio 2021, de https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-caDC-04-01300/content-detail.html.

306 En este sentido, el tribunal citó el caso *Laclede Gas Co. V FERC*, en el que el Tribunal de Apelación sostuvo que cuando una parte plantea alternativas visiblemente razonables frente a la decisión de la agencia, la agencia debe o bien considerar las alternativas al caso concreto, o bien dar alguna razón, dentro de su amplio margen de discrecionalidad, sobre las opiniones contrarias.

307 74 *FR* 6113, 4 de febrero de 2009, accedido el 21 de junio de 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2009-02-04/pdf/E9-2486.pdf. White House-US (2003). Esta Orden deviene de la emisión de un *memorándum sobre revisión regulatoria*, de dicha fecha, que declara la intención de emitir una nueva Orden Ejecutiva para remplazar a la de Clinton. A estos efectos, se dirige al Director de la Oficina de Administración y Presupuesto, en consulta con los representantes de las agencias reguladoras, según corresponda, para producir dentro de los 100 días siguientes una serie de recomendaciones para dicha nueva Orden sobre el examen regulatorio.

Posteriormente, aprobó la Orden Ejecutiva 13563, de 18 de enero de 2011, Mejora de la Regulación y la Revisión Regulatoria (*Improving Regulation and Regulatory Review*)[308]. Con esta Orden Ejecutiva se pretende reducir las redundancias, inconsistencias y coincidencias de la regulación. Esta Orden fue definida por Cass Sunstein[309], por el entonces director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, como una medida sin precedentes, ya que con ella el Gobierno norteamericano reivindicó públicamente en verano de 2011 que había producido un ahorro en la regulación de 10 billones de dólares procedentes de cientos de iniciativas. Además, se trata de una norma complementaria a la Orden Ejecutiva 12866, que reafirma los principios, estructuras y definiciones relativas a la revisión regulatoria prevista en esta última.

La mencionada Orden del Presidente Obama insiste, así, en la necesidad de que el sistema regulatorio se base en la mejor información científica disponible, que debe estar accesible[310], permitiendo la participación pública[311] y el "intercambio abierto" de ideas. Para esto último, se prevé la posibilidad de permitir al público realizar sus comentarios por internet, mediante el acceso en línea a los supuestos de elaboración de la regulación[312], y que las agencias provean de un claro examen ejecutivo sobre sus conclusiones centrales, debiéndose recoger un estado contable de los costes, beneficios y transferencias[313].

308 76 *FR* 3821, 21 de enero de 2011, accedido el 21junio 2021, de https://www.federalregister.gov/documents/2011/01/21/2011-1385/improving-regulation-and-regulatory-review.

309 C. R. Sunstein (2014), «The Regulatory Lookback», *Forthcoming in Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution (November 2013), Discussion Paper*, 776 (pág. 16), accedido el 16 junio 2021, de http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Sunstein_776.pdf, donde afirma, con respecto de dicha Orden Ejecutiva, que: "Un pequeño subconjunto de estas iniciativas, ya finalizadas o propuestas formalmente al público, producirá ahorros de más de 10 billones de dólares durante los próximos cinco años", aun así, establece que "dicha cifra es una pequeña fracción de los ahorros eventuales. Muchas de las iniciativas retrospectivas también brindan beneficios que son difíciles de monetizar pero que probablemente sean significativos".

310 De acuerdo con el documento denominado Memorándum del Presidente para los Jefes de los Departamentos Ejecutivos y Agencias, Integridad Científica (*President's Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, *Scientific Integrity*), de 9 de marzo de 2009 (74 *FR* 18596, 23 de abril de 2009) y su guía de implementación, cada agencia deberá garantizar la objetividad de toda información científica y técnica y el proceso usado para dar apoyo a las acciones regulatorias de las agencias (véase, al respecto, en la Administración Biden, el Memorando sobre el restablecimiento de la confianza en el gobierno a través de la integridad científica y la formulación de políticas basadas en evidencias -*Memorandum on Restoring Trust in Government Through Scientific Integrity and Evidence-Based Policymaking*-, de 27 de enero de 2021, accedido el 21 noviembre 2021, de https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/27/memorandum-on-restoring-trust-in-government-through-scientific-integrity-and-evidence-based-policymaking/).

311 Dicha participación deberá incorporar los distintos puntos de vista e información de los "Estados, órganos locales y tribales, expertos en disciplinas relevantes, las partes interesadas afectadas del sector privado y el público en general". Además, a estos efectos, se deberá promover el intercambio abierto, para lo cual cada agencia, de acuerdo con la Orden Ejecutiva 12866, se esforzará por ofrecer al público la oportunidad de participar en el proceso regulatorio.

312 En la medida de lo posible, y siempre que lo permita la ley, cada agencia debe ofrecer al público una oportunidad significativa de comentar en internet cualquier propuesta regulatoria, por un periodo de participación que, por lo general, será, al menos, de 60 días.

313 El estado contable debe incluir una o más tablas resumiendo sus evaluaciones de costes, beneficios y transferencias, en ambos del 3% y 7% de descuento, que podría incluirse en el preámbulo y en el sumario ejecutivo. De conformidad con las Órdenes 13563 y 12866 se recomienda que las tablas provean un estado transparente de carácter cuantitativo y

A estos efectos, cada agencia debe, entre otras cosas, cumplir con los siguientes principios regulatorios: en primer lugar, la propuesta o adopción de una regulación se motivará en que "sus beneficios justifican sus costes" (reconociendo que algunos beneficios y costes son difíciles de cuantificar). En la comparación de los beneficios y costes, las agencias deben enfatizar los "beneficios netos" en lugar de las ratios. La Circular A-4 establece que el tamaño de los beneficios netos, que supone la absoluta diferencia entre los beneficios y costes proyectados, debe indicar la eficiencia de una política sobre otra. La ratio de beneficios y costes no es un indicador definitivo de los beneficios netos y no tendría que ser usada para ese propósito. Si se considera solo las ratios puede ser engañoso, según la Circular A-4[314].

En segundo lugar, "adaptar sus regulaciones para imponer menos cargas a la sociedad, en consonancia con la obtención de los objetivos regulatorios, teniendo en cuenta, entre otras cosas, y en la medida de lo posible, los costes de las regulaciones acumulativas"[315].

En tercer lugar, seleccionar entre los "enfoques alternativos regulatorios" los que maximizan los beneficios netos (incluido el potencial económico, el medioambiental, la salud pública y la seguridad, y otras ventajas; los impactos distributivos; y la equidad). Se trata de identificar y evaluar las distintas alternativas posibles a la regulación directa, incluyendo la provisión de incentivos económicos para fomentar la conducta deseada, tales como compensaciones, permisos para comercializar o proveer información sobre cuál de las acciones se puede hacer por el público.

Por último, siempre que sea posible, se debería especificar la consecución de los objetivos, "en lugar de especificar el comportamiento o forma de cumplimiento que las entidades reguladoras deben adoptar".

---

cualitativo de los beneficios y costes de las propuestas o planes de acción tan pronto como las alternativas sean razonables. En adición, se proveerá una clara tabla de costes y beneficios agregados.

314 La Orden Ejecutiva 12866 requiere una evaluación, incluyendo un análisis subyacente, de los costes y beneficios potencialmente eficaces de las alternativas razonablemente factibles a la regulación planificada y "una explicación del por qué la acción regulatoria planificada es preferible a identificar las alternativas potenciales". Debería considerarse, ordinariamente, tres opciones: la opción preferente, una opción más rigurosa y una menos rigurosa, señalando, a estos efectos, la Circular A-4 que los costes y beneficios, en general, asociados a la regulación "se incrementarán con el nivel de rigor" (mientras los costes marginales, generalmente, son directamente proporcionales al grado de rigor, los beneficios marginales son inversamente proporcionales al nivel de rigor).

315 Al respecto, véase Memorando para los Jefes de los Departamentos Ejecutivos y Agencias (*Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*), de 20 de marzo de 2012 de la OIRA, sobre los efectos acumulativos de las regulaciones (*cumulative effects of regulations*) tanto en las "reglas nuevas y existentes", con la finalidad de "reducir los requisitos redundantes, superpuestos e inconsistentes", para lo cual se establecieron una serie de "pasos" a considerar como, por ejemplo, la "coordinación de tiempos, contenido y requisitos de múltiples reglamentaciones que se contemplan para una industria o sector en particular, a fin de aumentar los beneficios netos".

De otra parte, cuando sea "pertinente, factible, y esté en consonancia con los objetivos regulatorios, y en la medida permitida por la ley", al respecto "cada agencia deberá identificar y considerar los enfoques regulatorios que reduzcan las cargas y mantener la flexibilidad y la libertad de elección para el público". Para lo cual, dichos "enfoques incluirán advertencias, reglas predeterminadas apropiadas y requisitos de divulgación, así como el suministro de información al público en una forma que sea clara e inteligible"[316].

Otro aspecto de importancia es el referido a los análisis *ex post* de la regulación existente, los cuales facilitan "la periódica revisión de las regulaciones significativas", para lo que las "agencias deberán considerar cuál es la mejor forma de proceder" para realizar dicho análisis, especialmente respecto de las reglas que han llegado a ser "anticuadas, ineficaces, ineficientes o excesivamente gravosas", con la intención de "modificarlas, simplificarlas, ampliarlas o derogarlas, de acuerdo con lo aprendido". Cada uno de estos análisis incluirán datos de apoyo, debiendo ser puesto "en línea siempre que sea posible": se trata de determinar el tiempo apropiado para estimar los costes y beneficios*,* para lo que debería considerase el tiempo que va a requerir la aplicación de la regulación y los resultados de sus efectos. Dicho tiempo comenzará con la implementación y finalizará cuando los efectos cesen. Para muchas agencias el periodo de tiempo estándar para el análisis es de 10 o 20 años y raramente excede de 50[317].

En este sentido, según la Circular A-4, se deben presentar los "flujos sin descuento de los beneficios y costes estimados (monetarios y netos) para cada año del horizonte temporal analítico". El término inicial será el año del comienzo de los efectos de la regla y el término final deberá ser lo suficientemente lejano en el futuro para abarcar todos los beneficios significativos y costes probables resultantes de la regla.

316 La Orden Ejecutiva 13563, en su sect. 1 (a) establece que el sistema regulatorio "tiene que asegurar que las regulaciones sean accesibles, consistentes, escritas con un lenguaje sencillo y sean fáciles de entender". Con carácter previo hay que tener en cuenta la Ley de Escritura Sencilla (*Plain Writing Act,* Pub. L. 111–274; 124 Stat. 2861; October 13, 2010; H.R. 946), véase página web gubernamental sobre lenguaje sencillo, accedido el 21 junio 2021, de https://www.plainlanguage.gov/law.

317 La idea del vencimiento de la legislación (*sunset legislation*) debe ubicarse en los Estados Unidos, en la década de los setenta del siglo pasado, debido, fundamentalmente, a una publicación titulada "The End of Liberation" de T. J. Lowi en el cual se habla del incremento de la actividad del Gobierno desde el *New Deal*, pero sin llevar a cabo la realización de las evaluaciones propias. Esta técnica surgió como reacción del parlamento en relación con el incremento del poder regulador de las agencias y el fenómeno denominado "captura del regulador". Lowi sugirió, a estos efectos, un límite de tiempo de 5 a 10 años por cada ley. El concepto tiene muchas aplicaciones, pero entre las típicas encontramos la revisión de grupos de programas, leyes o agencias, Véase B. Baugus y F. Bose (2015), *Sunset Legislation in the States: Balancing the Legislature and the Executive*, Washington: Mercatus Center, George Mason University, donde se afirma que Colorado fue el primer Estado norteamericano en adoptarlo en 1976, con una continua implantación.

Esta evaluación *ex post* va a quedar reflejada en los informes de revisión regulatoria, que se deben presentar a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios el segundo lunes de enero y de julio de cada año. Al respecto, "dentro de los 120 días siguientes" al 18 de enero de 2011, "cada agencia debía desarrollar" y presentar a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios un "plan preliminar", conforme con la ley y con sus recursos, así como con las prioridades regulatorias, "bajo el cual la agencia revisaría periódicamente su regulación significativa existente para determinar si cualquiera de estas regulaciones deben ser modificadas, simplificadas, ampliadas o derogadas", haciendo que "el programa regulatorio de la agencia más efectivo o menos gravoso en la consecución de los objetivos regulatorios"[318].

De otra parte, la Administración Obama aprobó, además, tres Órdenes Ejecutivas con relevancia en materia de calidad normativa, que deben destacarse: en primer término, la Orden Ejecutiva 13579, aprobada el 11 de julio de 2011, denominada Regulación y Agencias Reguladoras Independientes (*Regulation and Independent Regulatory Agencies*)[319], donde se establece que las agencias independientes deben desarrollar e implementar un plan para la revisión de su regulación. Sin embargo, la realidad ha sido que la Orden ha tenido poca aplicación entre las agencias reguladoras independientes[320].

En segundo lugar, la Orden Ejecutiva 13609, denominada de Promoción de la Cooperación Reguladora Internacional (*Promoting International Regulatory Cooperation*)[321], aprobada el 1 de mayo de 2012, que refleja la preocupación de los Estados Unidos por la repercusión de la

318 Al respecto, hay que tener en cuenta el Memorando para los Jefes de los departamentos ejecutivos y agencias sobre la implementación de los planes de revisión retrospectivos (*Memorandum for the Heads Executive Departments and Agencies, Implementation of Retrospective Review Plans*), de la OIRA de 26 de octubre de 2011, accedido el 20 junio 2021, de https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/inforeg/implementation-of-retrospective-review-plans.pdf.

319 76 *FR* 41587, 14 de julio de 2011, accedido el 21junio de 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2011-07-14/pdf/2011-17953.pdf. El estudio de dicha Orden debe completarse con lo establecido en el Memorándum para los jefes de las agencias reguladoras independientes, fechado el 22 de julio de 2011, aprobado por la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios. White House-US (OMB) (2011), *M-11-28, Memorandum for the Heads of Independent Regulatory Agencies, Executive Order 13579, "Regulation and Independent Regulatory Agencies"*, accedido el 24 junio 2021, de https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2011/m11-28.pdf, donde se prioriza las reformas con el "mayor potencial de producir ahorros de costes cuantificables significativos y de cargas burocráticas", siendo necesaria la aportación de datos para la participación. Al respecto, establece el Memorando que las "agencias deberán presentar dichos informes a OIRA el segundo lunes de enero, mayo y septiembre por el período de un año a partir de la fecha de este memorando" y a "partir de entonces" lo presentarán "el segundo lunes de enero y julio de cada año".

320 Según C. Coglianese (2018), «Improving Regulatory Analysis at Independent Agencies», *American University Law Review*, vol. 67, 3, accedido el 20 junio 2021, de http://www.aulawreview.org/improving-regulatory-analysis-at-independent-agencies/, el ejercicio de la revisión retrospectiva, tanto para las "agencias ejecutivas e independientes", fue "en general bastante limitado" debido a su "rigor y profundidad", especialmente en las agencias reguladoras independientes, cuyos planes se limitaban a describir "básicamente las prácticas rutinarias existentes de consulta con el público y las intenciones de mantenerse al tanto de los desarrollos en la industria regulada".

321 77 *FR* 26413, 4 de mayo de 2012, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf.

regulación de los países extranjeros en donde operen sus empresas y que dichas exigencias regulatorias sean distintas a las establecidas por las agencias norteamericanas, lo cual supone un esfuerzo de adaptación por parte de dichas empresas en su labor de internacionalización, con el consiguiente riesgo de pérdida de capacidad competitiva y de exportación al extranjero.

Las agencias, por otra parte, pueden adoptar, a estos efectos, una serie de medidas señaladas en la Orden, como incluir en el Plan Regulador un resumen de la cooperación regulatoria internacional (*international regulatory cooperation*), siguiendo lo establecido por la OCDE[322].

Además, dicha Orden añade el concepto interesante de impacto internacional (*international impact*), definido como un efecto directo de una propuesta o regulación final que se espera que tenga en el comercio e inversión internacional o que puede ser de gran interés para los socios comerciales de los Estados Unidos.

Por último, hay que señalar que se aprobó una Guía por parte del Grupo de Trabajo Regulatorio (*The Regulatory Working Group)* el 26 de junio de 2015, que completa y desarrolla lo establecido en la Orden Ejecutiva 13609.

Y tercero, debe acudirse a la Orden Ejecutiva 13610, aprobada el 10 de mayo de 2012, denominada Identificando y Reduciendo las Cargas Regulatorias (*Identifying and Reducing Regulatory Burdens*)[323], que tiene como fin modernizar el sistema regulatorio en Estados Unidos, reduciendo las cargas y costes regulatorios injustificados. Dichas medidas tienen como base el análisis retrospectivo de las distintas regulaciones, en los cuales se incentiva la participación de sujetos o grupos directa o indirectamente afectados por estas regulaciones, a fin de determinar con exactitud las cargas administrativas que, necesariamente, hayan de reducirse. Las agencias darán prioridad en sus planes de análisis retrospectivo de las regulaciones a aquellos que produzcan ahorros significativos de carácter monetario o importantes reducciones cuantificables en las cargas burocráticas, y, en particular, aquellos que beneficien a las pequeñas empresas.

Lo expuesto permite afirmar que la política regulatoria de Obama profundiza en la mejora

322 Véase OCDE (2012 a: 19 y 32), en este último afirma que: "Los gobiernos deben, por lo menos, asegurar que los sistemas para la elaboración de normas tomen en cuenta los efectos potenciales que puede afectar a terceros fuera de las fronteras nacionales, y brindar oportunidades de consulta con socios extranjeros sobre el desarrollo de regulaciones".
323 77 *FR* 28467, 14 de mayo de 2012, accedido el 21 junio 2021, de https://www.federalregister.gov/documents/2012/05/14/2012-11798/identifying-and-reducing-regulatory-burdens.

del análisis normativo, con un valor añadido como el que procede de la realización de un gobierno más abierto y comunicador. Con todo, se han realizado algunas críticas sobre este modelo[324].

El 20 de enero de 2017 fue elegido como 45.º Presidente de los Estados Unidos Donald John Trump, cuyo mandato se ha caracterizado, a estos efectos, por una vuelta a atrás de la política regulatoria adoptada por la Administración de su predecesor Obama[325]. Baste citar como ejemplos de esta dinámica la paralización de los Acuerdos adoptados por los Estados Unidos y la Unión Europea, que se encontraban en la fase final de la firma del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones[326] o la Orden Ejecutiva 13771 Reducción de la Regulación y Control de los Costes Regulatorios (*Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*)[327], que

324 Así, véase C. Raso (2017), *Assessing regulatory retrospective review under the Obama administration*, Brookings, accedido el 20 junio 2021, de https://www.brookings.edu/research/assessing-regulatory-retrospective-review-under-the-obama-administration/#footnote-34, que, en relación a la revisión retrospectiva, afirma que "simplemente 'reciclaron' viejas ideas que se habían propuesto anteriormente" o D. Holtz-Eakin (2016), *Assessing the Obama Years: OIRA and Regulatory Impacts on Jobs, Wages and Economic Recovery*, American Action Forum, accedido el 10 junio 2021, de https://www.americanactionforum.org/testimony/assessing-obama-years-oira-regulatory-impacts-jobs-wages-economic-recovery/, establece que "los informes de revisión retrospectiva están llenos de más propuestas nuevas diseñadas para abordar problemas actuales que las revisiones regulatorias diseñadas para examinar si las reglas pasadas tuvieron éxito o fallaron", como también afirmó aquel en House hearing, 114 Congress, *Assessing the Obama years: OIRA and Regulatory impacts on jobs, wages and economic recovery*, accedido el 20 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhrg20632/html/CHRG-114hhrg20632.htm, que "el proceso de revisión retrospectiva no está eliminando las regulaciones existentes, por lo que esto son solo nuevas capas de carga sobre las antiguas", estableciendo que según sus datos las Órdenes Ejecutivas 13563 y 13610 "aumentan el coste del estado regulador en 16 mil millones de dólares". No obstante, con independencia de esto, en mi opinión, hay que tener en cuenta que las evaluación de impacto normativo *ex post* forman parte del ciclo regulatorio y que la comparación de los datos proyectados deben atender a las necesidades o problemas acaecidos e influir en una nueva evaluación prospectiva de un proyecto normativo que enmiende o imponga una nueva regulación, sin perjuicio, también, de su derogación o no se haga nada, soluciones todas ellas que serán expuestas en virtud de las evidencias de los datos obtenidos, más allá de una constante derogación, lo cual puede generar un efecto meramente desregulador.

325 En los cuatro primeros meses de su mandato, Trump firmó catorce resoluciones deshaciendo un número elevado de reglas emitidas al final de la presidencia Obama, de conformidad con la Ley de Revisión del Congreso, accedido el 12 enero 2020, de https://ballotpedia.org/Congressional_Review_Act.

326 El Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, *TTIP*), pretendía ser el mayor tratado de comercio en el mundo entre los Estados Unidos y la Unión Europea, que tenía como uno de sus objetivos la cooperación regulatoria entre ellos y reducir los obstáculos al comercio, lo cual proporcionaba resultados específicos en sectores industriales claves. El principio que debía regir dicha cooperación consistía en que nunca se redujeran las normas de protección existentes, las cuales podrán mantenerse o verse incrementadas. Dicho tratado iba a tener un carácter mixto en el ámbito europeo, ya que tenía que ser ratificado no solo por la Unión, sino por los veintiocho Estados miembros que la componían, negociándose, siguiendo el sistema tradicional, al respecto, por paquetes de la Unión (*package deals*), desde julio de 2013, en virtud de la autorización dada por los Estados miembros el 14 de junio de 2013 para que la Comisión Europea iniciara dichas conversaciones, estableciendo una directrices claras a dicha Comisión (*Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*), accedido el 9 mayo 2020, de http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf).

327 82 *FR* 9339, 3 de febrero de 2017, accedido el 21 junio 2021, de https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2017-02-03/pdf/2017-02451.pdf. Derogada, junto con otras, como por ejemplo, la Orden Ejecutiva 13777 denominada Aplicación de la Agenda de Reforma Regulatoria (*Enforcing the Regulatory Reform Agenda*), FD 82 *FR* 12285, 1 de marzo de 2017, accedido el 21 noviembre 2021, de https://www.federalregister.gov/documents/2017/03/01/2017-04107/enforcing-the-regulatory-reform-agenda, por la Orden Ejecutiva 13992: Revocación de Ciertas órdenes Ejecutivas relativas a la Regulación Federal (*Revocation of Certain Executive Orders Concerning Federal Regulation*), aprobada el 20 de enero de 2021 por el Presidente Biden, FD 86 *FR* 7049, de 25 de enero de 2021, accedido el 21 noviembre 2021, de https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/25/2021-01767/revocation-of-certain-executive-orders-concerning-

refuerza la simplificación normativa con la regla *one in-two out* (siguiendo el camino iniciado años antes por el Gobierno británico)[328], centrándose en que los beneficios superan a los costes[329].

Entre las iniciativas reguladoras adoptadas por la Administración de Trump destaca la Orden Ejecutiva 13789 sobre Identificación y Reducción de Cargas Regulatorias Impositivas (*Identifying and Reducing Tax Regulatory Burden*), cuya finalidad es el establecimiento de una mayor claridad de las regulaciones tributarias y brindar, en cierta medida, la necesaria orientación a los contribuyentes. Además, el Departamento del Tesoro debía llevar a cabo una revisión de la regulación, especialmente de la aprobada desde el 1 de enero de 2016.

La Orden Ejecutiva 13771 se completa con la Guía para su Implementación[330], que aborda los requisitos de dicha Orden en forma de preguntas y respuestas y que se aplica para los años 2017 y siguientes, además de completar la Guía interina de la Oficina de Administración y Presupuesto por la cual se aplica lo establecido en la Sección 2, así como la Recomendación 2017-3 denominada "Lenguaje sencillo en la redacción regulatoria" (*Plain Language in Regulatory Drafting*)[331], como documento que establece una guía útil para identificar herramientas y técnicas para la redacción de normas y compilan las mejores prácticas de las

federal-regulation.

328 Véase C. W. Crews Jr. (2018), «Trump Exceeds One-In, Two-Out Goals On Cutting Regulations, But It May Be Getting Tougher», *Forbes*, accedido el 9 mayo 2020, de https://www.forbes.com/sites/waynecrews/2018/10/23/trump-exceeds-one-in-two-out-goals-on-cutting-regulations-but-it-may-be-getting-tougher/, quien afirma que la "proporción de reglas de exclusión a reglas de entrada para acciones regulatorias significativas fue de cuatro a uno, con 14 acciones regulatorias nuevas significativas y 57 acciones desreguladoras significativas", de conformidad con el documento Reforma Regulatoria bajo la Orden Ejecutiva 13771: Contabilidad final para el año fiscal 2018 (*Regulatory Reform under Executive Order 13771: Final Accounting for Fiscal Year 2018*), 82 *FR* 48013, 3 de febrero de 2017. Sobre las medidas a tener en cuenta, a estos efectos, de la experiencia británica, véase R. Bourne (2017), «President Trump's "One-in, Two-out" Rule: Lessons from the UK», *Cato Institute*, accedido el 9 mayo 2020, de https://www.cato.org/blog/president-trumps-one-two-out-rule-lessons-uk, en el cual se afirma que la Administración Trump, respecto al Reino Unido, debería tener en cuenta, al respecto, lo siguiente: a) "centrarse en los costes, sin contar las regulaciones"; b) "evaluar los costes netos más que los brutos"; c) la no realización de excepciones a las reglas objeto de aplicación; y d) que debería tener en cuenta el stock de la regulación existente (más allá de las nuevas regulaciones).

329 Véase T. Gayer, R. Litan y P. Wallach (2017), «Evaluating the Trump Administration's Regulatory Reform Program», *Center on Regulation and Markets at Brookings*, accedido el 9 mayo 2020, de https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/10/evaluatingtrumpregreform_gayerlitanwallach_102017.pdf.

330 White House-US (OMB) (2017), *M-17-21*, *Memorandum: Guidance Implementing Order 13771 Titled "Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs"*, accedido el 24 junio 2021, de https://www.regulationwriters.com/downloads/OIRA_2nd_Guidance_Memo_on_EO_13771.pdf.

331 82 *FR* 61728, 29 de diciembre de 2017, redactado por un Comité de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos (*Administrative Conference of The United States, ACUS*) en su 68.ª Sesión Plenaria. En relación con los beneficios de un lenguaje sencillo, véase a B. Emerson (2018), «Using Plain Language to Draft Regulations», *The Regulatory Review*, accedido el 9 mayo 2020, de https://www.theregreview.org/2018/03/06/emerson-plain-language-draft-regulations/, donde afirma que son los siguientes: a) "fortalece *el estado de derecho* al permitir que el personal interno y los tribunales de revisión apliquen y revisen con precisión el marco regulatorio"; b) "mejora *la participación pública* al permitir que las partes interesadas no expertas comprendan y, por lo tanto, comenten las reglas"; c) "promueve *la efectividad regulatoria* al reducir el coste de cumplimiento y ejecución"; y d) "protege *los derechos individuales* mediante la notificación a los particulares de sus derechos y deberes legales".

agencias al respecto.

En virtud de todo lo anterior, no hay duda de la relevancia de Estados Unidos en el origen y configuración de la evaluación de impacto normativo como instrumento jurídico en el que también influyen otras ciencias como la Economía, la Política y la Sociología. Además, en la configuración actual de esta técnica no puede desconocerse la posición del poder ejecutivo que, dentro del respeto a la separación de poderes existentes en Estados Unidos, ha ocupado un lugar muy destacado en el ordenamiento jurídico norteamericano, no solo por su especialidad material y por su carácter profesional y técnico, sino por la delegación legislativa del Congreso. Desde esta última perspectiva, cada Administración ha evidenciado la impronta de cada partido político al que se vinculaba, resolviendo problemas como la necesaria coordinación de las Agencias, la correlativa concreción del objeto de medición, un desarrollo en la determinación de los impactos y un análisis de mayor envergadura que trascendía la variante económica, abriéndose paso a los instrumentos propios de la gobernanza regulatoria como el acceso a la información, la participación y la administración electrónica. La cuestión es que esta evolución va a dejarse sentir tanto en instituciones supranacionales (Unión Europea y OCDE, por ejemplo), como en otros países, de tradición jurídica distinta, como es el caso de España (piénsese en la centralización de la coordinación, la determinación de las agendas regulatorias y la planificación normativa, la concreción de un trato especial a las pequeñas y medianas empresas o la necesidad de tener en cuenta la economía en el Derecho, entre otros aspectos).

Las distintas Administraciones han recogido lo realizado con anterioridad y han tratado de enriquecerlo con innovaciones adicionales. Por el contrario, la Administración Trump se ha caracterizado por una situación desreguladora y un planteamiento un tanto autárquico, en el que la expansión de las empresas, la cooperación regulatoria y el impacto internacional se han dejado de lado, a favor de un proteccionismo interno.

Con todo, podría afirmarse que, aun con las necesarias modulaciones (examen adecuado al proyecto normativo debido a su importancia, una mayor coordinación técnica de las agencias, más transparencia y participación de todos los afectados, y una mayor importancia de aspectos distintos del económico, entre otras cuestiones), se ha consolidado un "modelo de elaboración de las decisiones basado en el razonamiento", frente a un "modelo que prefiere el acto de voluntad"[332], controlado judicialmente, en aras de la legitimación procedente del conocimiento

332 Strauss (2008: 352).

técnico para resolver los problemas y garantizar el interés general.

2.2.2. *Reino Unido.*

La evaluación de impacto normativo en el Reino Unido es indisoluble a la preocupación por la calidad normativa que viene de antiguo, si consideramos la exigencia de especialización de aquellos que redactan las leyes (*legal drafting*) desde los postulados de Jeremy Bentham. Posteriormente, en 1869, se estableció un órgano especializado, centralizado en la Oficina del Consejo Parlamentario (inicialmente denominado *Parliamentary Counsel Office*, *PCO,* y actualmente *Office of Parliamentary Counsel*), que se componía de funcionarios especializados en la redacción de las leyes (*draftsmen*), con conocimientos específicos en el *Legal Drafting*[333] y en *Legal Writing*[334]. En este sentido, siguiendo a Zapatero Gómez[335] existen dos diferencias nítidas entre el sistema anglosajón[336] y el continental: la determinación de un organismo especializado en redactar las leyes (lo que se denomina modelo de redacción concentrada) y la pretensión de separar la función de planificación y redacción de las leyes[337].

333 Se define como parte de la técnica legislativa que se encarga de la estructura formal y conceptual de las leyes.
334 Se puede conceptuar como aquellas cuestiones de técnica legislativa que se ocupan del lenguaje legal.
335 Zapatero Gómez (2009: 221). Véase sobre el modelo británico de redacción concentrada M. Martín Casals y C. Viver Pi Sunyer (2000), «¿Quién redacta las leyes?: Los modelos de redacción concentrada y de redacción difusa de los proyectos de ley», en M. Cavero Gómez (coord.), *III Jornadas de Derecho Parlamentario. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (págs. 107-135), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados (págs. 108-120).
336 En relación con las fuentes del Derecho en el Reino Unido, véase F. M. Bombillar Sáenz (2011), «El sistema constitucional del Reino Unido», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7 (15), págs. 139-183, accedido el 17 mayo 2020, de https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/03FMBombillar.htm, donde afirma que en el Reino Unido confluyen varios ordenamientos (inglés, galés, escocés y norirlandés), teniendo supremacía absoluta el Parlamento ubicado en Westminster. El Derecho inglés y galés se denomina ley común (*common law)*. Las fuentes del Derecho inglés son la ley común (se refiere al derecho jurisprudencial)*, la equidad (equity)* y la ley estatutaria *(statute law* o derecho parlamentario, son leyes escritas y codificadas en las leyes, pueden ser públicas o privadas). No existe una "Constitución normativa rígida" y "escrita". En dicha Constitución flexible se incluirían: las leyes que aprueba el Parlamento de Westminster (*Statutes*), el Derecho comunitario (cuando formaba parte de la Unión Europea), la jurisprudencia (*case law,* tiene la consideración de ley creada por los tribunales, debido a su sistema consuetudinario), el poder de las prerrogativas (*prerogative power*), consisten en los poderes que poseen el Monarca o los Ministros del Gobierno que pueden utilizarse sin el consentimiento de los Comunes o los Lores), "el Derecho Internacional, las leyes y costumbres del Parlamento y las fuentes no legales". Sobre el pronunciamiento expreso sobre la existencia de Constitución y de derecho constitucional, véase el Caso Gina Miller y otros contra el Secretario de Estado para salir de la Unión Europea (*Secretary of State for Exiting the European Union*) (Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016), accedido el 25 mayo 2020, de https://www.judiciary.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/.
337 Véase Cabinet Office y Office of Parliamentary Counsel (2020), *Office of the Parliamentary Counsel: drafting guidance* (pág. 56), accedido el 25 noviembre 2020 de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/892409/OPC_drafting_guidance_June_2020-1.pdf, esta se aplica a los poderes para comenzar una Ley (*act*), así como a otros poderes, y no a las reglas (*rules*), Órdenes en el Consejo (*Orders in Council*) y órdenes sujetas a un procedimiento especial bajo la Ley de 1945 de Órdenes estatutarias (*Statutory Orders*) (Especial Procedimiento) de la Ley de 1945 [Statutory Orders (Special Procedure) Act 1945] (pág. 59).

De otra parte, en el Reino Unido, la influencia económica neoliberal[338] y la Nueva Gestión Pública[339] tuvo un momento importante con la llegada de la conservadora Margaret Thatcher al número 10 de *Downing Street* el 4 de mayo de 1979, pasando a un primer plano la eficiencia y eficacia de la acción política, fundamentalmente, por la situación de crisis económica existente en aquel momento.

Este Gobierno puso en marcha un programa de reducción del intervencionismo en la economía, con impulso de privatizaciones, en sectores como la industria del automóvil, sector hotelero, energías, empresas de servicios públicos y el transporte. Estas privatizaciones iban acompañadas de medidas desregularizadoras, afectando, mayoritariamente, a los sectores financieros y de servicios[340].

En ese marco político y económico, el origen de la evaluación de impacto normativo podría situarse en la aprobación de la Ley de Fiscalización Nacional (*National Audit Act*) de 1983 en virtud de las funciones que se le otorgaba a la Oficina Nacional de Fiscalización (*National Audit Office*), en la sección 6 de su parte II, referida a la Economía, eficiencia y efectividad de los exámenes, fundamentalmente en relación con las funciones del Controlador y Auditor General (*The Comptroller and Auditor General*) en la economía, para determinar la eficiencia y eficacia con la que se han aplicado sus recursos en el desempeño de sus funciones por parte de cualquier departamento, autoridad u organismo[341]. Dicha Oficina ha sido un activo valioso para una mejor regulación, según la OCDE[342].

338 A las convicciones políticas, sociales y económicas, y, en general, la ideología y la cultura política conservadora británica de aquella época se le denominó "Thatcherismo", que según N. Lawson (1992). *The View From No. 11: Memoirs of a Tory Radical*, Londres: Bantam (pág. 64), se caracterizaba por "la libertad de mercado, la disciplina financiera, un firme control del gasto público, reducciones de impuestos, el nacionalismo, los valores victorianos (de la variante de autoayuda de Samuel Smiles), las privatizaciones y una pizca de populismo".

339 Afirma E. Nieto Garrido (2003), «El New Public Management y el Gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 391-417 (pág. 392), que se aplicó "la máxima de las tres Es (economía, eficacia y eficiencia) (que) fue adoptada por el Gobierno en el poder a través de la implantación del *New Public Management*, una nueva forma de entender la gestión de asuntos públicos que había sido aplicada con aparente éxito en otros países como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda".

340 C. Jacobs (2007), «The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK», en C. Kirkpatrick y D. Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 106-131), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar (pág. 107) afirma que existe una preocupación compartida y coetánea entre los Estados Unidos y el Reino Unido desde un punto de vista de la desregulación a principios de los años 80 del siglo pasado, aunque, posteriormente, en el Reino Unido fue evolucionando hacia la calidad regulatoria a mediados de los años 90 del siglo pasado.

341 Osés Abando (1995: 154-156). Para un análisis de los distintos informes de dicho órgano, véase E. Humpherson (2007), «Auditing regulatory impact assessment: UK experience», en C. Kirkpatrick y D. Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 132-144), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar, y Betancor Rodríguez (2009: 148).

342 OCDE (2010 a), *Better Regulation in Europe. United Kingdom,* París: OCDE Publicaciones (pág. 19) afirma, al respecto, que "ha brindado un valioso aporte a los programas y procesos clave de Mejor Regulación, como la evaluación de impacto y el programa de simplificación", involucrándose en actividades de revisión. Termina dicho órgano supranacional afirmando que su "independencia es un activo que debe ser preservado".

Con posterioridad, se aprobó en 1985 el Libro Blanco[343] denominado "Levantar las Cargas Administrativas" (*White Paper "Lifting the Burden"*), que hizo hincapié en el efecto negativo del cumplimiento de la normativa en relación a los negocios y en la necesidad de desregular para liberar los mercados y reducir las cargas administrativas y legislativas. El Libro Blanco se basaba en un informe emitido por el Secretario de Estado de Comercio e Industria denominado Cargas en las Empresas (*Burdens on Business*) publicado en marzo de 1985, que demostró que el Gobierno requería realizar un mayor "drenaje" respecto de los negocios -particularmente las pequeñas empresas- en términos de coste directo y de tiempo de gestión, así como de las observaciones realizadas sobre dicho informe[344].

El Libro Blanco constituyó un primer paso importante en un programa continuo de eliminación de regulaciones innecesarias, conteniendo unas 80 medidas que abarcaban una amplia gama de iniciativas en áreas como planificación, fiscalidad y seguridad social, protección del empleo, comercio e industria. Cada una de las medidas estaba diseñada para el desarrollo y expansión de los negocios de las empresas, con el objetivo de que no tuvieran que desviar sus escasos recursos en el cumplimiento de los requisitos burocráticos. Se plantea, así, la creación de un nuevo sistema en el Gobierno para evaluar propuestas y regulaciones existentes desde el punto de vista de la carga que se imponía a las empresas. A estos efectos, se crearía un Grupo Central de Trabajo (*Central Task Force*) dentro de la Unidad de Empresa en la Oficina del Gabinete (*Enterprise Unit in the Cabinet Office*), para ayudar a los Departamentos sobre cómo minimizar las cargas regulatorias a las empresas. En todo caso, no se trataba de eliminar todas las regulaciones, ya que se consideraba que debían mantenerse las referidas a la protección esencial de los trabajadores, los consumidores y el público en general[345].

Con posterioridad, el Gobierno británico elaboró dos Libros Blancos más: uno en 1986 denominado Libro Blanco Hacer Negocios Sin Barreras (*White Paper, Building Business – Not Barriers*), que redirigió los costes de cumplimiento de los negocios *y* otro en noviembre de 1988 denominado Liberación Empresarial en la desregulación (*'Releasing Enterprise' on deregulation*), en virtud del cual se anunciaba que se llevarían a cabo programas de desregulación por distintos

343 Se denomina Libro Blanco al tipo de documento oficial que contiene las iniciativas políticas gubernamentales y las propuestas de legislación.
344 Parliament UK (1985), *Lifting the Burden*, HC Deb 16 July 1985 vol 83 cc171-85, accedido el 11 julio 2020, de https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1985/jul/16/lifting-the-burden.
345 Véase R. Harries y K. Sawyer (2014), *How to run a country the burden of regulation*, Londres: Reform (pág. 10), accedido el 20 junio 2021, de https://www.regulation.org.uk/library/2014-Reform-How_to_Run_a_Country-The_burden_of_regulation.pdf.

Departamentos del Gobierno. A esto se añade que, en el año 1985, dentro del Departamento de Comercio e Industria, se creó un órgano denominado Unidad de Empresa y Desregulación (*Enterprise and Deregulation Unit*) con la función de revisar todos los nuevos instrumentos legislativos y evaluar los costes de cumplimiento que se imponen a las empresas[346]. Además, en 1986 se aprobaron las Evaluaciones de Costes de Cumplimiento (*Compliance Cost Assessments, CCAs*) con el objetivo de cuantificar los costes de la nueva regulación[347].

En definitiva, se siguió una política desreguladora que se prolongó en los años 90 por el primer ministro conservador británico John Major. No obstante, se dieron los primeros pasos hacia una evaluación *ex post*. Así, el escrutinio post-legislativo (*post-legislative scrutiny, PLS*)[348], es el resultado de una discusión en torno al proceso de elaboración de las leyes por parte del Parlamento[349].

Con la aprobación de la Ley de Desregulación y Contratación (*Deregulation and Contracting Out Act*) de 1994, se alcanza el punto más álgido del proceso de desregulación ya comentado. La

346 Posteriormente, en 1987, dicho órgano se denominó Unidad de Desregulación (*Deregulation Unit*) residenciándose en el Departamento de Comercio y Turismo. Más tarde, en los años 1995 y 1996, este órgano fue situado en un lugar más cercano al centro del Gobierno, concretamente en la Oficina del Gabinete.

347 Afirma Renda (2006: 26-28) que el Procedimiento de Evaluación de Costes de Cumplimiento fue uno de los primeros intentos de introducir la cultura de evaluación de impacto, pero procediendo con "cautela", exigiendo un procedimiento simplificado para las nuevas reglas, destinado, principalmente, para reducir cargas administrativas. Dicho autor establece que el procedimiento fue evolucionando hasta extenderse a los proyectos de leyes parlamentarias y a las directivas europeas, transformándose gradualmente desde 1996 "en una evaluación regulatoria más amplia, que incluyó la evaluación de riesgos y el requisito para cuantificar los beneficios y los costes".

348 La OCDE (2015 b: 125) distingue entre evaluación *(evaluation)*, referida a la "evaluación sistemática que puede llevarse a cabo en cualquier momento, utilizando los métodos de revisión que corresponda"; la revisión posterior a la implementación (*post implementation review, PIR*), que se refiere a la "revisión política regulatoria que complementa la evaluación ex ante contenida en la evaluación de impacto"; y el escrutinio post-legislativo (*post legislative scrutiny, PLS*), esto es, "es una revisión de cómo funciona la legislación primaria en la práctica", siendo "su ubicación en el Parlamento", (lo que) "incluye una revisión de la medida en que la legislación y la legislación secundaria de apoyo han entrado en vigor". Véase T. Caygill (2019), *A critical analysis of post-legislative scrutiny in the UK Parliament,* Newcastle University, accedido el 16 mayo 2020, de https://theses.ncl.ac.uk/jspui/bitstream/10443/4626/1/Caygill%20T%202019.pdf. Sobre la revisión posterior a la implementación, véase House of Lords (2010), *What happened next? A study of Post-Implementation Reviews of secondary legislation: Government response*, Londres: The Stationery Office Limited, accedido el 25 noviembre 2021, de https://publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldmerit/43/43.pdf. Señala el HM Treasury (2020 b), *Magenta Book Supplementary Guide: Guidance for Conducting Regulatory Post Implementation Reviews*, Londres: Crown (págs. 11 y 12), accedido el 16 mayo 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/879444/Magenta_Book_supplementary_guide._Guidance_for_Conducting_Regulatory_Post_Implementation_Reviews.pdf, que es un "proceso para evaluar la efectividad de una medida después de que se haya implementado y esté operativa por un período de tiempo (…) a menudo se desencadenan por una cláusula de revisión dentro de la medida", estableciendo que el "momento de la revisión generalmente es de tres a cinco años después de que entre en vigor y en un ciclo de cinco años a partir de entonces pero (…) se puede realizar antes si un Departamento decide hacerlo". El resultado será un informe que responda a una serie de preguntas predeterminadas y proporcione un análisis que de respaldo a las decisiones en relación con una medida que pueden ser: renovación, enmienda, eliminación y reemplazo.

349 En 1991, el Parlamento estableció una Comisión para que se examinase el camino a seguir por el Gobierno y el Parlamento para elaborar las leyes. Esta Comisión estaba presidida por Lord Rippon un ministro del Gobierno conservador, cuyos miembros se componían de legisladores seniors, abogados, funcionarios civiles y miembros de lobbies. Su informe fue publicado en 1993, la *Comisión Rippon* concluyó que no hay suficiente trabajo de revisión postlegislativa de las leyes.

norma dio la posibilidad a los ministerios de poder usar la legislación secundaria para eliminar cargas y controles y, en todo caso, la norma pretendía establecer un procedimiento acelerado para reducir las cargas regulatorias causadas a la legislación primaria y secundaria[350]. Además, durante los años 1995 y 1996 en la Unidad Desreguladora (*Deregulation Unit*) se creó un Panel Asesor referido al sector empresarial y se crearon siete nuevos grupos de trabajo en materia de negocios en sectores específicos.

Sin embargo, no es hasta julio de 1997 cuando la *better regulation* se introduce de forma contundente en el Reino Unido, con la llegada al poder del laborista Tony Blair, mediante la instauración de la llamada "tercera vía", entre la desregulación y la regulación excesiva[351]: la idea es transitar desde la desregulación en los distintos ámbitos materiales de las políticas para pasar a una mejor regulación[352]. Su fundamento no es eliminar la regulación, sino regular bien y con calidad, allí donde sea necesario[353].

De acuerdo con lo anterior, desde el Gobierno británico laborista de Tony Blair se llevó a cabo una serie de medidas en materia de mejora regulatoria, destacando las siguientes: En primer lugar, desde un punto de vista estructural, se creó un órgano denominado Grupo Especial de Trabajo de Mejora Regulatoria (*Better Regulation Task Force,* BRTF) en septiembre de 1997, localizado en la Oficina del Gabinete. Se trataba de un órgano consultivo de carácter independiente, que asesoraba al Gobierno sobre aquellas medidas necesarias para garantizar que la propia regulación y su aplicación fueran proporcionadas, responsables, coherentes, transparentes y objetivas. Este Grupo publicó los denominados principios de buena regulación (*principles of good regulation)*[354]:

350 Renda (2006: 27) reconoce su carácter desregulador al establecer que introdujo medios legislativos para derogar las cargas regulatorias.

351 Véase R. Baldwin (2007), «Better regulation: Tensions aboard the Enterprise», en S. Weatherill, *Better Regulation* (págs. 27-48)*,* Oxford y Portland: Hart (pág. 27), afirma que Tony Blair "llegó al poder e hizo el cambio terminológico y filosófico de la desregulación a una mejor regulación".

352 Al respecto, hay que resaltar el documento del Cabinet Office (1997), *Better regulation-not deregulation*. *New Release 46/97*.

353 Este giro se debe, fundamentalmente, al cambio de ideas del partido laboralista, denominado Nuevo Laborismo (*New Labour*), que fue la seña identitaria ideológica de este partido desde 1994 a 2010 y supuso una modificación de la cláusula IV de los Estatutos del Partido, elaborada por Sidney Webb en noviembre de 1917 y adoptada por el partido en 1918, citado por A. Gani (2015), «Clause IV: a brief history», *The Guardian,* accedido el 1 diciembre 2017, de https://www.theguardian.com/politics/2015/aug/09/clause-iv-of-labour-party-constitution-what-is-all-the-fuss-about-re-instating-it, que disponía lo siguiente: "Asegurar a los trabajadores de mano de obra o de trabajo intelectual los frutos completos de su industria y la distribución más equitativa de la misma que sea posible sobre la base de la propiedad común de los medios de producción, distribución e intercambio, y el mejor sistema disponible de divulgación popular, administración y control de cada industria o servicio".

354 Véase Better Regulation Task Force (2003 a), *Principles of Good Regulation*, Londres: Cabinet Office, accedido el 16 febrero 2022, de https://www.smartreg.pe/reportes/Better%20Regulation%20Task%20Force.%20Principles%20of%20Good%20Regulation%201997.pdf. Este documento establece un listado de comprobación por cada uno de los principios señalados, para que fueran tenidos en cuenta por los reguladores para "diseñar, implementar, hacer cumplir y revisar las regulaciones". Así, en relación con el principio de proporcionalidad suponía que, únicamente, los reguladores debían intervenir cuando fuese necesario y sus soluciones apropiadas al riesgo generado, así como sus costes deter-

proporcionalidad (*proportionally),* responsabilidad (*accountability*)*,* consistencia (*consistency*)*,* transparencia (*transparency*) *y* focalizar (*targeting*).

Asimismo, el Procedimiento de Evaluación de Costes de Cumplimiento (*Compliance Cost Assessment procedure*) de época conservadora fue sustituido por la Evaluación de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Assessment*), ampliándose la evaluación de los impactos no solo al ámbito de los negocios, sino, también, respecto del sector voluntario y las organizaciones benéficas[355]. Junto a esto, se establece la necesidad de que las *proposiciones de ley* (*Bills*) deben adjuntar un memorándum explicativo, como forma abreviada de su evaluación de impacto.

En segundo lugar, el Primer Ministro estableció (noviembre de 1999) el Panel de Responsabilidad Regulatoria (*The Panel for Regulatory Accountability*), que consistía en un panel de rendición de cuentas de la regulación y tenía como función ofrecer una visión general de las implicaciones de los planes regulatorios gubernamentales, garantizar las mejoras necesarias en el sistema regulatorio y en el nivel de actuación individual de los Departamentos.

A esto hay que añadir que los Ministros de Reforma Regulatoria (*Regulatory Reform Ministers*), nombrados en cada departamento desde 1999, tenían la responsabilidad de vigilar las regulaciones, removiendo las que tenían un carácter anticuado o eran gravosas y asegurando que las nuevas fueran necesarias e impusieran los mínimos costes. Estos informaban al Panel de Responsabilidad Regulatoria sobre los progresos en materia de regulación.

En abril del 2000 se creó el Servicio de Pequeñas Empresas (*Small Business Service*) dentro del Departamento de Comercio e Industria para la mejora de la competencia en los negocios de las pequeñas y medianas empresas.

Desde el punto de vista normativo, y en aras de la configuración de la evaluación, debe destacarse la aprobación de una nueva Guía de evaluación de impacto regulatorio (2000)[356].

minados y reducidos. Por otro lado, el principio de responsabilidad pivota sobre la idea de que los reguladores deben justificar las decisiones y estar sometidos al escrutinio público. En el principio de consistencia, las reglas y estándares gubernamentales deben unirse e implementarse de forma adecuada. Por último, el principio de transparencia determina que los reguladores deben estar abiertos y mantener que sus regulaciones sean simples y fáciles de usar, y, el principio de focalización se fundamenta en que la regulación debe centrarse en el problema y minimizar los efectos secundarios. En relación con el término *accountability* véase a Betancor Rodríguez (2009: 126).

355 Afirma Renda (2006: 28) que se introdujo con este instrumento un "procedimiento de evaluación de impacto regulatorio real, basado en un análisis de los costes y beneficios de las opciones regulatorias identificadas, incluida la opción cero".

356 Cabinet Office (2000), *Good Policy Making Guide to Regulatory Impact Assessment*, Londres: Cabinet Office.

Además, la consulta pasa a un primer plano mediante el Código de Prácticas sobre consulta escrita (*Code of Practice on written consultation,* 2000)[357], ya que supone un elemento de mejora de la transparencia y de la capacidad de respuesta, así como de la accesibilidad en las consultas, además de ayudar en la reducción de las cargas. El código concreta la manera en que debe efectuarse la consulta pública, con carácter formal y por escrito[358].

En segundo término, la promulgación de la Ley de Reforma Regulatoria en 2001 (*Regulatory Reform Act*), reemplaza la Ley de Desregulación y Contratación, dándose un paso importante en la política de mejora regulatoria, ya que bajo esta norma cualquier ministro del Gobierno británico puede hacer una Orden de Reforma Regulatoria (*Regulatory Reform Order*) para revisar la legislación que hubiera impuesto cargas, con el fin de eliminarlas o reducirlas[359]. Para ello, es necesario un proceso específico con un trámite de consulta pública, a lo que se suma los Comités de ambas Cámaras del Parlamento y su aprobación. No obstante, no puede dejar de indicarse que la Ley de Reforma Regulatoria permite imponer nuevas cargas regulatorias de forma proporcional.

En el año 2003, el Departamento del Tesoro publica su Libro Verde (*Green Book*)[360], así como distintas Guías complementarias[361]. Este Libro Verde establece el marco general para la valoración y evaluación de todas las políticas, programas y proyectos. A ello hay que sumar el Libro Magenta

357 Cabinet Office (2000), *Code of practice on written consultation*, accedido el 11 julio 2020, de https://www.legco.gov.hk/yr03-04/english/panels/ca/papers/ca1117cb2-323-1e.pdf. La última Guía de consulta fue aprobada por la Oficina del Gabinete el 17 de julio de 2012, como parte del Plan de Reforma de la Administración Pública (*The Civil Service Reform Plan*), UK Government (2018), *Consultation principles: guidance*, accedido el 11 julio 2020, de https://www.gov.uk/government/publications/consultation-principles-guidance.

358 He de remarcar que, cuando se aprobó la tercera edición de dicho Código, la mayoría de los departamentos y agencias del R. Unido se habían adaptado al mismo. No obstante, hay que recordar, que el Código no tiene fuerza legal, sino que es un instrumento de *soft-law* y prevalecen sobre él las exigencias externas obligatorias legales o de cualquier otro tipo. La tercera edición de dicho código (julio de 2008) establece los siguientes siete criterios de consulta: cuándo consultar, duración de los ejercicios de consulta, claridad del alcance e impacto, accesibilidad de los ejercicios de consulta, la carga de la consulta, la capacidad de respuesta de los ejercicios de consulta y capacidad para consultar.

359 Esta Ley extendió el ámbito objetivo de aplicación de las referidas Órdenes de Desregulación (*Deregulation Orders*): véase House of Commons Information Office (2008), «Statutory Instruments», *Factsheet L7 Legislative Series* (pág. 8).

360 Véase, última versión, HM Treasury (2022), *The Green Book: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation,* Londres: Crown, accedido el 1 mayo 2022, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/685903/The_Green_Book.pdf.

361 Dichas Guías elaboradas por el Departamento del Tesoro de Su Majestad (*HM Treasury*) responden a distintos aspectos en relación con la aplicación del Libro Verde, valorando, por ejemplo, los efectos ambientales y evaluando los aspectos de la competencia y la salud, accedido el 16 junio 2021, de https://www.gov.uk/government/collections/the-green-book-supplementary-guidance.

(*Magenta Book,* 2003)[362], en el que se concretan distintos aspectos de la evaluación (como, por ejemplo, el momento, motivo, diseño, métodos, la información y su gestión).

Además, en dicho año se creó la red informal del Modelo de Costes Estándar, del cual formaba parte el Reino Unido[363].

En el período siguiente, se emiten diversos informes en torno al análisis de impacto regulatorio y la reducción de cargas administrativas y regulatorias[364] , pero destaca especialmente la consolidación del mencionado Modelo de Costes Estándar[365].

De otro lado, desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2005, el Reino Unido ostentó la presidencia de la Unión Europea, poniendo grandes esfuerzos en la política de mejora regulatoria. A estos efectos, sus prioridades eran, entre otras: trabajar para asegurar que las evaluaciones de impacto integrales se llevasen a cabo para toda la nueva legislación de la Unión Europea, realizar otras propuestas para la simplificación de la normativa de la Unión Europea y mejorar el proceso de consulta en Europa para asegurar que hubiera un diálogo efectivo con las empresas y otras partes interesadas.

362 Government Social Research Unit (2003), *The Magenta Book: guidance notes for policy evaluation and analysis,* accedido el 25 noviembre 2021, de https://dera.ioe.ac.uk/10521/1/complete_Magenta_tcm6-8611.pdf. Véase J. Van Selm (2008), «How is Migration Policy Evaluated?», en S. Ardittis y F. Laczko (eds.), *Assessing the Costs and Impacts of Migration Policy: An International Comparison* (págs. 21-106)*,* Ginebra: International Organization for Migration y Eurasylum (pág. 99), afirma que se denomina la "Biblia" de la evaluación en el Gobierno británico. Véase la última versión, HM Treasury (2020 a), *Magenta Book March 2020 Central Government guidance on evaluation,* Londres: Crown, accedido el 16 mayo 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/879438/HMT_Magenta_Book.pdf. En este se recogen, en distintos capítulos, los siguientes aspectos: el por qué, cómo y cuándo evaluar; alcance de la evaluación; métodos de evaluación; recopilación de datos, acceso y enlace de datos; gestionar una evaluación; uso y difusión de hallazgos de evaluación; y capacidades de evaluación.

363 OCDE (2008: 48).

364 Entre otros, téngase en cuenta: el informe del Comité de Constitución de los Lores de 2004 (*Lords Constitution Committee*), que trata, entre otros aspectos, la evaluación *ex post* (*Fourteenth Report Parliament and the Legislative Process*); o el Informe Reducción de las cargas administrativas: inspección y aplicación efectivas o coloquialmente denominado Informe Hampton (*the Hampton Report*) de marzo de 2005 en el que se favorece la racionalización de las estructuras reguladoras y el incremento de la rendición de cuentas: HM Treasury (2005), *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement,* Norwich: HMSO, accedido el 11 julio 2020, de https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205081213/http://www.bis.gov.uk/files/file22988.pdf. Sobre este informe, véase Betancor Rodríguez (2009: 131-138). En marzo de 2005, el Grupo Especial de Trabajo de Mejora Regulatoria emitió un informe al Primer Ministro denominado Menos es más. Reducción de cargas, mejora de resultados, sobre la reducción de las cargas administrativas y regulatorias: Better Regulation Task Force (2005), *Regulation - Less is More. Reducing Burdens, Improving Outcomes*, Londres: Cabinet Office, accedido el 16 junio 2021, de https://www.regulation.org.uk/library/2005_less_is_more.pdf.

365 Al respecto, véase el documento emitido por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Cargas Administrativas (*International working group on Administrative Burdens*) (2004), *The Standard Cost Model A framework for defining and quantifying administrative burdens for businesses*, accedido el 10 febrero 2022, de https://ec.europa.eu/eurostat/documents/64157/4374310/11-STANDARD-COST-MODEL-DK-SE-NO-BE-UK-NL-2004-EN-1.pdf/e703a6d8-42b8-48c8-bdd9-572ab4484dd3.

Así, se establecen, de forma tímida, las fechas comunes de inicio (*Common Commencement dates, CCD*), anunciándose en el informe del Presupuesto de 16 de marzo de 2005, y con el compromiso de que se extendiese su aplicación para las nuevas regulaciones que afectasen a los negocios a partir de abril de 2006[366], a fin de reducir los costes para las empresas para cumplir con sus obligaciones regulatorias.

A finales de 2006, se aprobó la Ley de Reforma Legislativa y Regulatoria (*Legislative and Regulatory Reform Act, LRRA*)[367]. Esta Ley, que sustituyó a la Ley de Reforma Regulatoria, fue promulgada con el propósito de remover las cargas administrativas resultantes de la legislación y promocionar los principios regulatorios, así como establecer el ejercicio de las funciones regulatorias e interpretar la legislación relacionada con la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo[368].

En relación con la reducción o simplificación de la legislación existente, hay que remitirse a lo establecido en la sección 1, subsección 1 de dicha norma, en la que se afirma que se removerá o reducirá cualquier carga, o las cargas generales, resultantes a cualquier persona referido a cualquier legislación[369]. Esto se producirá mediante la atribución de poderes a un ministro de la Corona (a través de la Orden de Reforma Legislativa) para que establezca cualquier disposición que sirva a dicho propósito, pero siempre estando sujeto a las previsiones de dicha Ley[370]. Además, a estos efectos, la Ley actualiza los procedimientos acelerados para simplificar la legislación.

366 Véase, Department for Business Innovation & Skills (2010), *Common Commencement Dates. Guidance for Policy Makers* (págs. 11 y 12), accedido el 16 mayo 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32233/10-1137-common-commencement-dates-august2010.pdf, define que se entiende por fecha de inicio (*commencement date*), como la fecha en que tiene efectos legales una ley (*act*) o un instrumento estatutario (*statutory instrument*), su determinación lo realizará cada instrumento jurídico, teniendo como regla general un mínimo de 21 días. Dicha medida se introdujo como respuesta a la recomendación siete del informe Regulación - Menos es más; reducir las cargas, mejorar los resultados. Las fechas comunes de inicio se distinguieron si se referían a regulaciones nacionales o de la Unión Europea, así para las primeras eran el 6 de abril y el 21 de octubre, para las segundas eran el 29 de abril o el 29 de octubre.

367 Las notas explicativas realizadas sobre dicha norma las encontramos en Cabinet Office (2006), *Explanatory Notes: Legislative and Regulatory Reform Act 2006,* accedido el 1 diciembre 2017, de http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/51/pdfs/ukpgaen_20060051_en.pdf.

368 La OCDE (2008: 62) establece que facilita "aún más el proceso de simplificación racionalizando los procedimientos parlamentarios y facultando a los ministerios para que deroguen, enmienden o sustituyan cualquier norma primaria o secundaria si pueden demostrar que con ello se mejora la ley".

369 Y, en definitiva, para mejorar la forma de realización de las funciones reguladoras.

370 House of Commons Information Office (2008: 8 y 9), establece que se amplía el contenido y ámbito objetivo de aplicación con respecto a la Ley de 2001, al afirmar que más allá de la sección 1 referido a la reducción o eliminación de las cargas, la sección 2 de la Ley de Reforma Legislativa y Regulatoria establece disposiciones similares en relación con las órdenes que promueven principios de mejora regulatoria y la sección 3 de la Ley establece los hechos que debe abordar el Ministro que propone hacer una orden de reforma legislativa, incluyendo pruebas positivas (necesidad de legislación, proporcionalidad y equilibrio justo de intereses) y negativas (sin eliminación de la protección necesaria, sin interferencia irracional en los derechos y libertades, sin relevancia constitucional). El Ministro solo puede proceder si está convencido de que se pasaron todas las pruebas pertinentes de la sección 3.

La promoción de los principios regulatorios se establece en la sección 2. Los principios tienen su fundamento en que las actividades reguladoras deben llevarse a cabo de una manera que sea transparente, responsable, proporcionada y coherente, así como que se dirijan sólo en los supuestos en los que es necesario actuar. En consecuencia, se recogen los cinco principios previstos por el Grupo Especial de Trabajo de Mejora Regulatoria[371], estableciéndose que los reguladores tienen que respetar dichos principios cuando ejerzan funciones regulatorias, incluyendo su aplicación. Dicha aplicación se llevaría a cabo, fundamentalmente, a través de dos vías: la habilitación de poder a los ministros y la aprobación de un Código específico a estos efectos (*Code of Practice*), cuya regulación se establece en las secciones 22 y 23 de la norma.

Al respecto, y en virtud de lo anterior, el Gobierno estableció el Código de Cumplimiento del Regulador (*The Regulator's Compliance Code*), que entró en vigor el 6 de abril de 2008 y fue elaborado en respuesta al informe Hampton, que exigía a los reguladores que ejercieran sus funciones en relación con el ámbito de los negocios de la manera más amigable posible, llevando a cabo la planificación de la regulación y las inspecciones, a fin de causar las menos interrupciones posibles[372].

En 2007 es nombrado Primer Ministro Gordon Brawn, que continúa con las medidas. Así, la política regulatoria va a fundarse en un enfoque específico del procedimiento de elaboración de la regulación, basado en el riesgo, atendiendo a las consideraciones del informe Hampton y del informe Menos es más del Grupo Especial de Trabajo de Mejora Regulatoria[373].

De este modo, dentro de dicho mandato, desde el año 2007 la Evaluación de Impacto (*Impact Assessment, IA*) sustituye al Análisis de Impacto Regulatorio. La Evaluación de Impacto se concibe, entonces, como un instrumento de evaluación, valga la redundancia, cuyo objeto son las leyes y las principales regulaciones subordinadas, que tienen un impacto apreciable en los negocios, organizaciones benéficas y el sector voluntario[374], debiendo reconocerse una tendencia, hasta 2011,

371 Afirma I. Bishop (2019), «Better Regulation – The UK Experience», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 105-114 (pág. 106), que dicha Ley incrustó dichos principios, valga la redundancia, en la ley.
372 Véase Betancor Rodríguez (2009: 148-151). Así, a modo de ejemplo, estos reguladores deben considerar cuestiones como "el apoyo al progreso económico, ya que el ejercicio de las funciones reguladoras no debería impedir la actividad empresarial", "la evaluación de riesgos en todas sus actividades" o "que se proponga información y asesoramiento de tal manera que las empresas puedan entender claramente los requerimientos legales".
373 En este contexto, debe hacerse referencia al informe final denominado *Davidson Review* cuyo objeto fue la implementación de la normativa europea en el Reino Unido. El informe señala que la reducción de las cargas de la sobre aplicación (*over-implementation*) traerá importantes beneficios en el ámbito de los negocios (potencialmente hasta 240 millones de libras esterlinas) y en el público en general (potencialmente hasta 430 millones de libras esterlinas). Véase The National Archives (2006), *Davidson Review Final Report*, accedido el 11 julio 2020, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http:/www.hm-treasury.gov.uk/d/davidson_review281106.pdf.
374 OCDE (2008: 52).

de incremento en su realización[375]. Además, se aprueba una Guía de Evaluación de Impacto (*Impact Assessment Guidance*)[376].

Junto a ello, la consolidación de la política regulatoria llega con la aprobación, en 2008, de la Ley de Aplicación Regulatoria y Sanciones (*Regulatory Enforcement and Sanctions Act*), que creó la Oficina Local de Mejora Regulatoria (*Local Better Regulation Office, LBRO*), como órgano de coordinación de la actividad regulatoria por las autoridades locales, la creación de sanciones civiles en relación con las infracciones regulatorias y la remoción y reducción de las cargas[377].

Y en 2009, se crea el Comité de Política Reguladora (*Regulatory Policy Committee, RPC*), que se convirtió en un consejo independiente de cualquier departamento público. Este órgano proporcionaba al Gobierno un control externo e independiente de las nuevas propuestas de regulación y de desregulación, basándose en la evidencia de las decisiones y apoyando el análisis de las nuevas regulaciones y propuestas desregulatorias. Se trataba, así, de un órgano consultivo plural, compuesto por economistas, empresarios y representantes de la sociedad civil[378]. Así, este Comité aseguraba unas estimaciones meridianamente exactas al Gobierno sobre los costes y beneficios para las empresas como resultado de la regulación, teniendo especialmente en cuenta las evaluaciones de impacto a las micro y pequeñas empresas.

Desde el 11 de mayo de 2010 gobierna en el Reino Unido el Partido Conservador, teniendo como objetivo la reducción de la carga burocrática innecesaria, mediante la evaluación adecuada del coste y la eficacia de las regulaciones antes y después de que se introduzcan, además de utilizar las cláusulas de extinción (*sunset clauses*) para asegurar la necesidad de que la regulación sea revisada periódicamente y que se aplicase el principio uno dentro, uno fuera (*one in, one out, OIOO*) para las nuevas reglas[379].

La llegada al gobierno de David Cameron supuso el reforzamiento del objetivo de la reducción

375 El número de evaluaciones realizadas desde el 2007 aumentó de 37 hasta 664 en 2011. A partir del 2012, el número descendió hasta los 394 en 2014: véase The National Archives (2021), *UK Impact Assessments,* accedido el 1 diciembre 2017, de http://www.legislation.gov.uk/ukia.

376 Véase, Department for Business Innovation and Skills (2010). *Impact Assessment Guidance,* accedido el 27 noviembre 2021, de https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+/http:/www.web.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/10-898-impact-assessment-guidance.pdf.

377 La Oficina Local de Mejora Regulatoria fue disuelta el 1 de abril de 2012, y sus funciones pasaron a la Oficina de Entrega de Mejora Regulatoria (*Better Regulation Delivery Office, BRDO*), órgano independiente dentro del Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades (*Department for Business, Innovation and Skills*).

378 Véase Bishop (2019: 106), quien afirma que realiza sus funciones, con el apoyo de una Secretaría del Servicio Civil (*Civil Service*), llevando a cabo dicho escrutinio "antes de que el Gabinete acuerde las propuestas finales de las políticas". En todo caso, las opiniones de dicho órgano se publican.

379 Liberal Democrats (2010), *Liberal Democrat Manifesto 2010* (pág. 25).

de cargas, comprometiéndose a liderar "el primer Gobierno en la historia moderna en dejar el cargo después de haber reducido la carga global de la regulación"[380], evidenciando la importancia de la mejora regulatoria para dicho Gobierno. Para ello, el Gobierno[381] se propuso no solo detener el flujo de la nueva regulación, sino, también, de reducir el stock de la regulación existente. Así, durante los años 2010 a 2015, se estableció la web "Desafío Burocrático" (*web The Red Tape Challenge*)[382], en cuya virtud se publican las regulaciones en un sector o industria específicos para incentivar la participación ciudadana e identificar que regulaciones funcionan o no y el motivo de esto último, así como qué se puede simplificar y aquello que se puede descartar. Los comentarios realizados serían tenidos en cuenta por los ministros, que dispondrían de un plazo de tres meses para determinar qué regulaciones debían mantenerse y el fundamento de tal decisión.

El 1 de septiembre de 2010 se introdujo por el Gobierno británico la regla uno-dentro, uno-fuera, aplicándose a las regulaciones aprobadas a partir de enero de 2011. La norma impedía que cualquier departamento gubernamental introdujese una nueva regulación que impusiese un coste neto directo en los negocios y en las organizaciones del sector voluntario, a menos que el departamento pudiera encontrar ahorros mediante la eliminación o modificación de otra regulación de un coste equivalente[383]. Con esta última regla, el impacto del coste previsto de cada nueva regulación tenía que ir acompañado de los ahorros en otras partes de una cantidad equivalente. Según estableció el Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades (*Department for Business, Innovation and Skills*)[384], con esto se redujo los costes netos referidos a las empresas en torno a 963 millones de libras esterlinas. Pero, desde enero de 2013, el Gobierno británico ha impuesto que cada regulación que introduzca costes será compensada con la reducción de la carga que suponga el doble de dichos costes. Esta es la regla denominada una-dentro, dos-fuera (*one-in,*

380 Esta frase forma parte de una instrucción del propio Cameron a su equipo de Gobierno, afirmando que: *"Hoy en día, hay más de 21.000 reglas y regulaciones legales vigentes, y quiero que reduzcamos ese número, y la carga que representa"* [Prime Minister's Office, 10 Downing Street (2011), *Letter from the Prime Minister on cutting red tape*, accedido el 14 noviembre 2021, de https://www.gov.uk/government/news/letter-from-the-prime-minister-on-cutting-red-tape].

381 HM Government (2010), *The Coalition: our programme for government*, accedido el 24 junio 2021, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78977/coalition_programme_for_government.pdf.

382 Véase Gamero Casado (2014 a: 62 y 63).

383 Véase Department for Business Innovation & Skills (2011), *One-In, One-Out (OIOO) Methodology*, Londres: Crown, accedido el 1 noviembre 2021, de https://www.regulation.org.uk/library/2011_oioo_methodology.pdf, afirma que se aplica sobre la "regulación del Reino Unido que tiene impactos sobre los negocios y las organizaciones de la sociedad civil". Habrá que entender por regulación "las medidas con fuerza legal impuestas por el gobierno central y otros esquemas operados por el gobierno central", aunque no todos los recursos regulatorios eran objeto de esta regla, sino: a) "instrumentos estatutarios" (*statutory instruments*), b) "códigos de prácticas y autorregulación que tengan cobertura estatutaria", c) "guía u orientación emitida en virtud de poderes estatutarios" y d) "leyes" (*laws*) "emitidas por el gobierno central". En todo caso señala que es necesaria realizar una "diferenciada y propia evaluación de impacto", una para "las nuevas regulaciones" y otra para "las regulaciones existentes a remover" (pág. 7).

384 Así lo afirma, Department for Business Innovation and Skills (2013), *The seventh statement of new regulation*, Londres: Crown (pág. 7), estimación realizada desde enero de 2011 hasta el cierre de la regla uno dentro, uno fuera el 31 de diciembre de 2012. La concreción de dichas medias, incluidas las materias se establecen en las páginas 4 a 6.

two-out, OITO) que sustituye a la regla anterior, y que pretende ir más allá y asegurar que los departamentos gubernamentales utilicen la regulación como un último recurso (*last resort*)[385]. En este sentido, para medir los progresos, se utiliza un sistema de métrica que, actualmente, se usa bajo el Objetivo de Impacto Comercial, esto es, el Costo Directo Neto Anual Equivalente para el Negocio (*Equivalent Annual Net Direct Cost to Business, EANDCB*), centrándose de forma directa, y en un primer término, en los costes y beneficios de los cambios regulatorios[386].

Entre 2012 y 2015, se reforzó la revisión de la aplicación de los regímenes regulatorios e inspección en distintos sectores de la realidad económica británica, a través de la Iniciativa de Centrarse en la Aplicación (*Focus on Enforcement Initiative*). Las revisiones analizaron el impacto en los sectores regulados, y, en particular, en cómo las regulaciones son implementadas y aplicadas por los reguladores nacionales y locales, para la identificación de situaciones de mejora, previa consulta con los sectores afectados, llevando, incluso, a varias reformas en los sectores y áreas de política bajo revisión[387].

Con posterioridad, en el año 2014 se elabora el Código del Regulador (*Regulator's Code*)[388] que sustituye al Código de Cumplimiento del Regulador (*The Regulator's Compliance Code),* cuya aplicación a los reguladores y sus funciones reguladoras se determinan en la Orden de Reforma Legislativa y Reguladora (*Legislative and Regulatory Reform -Regulatory Functions- Order*) de 2007 (enmendada en varias ocasiones) en virtud de la sección 24 (2) de la Ley del 2006.

A partir de marzo de 2014, para las propuestas regulatorias nacionales más importantes que entren en vigor, se establece la obligación de realizar la evaluación de microempresa y pequeña

385 Afirma Betancor Rodríguez (2009: 128), que dicha consideración de último recurso se establece, con carácter previo, en distintos informes como el emitido por la Better Regulation Task Force (2003 b), *Imaginative Thinking for Better Regulation*, Londres: Cabinet Office (pág. 4), accedido el 17 mayo 2020, de https://webarchive.nationalarchives.gov.uk /20100812083626/http://archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/imaginativeregulation.pdf, donde se establece que la "intervención reguladora puede ser necesaria, pero generalmente debe ser utilizada solo como último recurso, y luego solo si se puede demostrar que es probable que sea más afectiva que otros medios". De igual modo, otro informe relevante, que incide en dicho aspecto es el emitido, también, por la Better Regulation (2000) *Alternatives to State Regulation,* Londres: Cabinet Office, véase al respecto lo afirmado por Jacobs (2007: 121).

386 Bishop (2019: 107).

387 Véase OCDE (2016), *Pilot database on stakeholder engagement practices in regulatory policy*, Paris: OCDE Publicaciones.

388 Department for Business Innovation & Skills (2014), *Regulator's Code*, accedido el 14 noviembre 2021, de https://www.gov.uk/government/publications/regulators-code. Así, si un regulador concluye, sobre la base de evidencias materiales, que una específica provisión no es aplicable o es superada por otra consideración relevante, el regulador no está obligado a seguir dicha provisión, pero debe registrar la decisión y los motivos de esto. El Código proporciona un marco basado en principios claros, flexibles sobre los cuales los reguladores deben comprometerse. Casi todos los reguladores no económicos, incluidos las autoridades locales y las autoridades de extinción de incendios y salvamento, deben tenerlos en cuenta en el desarrollo de las políticas y procedimientos operativos que guíen sus actividades regulatorias, todo ello de acuerdo con la sección 23.

empresa (*Small and micro business assessment, SaMBA*), para ayudar a comprender sus efectos sobre las pymes y si afectaba de manera diferente a las medianas y grandes empresas[389]. Y, en el año 2015, se aprueba la Ley de Pequeñas Empresas, Empresas y Empleo (*Small Business, Enterprise and Employment Act*) que estableció un objetivo de impacto empresarial (*Business Impact Target, BIT*) al comienzo de cada mandato parlamentario, en tanto que informe anual elaborado por el Gobierno, sobre el progreso del mismo y al final del mandato parlamentario[390]; además, se contempla la inclusión de cláusulas de revisión estatutaria (*statutory review clauses*) en la legislación secundaria o bien justificar el motivo de su no inclusión[391].

Dicha Ley fue modificada por la Ley de Empresas (*Enterprise Act*) en 2016, que estableció la obligación, para determinados reguladores, de publicar determinados documentos, entre los que se encuentra la evaluación del impacto económico sobre las actividades comerciales de ciertas disposiciones regulatorias. La norma concreta cuáles son estas actividades y qué se entiende por regulador relevante, en tanto que sujeto obligado a realizar dicha evaluación en el plazo de 21 días desde la realización de la correspondiente regulación[392].

En 2018, se publica la Guía Marco para la Mejora Regulatoria (*Guidance Better regulation framework)*, dirigida a los funcionarios del Gobierno que realizan actividades y funciones relacionadas con la mejora regulatoria[393]. En dicho documento se consolida la definición de provisión reguladora (*regulatory provision*)[394], establecida por la sección 22 (3) de la Ley de Pequeñas Empresas, Empresas y Empleo. Además, se dispone que la evaluación de impacto y el escrutinio del Comité de Política Regulatoria se hará en función del coste de las medidas sobre los negocios, estableciendo un límite en 5 millones de coste directo neto anual equivalente para las empresas: si la medida está por debajo de dicha cuantía, se lleva a cabo un análisis proporcional y el escrutinio mencionado es opcional; pero si está por encima, se realiza una evaluación de impacto

389 Véase, Regulatory Policy Committee (2019), *Small and Micro Business Assessments: guidance for departments, with case history examples*, accedido el 16 mayo 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/827960/RPC_Small_and_Micro_Business_Assesment__SaMBA___Agust_2019.pdf.
390 Para esto, el Gobierno debe contar con el apoyo de un organismo de verificación independiente -*Independent Verification Body, IVB*.
391 Bishop (2019: 108 y 109).
392 Bishop (2019: 109), véase el documento *Statutory Instruments 2018 No. 344 Regulatory Reform*, accedido el 16 mayo 2020, de http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/344/pdfs/uksi_20170344_en.pdf.
393 Este documento sustituye al Manual Marco de la Mejora Regulatoria (*Better regulation framework manual*).
394 En este sentido, la Guía señala que pueden ser medidas "legislativas y no legislativas", centrándose en las primeras. En todo caso, incluye las disposiciones estatutarias (*statutory provision*) que consisten en disposiciones regulatorias (*regulatory provision*) "referidas a la actividad empresarial que imponen o modifica requisitos, restricciones o condiciones, o establece o modifica normas o da o modifica orientaciones en relación con la actividad". Se incluyen, también, las disposiciones regulatorias empresariales que se "relacionan con la garantía del cumplimiento o la aplicación de los requisitos, restricciones, condiciones, estándares u orientación que se relacionan con la actividad". De estas, se excluyen varias como, por ejemplo, las subvenciones, las adquisiciones y las medidas que afectan a empresas controladas por una autoridad pública.

completa y el escrutinio es preceptivo[395].

En 2019 se convierte primer ministro Boris Johnson, uno de los grandes precursores del Brexit. Ante dicha situación se ha abierto un periodo introspectivo a nivel ideológico, en el cual se va a intentar llegar a acuerdos con la Unión Europea en sectores específicos, especialmente en relación con los mercados, atendiendo a las circunstancias del propio Estado[396]. En este sentido, la pretensión británica es llegar a un acuerdo de libre comercio sin alineación regulatoria con la Unión Europea[397], con el consiguiente reforzamiento del objetivo de reducción de cargas y simplificación administrativa.

En definitiva, podemos afirmar que el Reino Unido ha seguido un camino similar al llevado a cabo por Estados Unidos. En este sentido, el movimiento de la mejora regulatoria se inició con un fuerte componente desregulatorio, pero que a mediados de los años noventa del siglo pasado contempló una vía intermedia para regular de forma adecuada. Actualmente, existe un incremento del potencial desregulador con las iniciativas de simplificación regulatoria, especialmente teniendo en cuenta la regla tres fuera, una dentro. Esa preferencia por la desregulación se nota en la constante preocupación por la sobrerregulación de la normativa interna que se producía por la normativa comunitaria. No obstante, no podemos reducir la política de calidad normativa británica solamente a esto, sino que existen otros avances que, claramente, nos permiten reconocer no sólo una política de calidad normativa, sino también el camino hacia la construcción de una gobernanza regulatoria, definida como aquella que "maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública", para lo cual se encarga "del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento", generando "un enfoque

395 Véase Regulatory Policy Committee (2019: 3), que indica que su realización es obligatoria para todas las medidas nacionales que requieren autorización del Subcomité del Gabinete de Reducción Regulatoria (*Reducing Regulation Cabinet sub-Committee, RRC*) y que tienen un impacto en los negocios mayor que el umbral EANDCB de, en más o en menos, 5 millones de libras.

396 Véase A. Llewelyn (2020), «Brexit negotiator's brilliant point about 'why UK will have BETTER regulations than EU'», *Express*, accedido el 16 mayo 2020, de https://www.express.co.uk/news/uk/1245936/brexit-news-boris-johnson-david-frost-eu-regulations-brussels-spt. Al respecto, también, OCDE (2019 b), *Better Regulation Practices across the European Union,* Paris: OCDE Publicaciones (pág. 93).

397 S. Payne (2020), «Boris Johnson to reject regulatory alignment in EU trade talks», *Financial Times*, accedido el 16 mayo 2020, de https://www.ft.com/content/2e255fd2-45a3-11ea-aeb3-955839e06441. La pretensión británica es un acuerdo de libre comercio similar al suscrito entre Canadá y la Unión Europea, teniendo en cuenta que la posibilidad de la salida tras el periodo transitorio sin acuerdo comercial pudo tener consecuencias negativas, aunque el primer ministro Boris Johnson no pensaba así, véase BBC (2020), *Brexit: Boris Johnson says 'no need' for UK to follow EU rules on trade*, accedido el 16 mayo 2020, de https://www.bbc.com/news/uk-51351914. Por otro lado, el Acuerdo de salida se produjo entre la Unión Europea y el Reino Unido el 24 de diciembre de 2020 y entró en vigor a partir del 1 de enero de 2021, véase Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido (*DO C* 34 de 31.1.2020).

integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias"[398].

Piénsese en la articulación de una Administración más simple, cambiando el modelo de presentación de documentación a un muestreo posterior basado en riesgos, la mejora de la consulta, previendo instrumentos de derecho blando al respecto, o el establecimiento de los principios de buena regulación que han irradiado sobre un número amplio de países de la Unión Europea.

Ciertamente, en la política de mejora regulatoria o regulación inteligente de la Unión Europea, el Reino Unido ha sido un gran valedor, generando un impulso de importancia. Su salida, no solo deja un vacío en dicho impulso e influencia del *Common Law* en el Derecho europeo, sino que, además, abre una vía a una posible mayor desregulación por parte del Reino Unido, reforzada por un mayor proteccionismo, en línea con lo acontecido en Estados Unidos.

2.2.3. *Europa Continental*[399].

A) El desembarco germano.

En la Europa continental se produce un desarrollo de los estudios de la teoría de la legislación a partir de los años 70 del siglo pasado, fundamentalmente en la antigua República Federal de Alemania, influenciada por la preocupación existente por la elaboración de las normas en toda Europa y el control de los tribunales sobre la justificación de los hechos, así como el análisis prospectivo de las normas[400].

Así, en Alemania, según Osés Abando[401], a partir de la "gran coalición" que se produjo "entre

398 OCDE (2012 a: 21).
399 Afirma Gamero Casado (2014 a: 27 y 28) que, a estos efectos, "existen dos movimientos paralelos y complementarios: el primero, que podríamos calificar como *Better Regulation*" que se sitúa en Países Bajos y los países del Derecho del *Common Law* (Inglaterra e Irlanda), que "han focalizado sus esfuerzos en programas de reducción de cargas administrativas, inclusive las técnicas de mejora regulatoria", y por otro lado los países Europeos "con una mayor tradición jurídico administrativa", como es el caso de España, Francia e Italia que concentran "sus esfuerzos en técnicas orientadas a la racionalización del procedimiento administrativo para lograr una gestión administrativa más eficiente", los cuales cabe designarlo como "*Better Administration*".
400 Establece Montoro Chiner (1989: 42-47), que "el enjuiciamiento del Tribunal ha descendido hasta valorar si se justificaba la concreción de los hechos que el legislador había efectuado bajo los criterios de interdicción de la arbitrariedad y de la intervención menos restrictiva". Por otro lado, el enjuiciamiento del análisis prospectivo de la ley se ha fundamentado en que esta, en el Estado de Derecho, "ha de ser apta para obtener los efectos que pretende, y debe obedecer al mandato de igualdad, así como al de interdicción de la arbitrariedad", especialmente teniéndolo en cuenta en relación a una posible limitación de derechos fundamentales y la necesaria evolución legislativa para su adaptación al principio de proporcionalidad en la restricción de estos y en "las condiciones de evolución de la sociedad".
401 Osés Abando (1995: 158).

cristianos-demócratas y socialdemócratas" en 1965, "se intensifica la intervención estatal y, en consecuencia, la necesidad de verificar su eficacia". En virtud de lo anterior, el "Parlamento introduce en bastantes leyes la exigencia de que la Administración informe de su cumplimiento". Esto auspicia una mayor preocupación en la República Federal de Alemania por la evaluación y la ciencia de la legislación.

Tan es así, que Karpen[402] establece una ordenación de los distintos estudios sobre la legislación en dicho país en: la "teoría de la legislación" se refiere al "concepto, evolución y análisis comparado de las leyes"; la "analítica de la legislación" estudia "la ley en cuanto fuente del Derecho"; la "táctica de la legislación" se sitúa en el "procedimiento externo de la legislación", lo que identifica dicho autor con los "estudios sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes"; la "metódica de la legislación" alude al "procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes"[403]; y la "técnica de la legislación" en relación con la "articulación, configuración y lenguaje de las leyes". Dentro de esta última existen dos grandes corrientes, a saber: por un lado, la anglosajona, denominada redacción legal (*legal drafting*); y, por otro, una tradición más reciente, que es la germánica *doctrina e ingeniería legislativas* (g*esetzgebungslehre*, g*esetzgebungstechnik*), en la década de los 70 del siglo pasado según Salvador Coderch[404], quien afirma, al respecto, que:

> "El origen más tardío de la *Gesetzgebungslehre* se debe a una pluralidad de factores cuyo número e incidencia no es fácil concretar. Desde luego uno de ellos es el modelo de redacción *descentralizada* (*ministerial*) de anteproyectos de ley, que no se encargan a los miembros de una oficina central, sino a funcionarios de cada ministerio responsable de la materia objeto del proyecto según un procedimiento reglado por la *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* (GGO II), que contiene además reglas sustantivas de técnica legislativa (§§ 22 y ss.).
>
> Otras razones se relacionan con la menor estabilidad institucional de las organizaciones estatales en el continente y, desde la perspectiva de la cultura jurídica, con la especial caracterización de la *ciencia jurídica* imperante aquí: Ésta se ha concebido, desde que Fr. K. von Savingy (1779-1861) definiera sus perfiles contemporáneos, como una ciencia de la interpretación y no de la redacción

402 U. Karpen (1986), «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, págs. 5-32, tomado de Atienza Rodríguez (1997: 65).
403 Véase Montoro Chiner (1989: 88-93) y Salvador Coderch (1989: 18 y 19), este último lo identifica con la "evaluación e implementación".
404 P. Salvador Coderch (2000), «Elemento para la definición de un programa de técnica legislativa», en M. Cavero Gómez (coord.), *III Jornadas de Derecho Parlamentario. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (págs. 45-85), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados (pág. 48).

de las leyes. Así el primer manual de técnica legislativa se publica en 1963[405], y hay que esperar al inicio de la década de los 70 para la constitución de una auténtica *Gesetzgebungslehre* en los países del área cultural germánica".

La diferencia entre las dos corrientes mencionadas se fundamenta en el mayor nivel de análisis de la anglosajona. Esto ha generado que se codificase los distintos criterios de técnica legislativa a través de distintas directrices. Es el caso, según Salvador Coderch[406], de las directrices que regulan los aspectos procedimentales de la elaboración de los borradores o anteproyectos de leyes y disposiciones jurídicas, como es el caso de las Reglas comunes de procedimiento de los ministerios federales, parte especial (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer,* GGO II) (§§ 22 y ss.)[407]. Teniendo en cuenta, en todo caso, que se encuadra en un modelo de redacción difusa (en el sentido de descentralizado), ya que "cada materia posible objeto de regulación se halla atribuida a un determinado Ministerio"[408].

Además, de forma coetánea, se publicaron formularios o cuestionarios de técnica legislativa y metódica de la legislación o *Checklisten*[409]. De dichos cuestionarios el más difundido era el llamado *Cuestionario azul* de 1984[410]. En todo caso, estas iniciativas no fueron exclusivas de Alemania, sino que también se dio en países de influencia alemana como Austria[411]. Sin embargo, estamos ante actuaciones esporádicas, ya que no existía una auténtica teoría general de la legislación.

B) Francia.

La calidad de la preocupación de las leyes viene de antiguo en el país galo, ya que Montesquieu afirmó que las "leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias" (*lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires*)[412], afirmando que deben ser concisas, simples, sin sutilezas,

405 Afirma S. Naundorf, (2012), *Integrating practical methodologies in impact assessments -Experiences in Germany-* (pág. 4), accedido el 11 diciembre 2017, de http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_S_Naundorf%20version%20for%20website%20upload.pdf, que, con anterioridad a dicha fecha, se señalan dos obras de Rudolf Zorn, ex secretario de Estado de Baviera, una de 1956 *The simplification*, y otra de 1963 *The suffering of simplification*.
406 Salvador Coderch (2000: 74).
407 Véase M. Á. Pérez de la Canal (1978), «Textos Legales sobre el Gobierno de la República Federal de Alemania (II)», *Documentación Administrativa*, 179, págs. 319-422.
408 Martin Casals y Viver Pi Sunyer (2000: 120 y 121).
409 Según Salvador Coderch (1989: 37-43). Véase M. Martín Casals (1989), «La técnica de las Checklisten», en VV.AA., *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, *Serie de Técnica Legislativa 1* (págs. 253-290), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
410 Véase A. Sánchez Hernández (2009), «Modelos de codificación y simplificación legislativa», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 77-111), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (págs. 98 y 99).
411 *Legistische Richtlinien 1979. Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschiften*, que sustituyeron a unas de 1970.
412 Montesquieu (1845), *El espíritu de las leyes*, Madrid: Biblioteca Ausiliar del Jurisconsulto y Publicista (capítulo XVI,

precisas y no susceptibles de modificación sin razón suficiente y utilizando una razón digna. También, hay que resaltar, a estos efectos, el discurso preliminar de Jean-Étienne-Marie Portalis sobre el Código Civil[413], donde afirmaba que:

> "Las leyes no son puros actos de poder, sino de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador no ejerce la autoridad, sino un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que deben adaptarse estas al carácter, a los hábitos y a la situación del pueblo para el que se hacen (…) Se gobierna mal cuando se gobierna demasiado. Un hombre que trata con otro hombre debe ser cuidadoso y prudente; debe velar por su interés, recoger las informaciones convenientes y no descuidar lo que es útil. El oficio de la ley es protegernos contra el fraude ajeno, no el de eximirnos de hacer uso de nuestra propia razón. De otro modo, la vida de los hombres bajo la vigilancia de las leyes no sería sino una larga y vergonzosa minoría de edad; y la propia vigilancia degeneraría en inquisición".

Por su parte, Henri Capitant[414] afirmaría que "el arte de hacer leyes está en decadencia, y al legislador nunca le importó menos esta tarea que en la actualidad".

Francia es un país de una tradición jurídica similar a la española[415], aunque, a diferencia de España, afirma Maïa[416] fue uno de los primeros países de la OCDE en concienciarse de la necesidad de realizar estudios de impacto, a fin de luchar contra el exceso en la producción y la inestabilidad de las normas[417].

---

pág. 319). Dicha cita recuerda, en términos, a la manifestada por Baltasar Gracián.

413 J. E. M. Portalis (2014), *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid: Universidad Carlos III.

414 H. Capitant (1917), «Comment on fait les lois aujourd'hui», *Revue politique et parlementaire*, 1917/1, págs. 305-317 (pág. 307).

415 A estos efectos, afirma D. Gilles Darcy (2003), «Ley y Reglamento en la República Francesa», en S. Rosado Pacheco (coord.), *Derecho comparado sobre ley y reglamento* (págs. 121-150), Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (pág. 131) que "la ley tiene un territorio asignado, numerado, reservado, garantizado, por tanto, limitado" a lo previsto en el artículo 34 de la Constitución. Por el contrario, en el reglamento "su competencia es de las más extensas", ya que en el artículo 37 de la Constitución se establece una competencia residual respecto a aquello que no sea de los ámbitos referidos de la ley. Afirma, al respecto, Estepa Montero (2004: 139) que se difumina dicha distinción al establecer el Consejo Constitucional que la "ley puede abarcar ámbitos reservados reglamentariamente al reglamento sin que ello determine necesariamente su inconstitucionalidad formal", así como el sometimiento de los reglamentos autónomos al principio de legalidad. Respecto de las relaciones entre la ley y el reglamento, véase Alonso Timón (1998: 51-63 y 177-180). Sobre las fuentes del derecho francés, véase, también, A. Haquet (2007), *La loi et le règlement*, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence (págs. 185-191) y European e-Justice, Derecho del Estado miembro-Francia, accedido el 25 mayo 2020 de https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-fr-es.do?member=1.

416 J. Maïa (2013), «Panorámica sobre la práctica francesa de los estudios de impacto preparatorios de los proyectos de ley, después de la entrada en vigor de su nuevo marco constitucional y orgánico», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 209-225), Sevilla: Global Law Press (pág. 215).

417 En 1991 existía una preocupación por la crisis de la ley, concretamente en lo referente a la sobreproducción normativa. Así, lo expresa el informe del Consejo de Estado francés (*Conseil d'État*) en dicho año sobre el principio de seguridad jurídica: *Rapport public du Conseil d'État 1991: De la sécurité juridique*, posteriormente se emitió otro informe al respecto, (2006), *Jurisprudence et avis de 2005*, *sécurité juridique et complexité du droit,* Paris: La documentation française*,* accedido el 25 mayo 2020*,* de https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/rapports-annuels/securite-juridique-et-complexite-du-droit-rapport-public-2006. Junto a ello, debe mencionarse el

Sin embargo, he de señalar que la evaluación de impacto normativo en Francia no ha tenido sustantividad propia, hasta el punto de que, en los primeros años de vida de dicha evaluación, tenía un carácter experimental. No obstante, pueden señalarse los siguientes hitos:

a) Aprobación de la Circular de 26 de julio de 1995, relativa a la preparación y ejecución de la reforma del Estado y de los Servicios Públicos (*Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics*)[418]. En el punto 3.3 de dicha Circular, el Primer Ministro Francés habla del mal de la hipertrofia normativa y de la mala calidad de las normas, lo que afecta tanto a la seguridad jurídica de las empresas como de la ciudadanía. Por efecto de esta situación, desde el 1 de enero de 1996 se adoptan medidas como la exigencia de estudios de impacto a los "proyectos de ley y principales proyectos de Decreto".

b) En línea con lo anterior, se aprueba la Circular de 21 de noviembre de 1995 del Primer Ministro (*Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État*)[419], como origen de la evaluación de estudio de impacto, al disponer que los proyectos de ley, así como ciertos proyectos de decreto, deberían ser complementados, no sólo por la tradicional "exposición de motivos o informe de presentación", sino por estudios que analicen los "beneficios esperados" y los impactos, tanto directos como indirectos, sobre el "empleo", "otros intereses generales", "financieros", "administrativos" y en relación a la "complejidad del ordenamiento legal". La Circular establecía, con carácter experimental, la obligación de adjuntar a la elaboración de los proyectos de ley (a partir del 1 de enero de 1996) o decreto reglamentario en Consejo de Estado (desde el 1 de julio de 1996) un estudio de impacto ampliado, que cumpliría las prescripciones del Anexo II de la Circular. En la práctica, sin embargo, esta evaluación de estudios de impacto

informe de Jean Picq al Primer Ministro en mayo de 1994 denominado El Estado en Francia- Servir a una nación abierta al mundo (*L'État en France: servir une nation ouverte sur le monde: rapport au Premier ministre*): Gouvernement de la République Française (1994). Rapport de la Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, accedido el 11 diciembre 2017, de http://admi.net/literacy/picq.pdf. El Consejo de Estado francés tiene una importancia capital en la elaboración de normas en Francia, así véase sobre su competencia "paralegislativa" en Consejo de Estado (1998), *Memoria del Consejo de Estado 1997*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 99-108). Al respecto, se afirma que no solo entra en la legalidad de sus dictámenes, sino también en un juicio de oportunidad de la norma. En este orden de cosas, véase a L. Jiménez Quesada (2000), «La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 9, págs. 167-196.

418 *JORF* n°174 du 28 juillet 1995. Esta Circular se enmarca en la política de modernización del Estado, véase H. Pauliat (2004), *La qualité: une exigence pour l'action publique en Europe*, Limoges: Pulim Presses Universitaires de Limoges (pág. 21).

419 *JORF* n°279 du 1 décembre 1995.

se convirtió en una mera formalidad[420], pues tenía escasa incidencia sobre el proceso de formulación de las normas, especialmente en sus primeras etapas (debido a que primaban, en los encuentros interministeriales, los aspectos políticos más que los técnicos), quedando materialmente inaplicada.

c) Paralelamente, mediante la Ley n.º 96-516 de 14 de junio de 1996 se crea la Oficina Parlamentaria de Evaluación de la Legislación (*Loi n° 96-516 du 14 juin 1996 tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation*)[421] y el 6 de junio de 1997 se aprueba la Circular relativa a la organización del trabajo gubernamental (*Circulaire du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental*)[422], en el cual se recogen distintos apartados sobre el mismo como la programación del trabajo gubernamental, las condiciones preparatorias de las decisiones gubernamentales, el trabajo del Consejo de Ministros, la redacción de textos legislativos y reglamentarios, el funcionamiento de los departamentos ministeriales, los nombramientos de altos cargos, la participación de los miembros del Gobierno en la labor del Parlamento, el Consejo Económico y Social, así como la publicación en el Diario Oficial[423]. Se inicia, pues, un cierto movimiento sobre calidad normativa que se proyecta en otras normas posteriores:

- La Circular de 26 de enero de 1998, relativa al estudio de impacto de los proyectos de ley y de Decreto en Consejo de Estado *(Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État*)[424]*,* que derogó la Circular de 21 de noviembre de 1995.

- La Circular de 9 de noviembre de 1998 de transposición de directivas al derecho interno (*Circulaire du 9 novembre 1998 relative à la procédure de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne*)[425].

420 Sobre su uso formal, véase J. P. Duprat (2007), «Répartition des compétences normatives et application de la loi», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 22, págs. 540-547 (pág. 554), accedido el 22 junio 2021, de https://www.persee.fr/docAsPDF/aijc_0995-3817_2007_num_22_2006_1852.pdf.
421 *JORF* nº 138 du 15 juin 1996.
422 *JORF* n°131 du 7 juin 1997.
423 Afirma F. Santaolalla López (2002 a), «Artículo 22. De la iniciativa legislativa del Gobierno», en C. J. Fernández Carnicero (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno* (págs. 245-288), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (págs. 283 y 284) que dicha Circular "recomienda, que no impone, la audiencia a representantes de los intereses sociales afectados por una medida del Gobierno, pero lo subordina a que no provoque retrasos indebidos", junto con dicha participación pública, señala que entre los organismos públicos que deben ser consultados se encuentran el "Consejo de Estado a efectos de lograr la regularidad constitucional y técnica del texto correspondiente" y "el Consejo Económico y Social" de acuerdo con lo previsto en el "artículo 70 de la Constitución".
424 *JORF* n°31 du 6 février 1998.
425 *JORF* n°261 du 10 novembre 1998.

- La Circular de 17 de diciembre de 1998 relativa a la difusión de datos jurídicos sobre los sitios de internet de las Administraciones (*Circulaire du 17 décembre 1998 relative à la diffusion de données juridiques sur les sites Internet des administrations*)[426].

d) Es la Circular de 26 de agosto de 2003, relativa a controlar la inflación normativa y mejorar la calidad de la reglamentación (*Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation*)[427], junto a la Circular de 30 de septiembre relativa a la calidad de la reglamentación (*Circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation*)[428], la que reconoce que el potencial del sistema de evaluación de impacto normativo no ha progresado de forma apropiada, señalando los problemas que habían obstaculizado la eficacia de este instrumento, y proponiendo una serie de medidas necesarias que en el futuro próximo deberían implementarse, destacando las siguientes: en primer lugar, hay una carencia de funcionarios especializados en evaluar el impacto regulador, con lo cual hay que abordar programas de formación al respecto, y designar a los respectivos responsables.

En segundo lugar, se debe dotar de independencia a la función evaluadora, distinguiendo, por un lado, la elaboración de la norma jurídica y, por otro, su valoración, con la finalidad de dar mayor objetividad a las evaluaciones. En este sentido, se contempla la posibilidad de crear un organismo administrativo específico independiente que canalizaría todas las valoraciones de impacto normativo.

En tercer lugar, es necesario concretar los indicadores de impacto referidos a todos los aspectos (por ejemplo, "legal, social, económico, presupuestario, impacto, medio ambiente y desarrollo sostenible") de los proyectos normativos y la ponderación de realidades poco cuantificables.

Y, por último, debe llevarse a cabo un análisis selectivo, con el fin de orientar la función evaluadora, especialmente, en programas de codificación y los de mayor repercusión social y económica.

426 *JORF* n°298 du 24 décembre 1998.
427 *JORF* n°199 du 29 août 2003.
428 *JORF* n°228 du 2 octobre 2003.

Junto a ello, se pone el acento en la colaboración institucional y en la participación ciudadana, afirmándose que deben ser dos instrumentos con sustantividad. Para mejorar estos dos instrumentos es necesario que los estudios de impacto normativo se redacten y transmitan de forma anticipada, junto con una adecuada información de las consultas evacuadas (ciudadanía, organizaciones profesionales, a las entidades territoriales y a las propias administraciones), siendo esto necesario para que, a partir del año 2004, los anteproyectos puedan ser analizados de forma adecuada por el Gobierno antes de su remisión al Parlamento, de acuerdo con lo establecido en la Circular de 30 de septiembre de 2003.

En 2004, la OCDE emite su informe sobre la Mejora Regulatoria en Francia, que, posteriormente, se volvería a emitir en el 2010.

En junio de 2005, se aprueba la Guía para la elaboración de los textos legislativos y reglamentarios (*Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*) [429], desarrollado conjuntamente por el Consejo de Estado (*Conseil d'État*) y el Secretariado General del Gobierno (*Secrétariat Général du Gouvernement*), cuyo objeto es presentar las "reglas, principios y métodos que deben observarse en la preparación de textos normativos", con la finalidad de facilitar el trabajo a aquellos que deban realizarlo y, de esta forma, el estudio de impacto se configura como (pág. 112):

> "(…) una herramienta de toma de decisiones para analizar los beneficios potenciales de la acción pública y para comunicar esta información a tiempo a los tomadores de decisiones, e incluso, si es necesario, al público. Independientemente de su contenido, los estudios, por los medios implementados para llevarlos a cabo (recopilación de datos, consultas públicas, etc.) y la participación de la administración en su realización, constituyen un instrumento para cambiar el proceso mismo de regulación y su papel en la acción pública. Por lo tanto, deben llevarse a cabo lo antes posible en el proceso de toma de decisiones".

En el año 2007 se implementa el Sistema de Organización en Línea de Operaciones Normativas (*Système d'organisation en ligne des opérations normatives, SOLON*), por el cual se desmaterializaba la ruta de los textos publicados en el Diario Oficial de la República Francesa

429 Secrétariat Général du Gouvernement y Conseil d'État (2005), *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, accedido el 23 mayo 2020, de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/EC68F57F2B102DF7052577370050A5C1/$FILE/guide_leg.pdf. Esta Guía está sujeta a actualizaciones periódicas, las cuales se pueden contemplar en el sitio de *Légifrance*. Así, la última actualización es de 2017, denominada Guía de Legística (*Guide de légistique*), accedido el 23 mayo 2020, de https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/guide-de-legistique/guide-de-legistique-edition-2017-format-pdf.pdf.

entre los ministerios, el Consejo de Estado y la Secretaría General del Gobierno, permitiendo "una mejor supervisión del trabajo del Gobierno, al garantizar la trazabilidad de los diferentes estados sucesivos de los borradores de los textos hasta su publicación el Diario Oficial"[430].

Con fecha 29 de febrero de 2008 se aprueba la Circular sobre la aplicación de las leyes (*Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois*)[431], con la finalidad de articular los mecanismos administrativos necesarias para una aplicación rápida y adecuada de las leyes, siendo esta una cuestión de seguridad jurídica.

Con posterioridad, se aprobó la Ley constitucional de 23 de julio de 2008 que modificó el artículo 39, párrafo 3.º de la Constitución de la V República, estableciendo la evaluación previa respecto de los proyectos de ley[432].

Posteriormente, se aprueba el Decreto n.º 2008-994 de 22 de septiembre de 2008 relativo a la Comisión consultiva para la evaluación de normas (*Décret n° 2008-994 du 22 septembre 2008 relatif à la commission consultative d'évaluation des normes*), en cuyo artículo 2 se añade un Capítulo III al Código General de Colectividades Territoriales (*Code général des collectivités territoriales*), para la creación y regulación de esta Comisión, a la que se atribuyen funciones de asesoramiento sobre la producción normativa[433].

---

430 OCDE (2010 b), *Mieux légiférer en Europe. France*, París: OCDE Publicaciones (pág. 44).

431 *JORF* n°57 du 7 mars 2008.

432 En el artículo 39 de la Constitución, a partir de la modificación realizada por dicha ley constitucional, se establece lo siguiente: "La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento. Los proyectos de ley son deliberados en el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado y presentados ante la Mesa de una de las dos Cámaras. Los proyectos de leyes de Presupuestos y leyes de financiación de la seguridad social serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional. Sin perjuicio del párrafo 1 del artículo 44, los proyectos de ley cuya finalidad principal sea la organización de las entidades territoriales serán previamente sometidos al Senado. La presentación de los proyectos de ley ante la Asamblea Nacional o el Senado cumplirá las condiciones fijadas por una ley orgánica. Los proyectos de ley no podrán inscribirse en el orden del día si la Conferencia de Presidentes de la primera Cámara solicitada constata que las normas fijadas por la ley orgánica se desconocen. En caso de desacuerdo entre la Conferencia de Presidentes y el Gobierno, el Presidente de la Cámara correspondiente o el Primer Ministro podrá solicitar al Consejo Constitucional, que se pronunciará en el plazo de ocho días. En las condiciones previstas por la ley, el Presidente de una Cámara podrá someter al dictamen del Consejo de Estado, antes del examen en comisión, una proposición de ley presentada por uno de los miembros de dicha Cámara, excepto si este último se opone". Dicha solicitud al Consejo Constitucional por desacuerdo se llevó a cabo el 26 de junio de 2014, según J. L. Cabrespines (2019), «Étude d'impact: mieux évaluer pour mieux légiférer», *Les Études du Conseil Économique, Social et Environnemental*, Journal Officiel de la République Française (pág. 51), accedido el 24 mayo 2020, de https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Etudes/2019/2019_21_etude_impact_mieux_evaluer_legiferer.pdf. El antecedente de dicha reforma lo debemos situar en el informe del Consejo de Estado de 2006 sobre la complejidad del Derecho y la seguridad jurídica, como afirma el propio Conseil d'État (2016), «Simplification et qualité du droit», *Les rapports du Conseil d'État*, 67, Paris: Direction de l'information légale et administrative (pág. 63), accedido el 24 mayo 2020, de https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/164000610.pdf. En dicho informe se sugirió que la única forma de asegurar la obligatoriedad de la evaluación de impacto regulatorio consistía en situar la exigencia al más alto nivel de la jerarquía normativa, obligando a preparar un estudio de impacto de los proyectos de ley, véase Maïa (2013: 215).

433 Afirman A. Lambert y J. C. Boulard (2013), *Rapport de la Mission de Lutte contre l'inflation normative,* Paris: Ministère de la Réforme de l'État de la Décentralisation et de la Fonction Publique y Ministère Délégué Chargé de la

En aplicación del artículo 39, párrafo 3.º de la Constitución nos encontramos con los artículos 8 a 12 de la Ley Orgánica n.º 2009-403 de 15 de abril relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución (*Loi organique nº 2009-403 du 15 avril relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*)[434]. La reforma del artículo 39 de la Constitución implica que los proyectos de ley estén, salvo algunas excepciones [435], acompañados de un estudio de impacto, lo que supone una mejora de la calidad de dichos proyectos y un instrumento de mejora de la información dirigida al Parlamento, ya que los estudios de impacto son una herramienta de apoyo para la evaluación y decisión, razón por la cual su preparación debe llevarse a cabo en la etapa de las discusiones preliminares sobre el proyecto de reforma. El estudio debe ser, entonces, refinado progresivamente en virtud del desarrollo del proyecto.

El principal responsable del estudio de impacto es el ministro, contando con la Secretaría General del Gobierno para la puesta en marcha del proyecto de reforma, con el doble propósito de determinar el estudio de las cargas y la búsqueda del concurso de otras Administraciones para contribuir a la labor de evaluación previa.

Al Consejo de Estado se le transmitirá el estudio de impacto cuando estime su suficiencia la Secretaría General del Gobierno y la Oficina del Primer Ministro (*cabinet du Premier ministre*), ante lo cual aquel realizará un estudio y, en su caso, realizará observaciones para que sea completado o concretado el estudio de impacto por parte del ministerio correspondiente antes de ser presentado al Consejo de Ministros (*Conseil des Ministres*), junto con el expediente para la deliberación del proyecto de ley y posterior remisión a la asamblea[436].

Junto a ello, están sometidos a dicha evaluación previa determinados proyectos reglamentarios, como los establecidos por la Circular del 17 de febrero de 2011 sobre la

---

Décentralisation (pág. 10), accedido el 23 mayo 2020, de https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/134000199.pdf, que dicha Comisión Consultiva había emitido en sus informes de actividad que los costes de las nuevas normas en 2008 ascendían a 455 millones de euros, en 2009 a 290 millones de euros, en 2010 a 577 millones de euros y en 2011 a 728 millones de euros. Dicho órgano fue sustituido por el Consejo Nacional de Evaluación de Normas (*Conseil national d'évaluation des normes, CNEN*), en virtud de la Ley n.º 2013-921 de 17 de octubre, por el que se crea un Consejo nacional de evaluación de las normas aplicables a las colectividades territoriales y a sus establecimientos públicos (*Loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics*, *JORF* n°243 du 18 octobre 2013).

434 *JORF* n°89 du 16 avril 2009. A estos efectos, véase Maïa (2013: 212-214).

435 Véase la Guía de Legística de 2017, págs. 15-17, que establece el ámbito objetivo de aplicación de los estudios de impacto.

436 *Ibíd.*, págs. 17-19.

simplificación de estándares para empresas y autoridades locales (*Circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales*)[437].

e) A partir de este momento, se suceden algunas iniciativas que han consolidado una política regulatoria en Francia y que afectan a distintos aspectos: en primer lugar, el 23 de mayo de 2011 se aprueba la Circular relativa a las fechas comunes de entrada en vigor de las normas relativas a las empresas (*Circulaire du 23 mai 2011 relative aux dates communes d'entrée en vigueur des normes concernant les entreprises*)[438], estableciéndose que serán de aplicación a los proyectos de ordenanza (*ordonnance*), de decreto (*décret*) o de acto (*arrêté*)[439] que comporten medidas que afecten a las empresas, y que se tendrá en cuenta, en la medida de lo posible, en el desarrollo de proyectos de ley o enmiendas relacionadas con las empresas. A estos efectos, cada texto fijará expresamente su propia fecha de entrada en vigor en uno de los siguientes cuatro plazos: 1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre, pudiendo proporcionarse diferentes fechas de entrada en vigor de acuerdo con sus disposiciones. En todo caso, se determinó que, a partir del 1 de octubre de 2011, se incluiría un mecanismo de entrada en vigor tardía de, al menos, dos meses a partir de la fecha de su publicación, pudiendo adaptarse dicha duración al contenido del texto (siendo mayor el plazo si su implementación tuviese grandes implicaciones para las empresas).

En materia de participación y consulta, destaca el informe del Consejo de Estado de 28 de junio de 2011, denominado "Consultar de manera diferente, participar de manera efectiva" (*Consulter autrement, participer effectivement*), que insiste en la participación abierta, siendo necesario que se concilie con la participación institucional, fortalecer el uso de internet para las consultas y facilitar el acceso a la información, especialmente en relación con los estudios de impacto.

Además, se aprueba la Ley n.º 2012-387, de 22 de marzo de 2012, sobre la simplificación del derecho y la agilización de los trámites administrativos (*Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives*)[440].

437 *JORF* n°41 du 18 février 2011.
438 *JORF* n°120 du 24 mai 2011.
439 Haquet (2007: 185), lo define como "acto unilateral de relevancia general o individual, tomado por diferentes categorías de autoridades administrativas (ministros, prefectos, alcaldes, …)".
440 *JORF* n°71 du 23 mars 2012. Véase A. Boto Álvarez (2012), «Nuevas razones para impulsar la simplificación jurídico-administrativa en Francia: desburocratización y reactivación económica», *Revista General de Derecho Administrativo*, 30.

De otro lado, se aprueba la Circular de 23 de agosto de 2012, relativa a la toma en consideración en la preparación de textos legislativos y reglamentarios de su impacto en términos de igualdad entre mujeres y hombres (*Circulaire du 23 août 2012 relative à la prise en compte dans la préparation des textes législatifs et réglementaires de leur impact en termes d'égalité entre les femmes et les hommes*)[441], con la finalidad, de acuerdo con Cabrespines[442], "de relacionar los efectos directos e indirectos que permiten considerar medidas compensatorias o disposiciones específicas en caso de que se produzca un impacto negativo en los derechos de las mujeres o en la reducción de las desigualdades entre mujeres y hombres" (aunque, también, afirma que la mayoría de las veces se tienen en cuenta los efectos directos).

Posteriormente, y siguiendo con la "lucha contra todas las formas de discriminación con motivo de preparación de proyectos de textos legislativos o reglamentarios", según Cabrespines[443], se aprueba la Circular de 4 de septiembre de 2012 sobre la inclusión de la discapacidad en los proyectos de ley (*Circulaire du 4 septembre 2012 relative à la prise en compte du handicap dans les projets de loi)*[444].

Con fecha 27 de marzo de 2013, se aprueba la Circular n.º 5643/SG relativa a la codificación (*relative à la codification*), dando un nuevo impulso a la misma, siendo una prioridad el desarrollo de nuevos códigos que completen la codificación francesa[445]. A ello se suma la Circular de 17 de julio de 2013 sobre la implementación de la congelación de la reglamentación (*Circulaire du 17 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation*)[446], en cuya virtud se establece la regla uno dentro y otro fuera (*une norme créée, une norme supprimée*

441 *JORF* n°196 du 24 août 2012. Al respecto, el Ministerio de los Derechos de las Mujeres (*Ministère des droits des femmes*) aprobó una Guía Metodológica para tomar en consideración la igualdad de género y de los hombres en los estudios de impacto (*Guide méthodologique Prendre en compte l'égalité entre les femmes et les hommes dans les études d'impact*) de octubre de 2013, accedido el 30 mayo 2020, de https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/10/2013_Guide-methodologique.pdf.

442 Cabrespines (2019: 33 y 34).

443 Cabrespines (2019: 33).

444 *JORF* n°206 du 5 septembre 2012. En la Circular de 23 de octubre de 2017 del Primer Ministro n.º 5973/SG relativa a la implementación de la política interministerial en favor de las personas discapacitadas y de su inclusión (*Circulaire n° 5973/SG Mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur des personnes handicapées et de leur inclusion*), se establece que existirá en cada Ministerio un funcionario superior a cargo de la discapacidad y la inclusión (*haut fonctionnaire en charge du handicap et de l'inclusion*), que entre sus funciones, a estos efectos, se encuentra la de asegurarse que la discapacidad se tenga en cuenta en la preparación de textos legislativos y reglamentarios, en concreto, para cada proyecto de ley, será responsable de llevar a cabo, de forma sistemática, la *hoja de diagnóstico-discapacidad* (*fiche «diagnostic-handicap»*), la cual se encuentra prevista en la Circular de 4 de septiembre de 2012, relacionada con la inclusión de la discapacidad en los proyectos de ley. Dicha hoja se utilizará para enriquecer el estudio de impacto del proyecto de ley correspondiente y se adjuntará al archivo de cualquier proyecto de ley que envíe al Gabinete del Primer Ministro y al Secretariado General del Gobierno.

445 Véase J. M. Sauvé (2015), «25 ans de la relance de la codification», *Intervention lors du colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives (IFSA) au Conseil d'État le mardi 13 octobre 2015*, accedido el 24 mayo 2020, de https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/25-ans-de-la-relance-de-la-codification.

446 *JORF* n °165 du 18 juillet 2013.

ou allégée), para aligerar el stock normativo y acelerar la simplificación. Según dicha Circular, "las nuevas regulaciones (salvo los textos de transposición o aplicación de una ley, ordenados por una regla superior) serán objeto de una moratoria o congelación de la reglamentación" (*gel de la réglementation)*. Por lo tanto, "un proyecto de un nuevo texto reglamentario que cree cargas para las autoridades locales, las empresas o el público, sólo podrá adoptarse si va acompañado, como compromiso de una simplificación equivalente"[447]. Además, en las evaluaciones de impacto de estas normas debería "no transponerse en exceso las directivas comunitarias", justificándose y validándose en caso contrario, en virtud del principio de proporcionalidad, así como determinarse las fechas comunes en el supuesto de que los destinatarios sean empresas o sean aplicables además a autoridades locales o al público, fijando un aplazamiento mínimo[448].

El 9 de octubre de 2014 se aprueba el informe realizado por la Asamblea Nacional sobre la simplificación legislativa (*Rapport d'information sur la simplification législative*)[449], dictado en virtud del artículo 145 del Reglamento de la cámara baja, abordando todas las cuestiones sobre la calidad normativa, y de los distintos instrumentos de esta, y prestando especial atención a la disminución del stock normativo existente[450]. Además, se aprueba la Circular 5743/SG de 9 de octubre de 2014, de reducción de las restricciones normativas aplicables a las autoridades locales (*Allégement des contraintes normatives applicables aux collectivités territoriales*), en cuya virtud, a partir del 1 de enero de 2015, se debe aplicar la regla uno dentro y otro fuera, para que el impacto financiero de las nuevas normas en las autoridades locales sea cero desde ese momento. No obstante, de esta se excluyen las nuevas medidas en el área del servicio público territorial o de naturaleza puramente financiera (impuestos y aranceles, contribuciones y beneficios, así como sanciones).

Con fecha de 10 de diciembre de 2015 se aprueba la Circular Evaluación previa de las normas y calidad del derecho (*Evaluation préalable des normes et qualité du droit*), en la cual se especifican ciertos aspectos de la evaluación previa de los proyectos de textos reglamentarios,

447 Artículo 1.º de la Circular de 17 de julio de 2013 sobre la implementación de la congelación de la reglamentación.
448 Artículo 2.º de la Circular de 17 de julio de 2013 sobre la implementación de la congelación de la reglamentación.
449 Assemblée Nationale (2014), *Rapport d'information n.º 2268 sur la simplification législative,* accedido el 25 mayo 2020, de http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2268.asp#P171_15864.
450 En dicho informe se critica, entre otros aspectos, los siguientes: la mala legislación tiene distintas consecuencias no solo respecto a sus personas destinatarias (al imponer cargas excesivas y restricciones poco realistas), sino al redactor de la norma, ya que debe reparar el "daño" ocasionado con la aprobación, por ejemplo, de una nueva ley. Se señala que en virtud de "la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, la preparación de un estudio de impacto es una obligación constitucional, cuyo incumplimiento aún no ha sido sancionado por el Consejo Constitucional"; y "la cultura de evaluación de impacto está comenzando a desarrollarse dentro de las administraciones"; junto con el "sesgo y las deficiencias de los estudios de impacto".

en particular los que tienen un impacto en los servicios estatales descentralizados. En dicha Circular se reconoce que, aunque desde la Circular de 17 de julio de 2013 se ha mejorado la calidad de la ley, controlando la inflación normativa y reduciendo los costes relacionados con las obligaciones regulatorias, la evaluación previa de los proyectos de textos reglamentarios debe ser aún más eficiente. Además, se indica que los borradores de textos reglamentarios que tengan un impacto significativo en las empresas y el público deben ir acompañados de una declaración de impacto, mediante la elaboración de una hoja de impacto (*fiche d'impact*) y la consulta al Secretariado General del Gobierno, teniendo en cuenta los ahorros o costes de la regulación. Así se establecen los siguientes umbrales: los textos que puedan generar ahorros o costes anuales de más de 500.000 euros para todas las empresas y más de 10.000 euros (en este último caso para una empresa); o textos que crean o modifican normas aplicables al público o a las asociaciones, se considera que tiene un impacto significativo cuando del texto resultante tenga un coste anual total en ahorros de más de 250.000 euros o más de 1.000 euros por hogar o asociación.

En estos supuestos, la Secretaría General del Gobierno comprobará si el texto ha sido objeto de discusiones previas en el Consejo de la Simplificación para las Empresas (*Conseil de la simplification pour les entreprises*)[451], y, si no es así, el proyecto debe someterse a un procedimiento de evaluación adicional y, en particular, a una "prueba PYME" (*test pyme*), consistente en tener, durante aproximadamente seis semanas, entrevistas, en las Direcciones regionales de empresas, de la competencia, de consumo, de trabajo y de empleo (*Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, DIRECCTE*), a fin de medir la complejidad percibida, estimar el impacto en la actividad (costes, cargas administrativas, etc.) y recopilar las alternativas propuestas por los empresarios para simplificar los mecanismos.

Por último, desde el 1 de noviembre de 2015, deben ser objeto de estudios de impacto los proyectos de ley y los proyectos reglamentarios que tengan consecuencias en las misiones o la organización de los servicios descentralizados del Estado (*missions ou l'organisation des services déconcentrés de l'État*)[452].

451 Creado por el Decreto n.º 2014-11 de 8 de enero de 2014 por el que se instituye el Consejo de la Simplificación para las Empresas (*Décret n° 2014-11 du 8 janvier 2014 instituant le conseil de la simplification pour les entreprises*), *JORF* n°8 du 10 janvier 2014.

452 A estos efectos, se recomienda como buena práctica que los departamentos responsables de elaborar los borradores de textos utilicen la prueba ATE (*test ATE*), que consiste en una herramienta que resulta, en principio, de la decisión del comité interministerial para la modernización de la acción pública del 2 de abril de 2013 y la Circular de 28 de octubre de 2014 relativo al protocolo de relaciones entre administraciones centrales y servicios descentralizados (*relative au protocole des relations entre les administrations centrales et les services déconcentrés*) y su publicidad.

f) El 13 de julio de 2016 la Asamblea General del Consejo de Estado (*assemblée générale du Conseil d'État*), redacta el estudio anual 2016 denominado Simplificación y calidad del derecho (*Simplification et qualité du droit*)[453]. En él se hace una crítica al sistema de calidad normativa y a la simplificación. Al respecto, afirma que existe una política de simplificación, pero es necesario "tiempo, continuidad y voluntad", así como "pragmatismo" de aquellos que la conducen, siendo necesario "no quedarse atrás de los estados vecinos que realmente han tomado en serio esta política." Además, señala la necesidad de una evaluación independiente, transformando al Consejo Nacional de Evaluación de Normas, en un consejo de evaluación individual con tres colegios distintos. Se señala, asimismo, la necesidad de no favorecer un enfoque experimental, teniendo en cuenta el poco efecto del artículo 37-1 de la Constitución, siendo deseable, además, "llevar a cabo más evaluaciones *ex post*", que corrijan los efectos perversos de las disposiciones adoptadas, la asimilación ciudadana en la aplicación cotidiana en su vida y como instrumento que facilite la competencia y el crecimiento.

Finalmente, se precisa un cambio de cultura de todos los actores de la democracia que lleve a una "nueva cultura de responsabilidad compartida". El Consejo de Estado hace en su informe una serie de propuestas, entre las que se encuentra la realización de iniciativas de apoyo para crear las necesarias capacidades de evaluación del Parlamento y una publicación más amplia de los documentos que han de acompañar los textos legislativos y reglamentarios. Un efecto directo de este informe es la aprobación de la Guía Metodológica para calcular el impacto financiero de la nueva reglamentación (*Guide méthodologique pour calculer l'impact financier de la réglementation nouvelle,* 2017)[454]. Esta Guía tiene como objetivo "brindar asistencia a los departamentos ministeriales que realicen trabajos preliminares de evaluación de proyectos de textos reglamentarios", para lo cual facilita "fuentes de datos y métodos para calcular todos los costes y ganancias producidos por las nuevas regulaciones".

En este contexto, debe destacarse la ampliación de la evaluación en cuanto a los impactos que afecten a la discriminación social, mediante la Circular de 2 de mayo de 2016 de la evaluación de impacto sobre la juventud de los proyectos de leyes y textos reglamentarios (*Circulaire n.º 5857/SG 2 mai 2016, evaluation de l'impact sur la jeunesse des projets de lois et de textes réglementaires*), asegurándose, según la propia Circular, que "durante el trabajo de

453 Conseil d'État (2016).
454 Accedido el 24 mayo 2020, de https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cgefi/docs/2017-08_Etude_inflation_normative_guide_methodo.pdf.

evaluación preliminar de un proyecto de ley o texto reglamentario", se lleve a cabo "un análisis sistemático de sus impactos con respecto a los desafíos fundamentales de la igualdad entre todos los jóvenes, la justicia intergeneracional y la no discriminación en el acceso a los derechos y los servicios públicos", siendo este análisis de necesaria inclusión en una dimensión prospectiva de dichas normas.[455]

Por su parte, la aprobación de la Circular del Primer Ministro de 26 de julio de 2017, relacionada con el control del flujo de textos regulatorios y su impacto (*Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact*)[456], instaura la regla uno dentro y dos fuera. A estos efectos, los proyectos normativos deben contar con una hoja de impacto general (*fiche d'impact générale*), junto a una hoja relativa al control del flujo de la regulación (*fiche relative à la maîtrise du flux de la réglementation*). Por último, la Circular señala que hay que tener especial cuidado con la sobrerregulación de la transposición de las directivas comunitarias, prohibiendo, en principio, cualquier medida que vaya más allá de los requisitos mínimos de la misma.

En conclusión, la evolución de la política de calidad normativa en Francia ha sido compleja, ante el peso de una tradición jurídica bastante legalista[457]. En este sentido, los avances realizados en relación con la calidad giran en torno a una gran preocupación por la hipertrofia y complejidad de la regulación (y ello, a pesar del carácter centralizado del Estado francés, en contraposición con Estados descentralizados como el nuestro, con concurrencia de centros productores de normas). Aun así, se han producido avances en la calidad normativa, pues se ha superado la fase experimental, para llegar a una etapa de consolidación, con reconocimiento al máximo nivel de la evaluación de impacto en la Constitución, y su desarrollo por Ley Orgánica. No obstante, el paso del tiempo ha demostrado que dicho reconocimiento tenía bastantes

455 La Circular se remite a un Memento en el cual se desarrolla la evaluación de impacto sobre la juventud [Secrétariat Général du Gouvernement y Ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports (2016) *Mémento L'évaluation de l'impact sur la jeunesse des projets de lois et des textes réglementaires «La clause d'impact jeunesse*», accedido el 22 marzo 2022, de https://jeunes.gouv.fr/IMG/pdf/ClauseImpactJeunesse2016_v5.pdf].

456 *JORF* n°175 du 28 juillet 2017.

457 Afirma el Conseil d'État (2016: 39-41), a estos efectos, que no existe ninguna definición normativa sobre los criterios para determinar la calidad de la ley, sí existen elementos fragmentarios como la definición de codificación (artículo 3 de la Ley n.º 2000.321 de 12 de abril, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones - *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, *JORF* n°88 du 13 avril 2000-). La jurisprudencia, con un carácter particular, ha identificado principios relevantes al respecto como son: accesibilidad, inteligibilidad y normatividad del Estado de Derecho, expectativa legítima, seguridad jurídica y no retroactividad. Todo esto, según el Consejo de Estado, genera, por ejemplo, vaguedad en la articulación entre la simplificación y la calidad de la ley. Además, dicho órgano afirma que en Francia existe una tradición jurídica referida a la claridad formal de la norma, su legibilidad y su comprensión para el máximo número de personas, alejada de la concepción de la calidad de otros países referida a un aspecto más sustantivo como es el caso de Países Bajos o R. Unido, más centrados en aspectos tales como los "efectos de las normas en el individuo o en la actividad económica y en la carga administrativa".

deficiencias, como la no completitud de su aplicación a los distintos proyectos normativos. A esto debemos añadir, por ejemplo, la falta de existencia de una metodología de medición de las cargas administrativas[458], que disminuye el efecto de las reformas efectuadas en el ámbito económico, junto con la falta de planteamiento y de ejecución de distintas metodologías para adoptar las decisiones públicas normativas y una infrautilización de la evaluación posterior[459]. No obstante, Francia tiene, entre sus puntos fuertes, el derecho de acceso a la información[460], a través de herramientas como la plataforma *Légifrance* y los trabajos que ha realizado históricamente en relación con la codificación, impulsados recientemente.

En definitiva, en Francia (como acontece en España), sólo puede reconocerse un avance lento y deficiente de la evaluación de impacto normativo y de su política de calidad normativa, y ello como consecuencia de una concepción tradicional de la decisión pública, que contrasta con los países del *Common Law*.

C) Italia.

En el país transalpino, no ha habido una profesionalización de la función de elaboración de normas, en contraposición con los sistemas anglosajones. Así lo pone de manifiesto Tur Ausina[461] en referencia al llamado *Rapporto Giannini* (1979)[462].

458 Véase Informe del Conseil d'État (2016: 91), que recomienda una definición del método para calcular la carga administrativa y otros costes inducidos por cualquier nuevo estándar de acuerdo con la categoría de los destinatarios. Además, este informe (*op. cit.*, pág. 46) señala que la medición de los efectos de las normas está en una fase embrionaria y limitada a la evaluación de cargas administrativas que conlleva la utilización, al respecto, de la aplicación denominada Herramienta de simulación de la carga administrativa de la regulación (*Outil de simulation de la charge administrative de la réglementation, OSCAR*). No obstante, afirma que existe una falta de reconocimiento y utilización, para lo cual debe tenerse en cuenta no solo los costes, sino sus ingresos. Véase, además, sobre dicha herramienta el informe de la Asamblea Nacional sobre la simplificación legislativa de 9 de octubre de 2014 (*Rapport d'information sur la simplification législative du 9 octobre 2014*) (págs. 36-38). Anteriormente, afirma la OCDE (2008: 52 y 53) que en el año 2005 el país galo había desarrollado los indicadores de complejidad (*indicateur complexité*) "para medir las cargas tanto sobre las empresas como sobre los ciudadanos", a través de un método adaptado al Modelo de Costes Estándar.

459 Afirma el Conseil d'État (2016: 108) que es necesario desarrollar la evaluación *ex post* de textos utilizando cláusulas de revisión (*clauses de réexamen*) para leyes y ordenanzas y articularlas con la evaluación de políticas públicas.

460 Según el Conseil d'État (2016: 69-73) las consultas previas a la adopción de una norma se han extendido a todo el público interesado, en virtud del informe del Consejo de Estado en 2011 denominado Consulta diferente, participa efectivamente (*Consulter autrement, participer effectivement*), y el artículo 16 de la Ley de 27 de mayo de 2011 de simplificación y mejora de la calidad del Derecho nº 2011-521 (*Loi du 27 mai de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF* n°115 du 18 mai 2011).

461 R. Tur Ausina (2009), «Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 103-132 (págs. 114-121).

462 *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, accedido el 2 mayo 2020, de http://www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf. Además, debe aludirse al informe de la Comisión *Barettoni Arleri,* (1981) sobre la factibilidad y aplicabilidad de las leyes y la Subcomisión Cassese, creada en 1983, con la finalidad de otorgar una mayor racionalización al proceso normativo: véase Commissione Barettoni-Arleri (1983), *Fattibilità ed applicabilità delle leggi: relazione conclusiva della Commissione di studio per la semplificazione delle procedure e la fattibilità ed applicabilità delle leggi consegnata dal suo Presidente Alberto Barettoni Arleri al Ministro per la funzione pubblica e da questi presentata ai due rami del Parlamento,* Rimini: Maggioli. Sobre la factibilidad, téngase en cuenta

La mejora regulatoria (*Migliore regolamentazione, MIR*) ha sido, así, un objetivo público con un desarrollo pausado, en el que han cobrado importancia elementos parciales como la simplificación administrativa[463], a modo de reacción a las cargas regulatorias y burocráticas que lastraban la competitividad de la económica nacional, dentro de un contexto legal formalista y profuso en su regulación y con la existencia de distintos centros productores normativos[464]. No existía, por tanto, una verdadera política regulatoria, y no es hasta mediados de los años noventa del siglo pasado, cuando se plantea la necesidad de instaurar una política de calidad normativa cuyo epicentro se sitúa en el análisis de impacto de la regulación[465].

Desde esta perspectiva, el análisis de impacto normativo adquiere carta de naturaleza a partir de 1999 con la implantación del denominado análisis de impacto de la regulación (*Analisi d'impatto della regolamentazione, AIR*), recogido en el artículo 5 de la Ley n.º 50 de 1999, de Delegación y textos únicos de normas relativas a procedimientos administrativos-Ley de simplificación de 1998 (*Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998*)[466], abriéndose una fase de experimentación en relación con la evaluación de impacto normativo denominada *la sperimentazione*[467]. En esta fase, la calidad de la regulación, según Francesconi[468], se hace depender "de la correspondencia

Montoro Chiner (1989: 73-110).

463 Véase OCDE (2013 a), *Better Regulation in Europe. Italy*, Paris: OCDE Publicaciones (pág. 16), que focalizaba las estrategias de reforma regulatoria, entre otros aspectos, en la simplificación normativa, haciendo hincapié en la *cláusula guillotina* introducida por la Ley de Simplificación de 2005. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación de las normas italianas referidas a la producción normativa como pueden ser, por ejemplo, la Constitución (*Costituzione della Repubblica Italiana*) (artículos 71, 72, 74, 76, 77, 81, 87, 89, 92, 93, 94, 95, 96, 100 y 117), el Código Civil (*Codice Civile*) (artículos 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12, 14 y 15) y la Ley de 23 de agosto de 1988, n.º 400 de Disciplina de la actividad del Gobierno y ordenamiento de la Presidencia del Consejo de Ministros (*Legge 23 agosto 1988, n. 400 Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, *GU* n. 214 del 12-09-1988) (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 17 bis, 19 y 23). Cabe destacar el artículo 97 de la Constitución, que recoge una serie de principios que rige la Administración entre ellos el de buen funcionamiento (*buon andamento*). En relación con el mismo, véase A. Cerri (2013), «Imparzialita e buon andamento della p.a.», *Diritto on line,* accedido el 1 mayo 2020, de http://www.treccani.it/enciclopedia/imparzialita-e-buon-andamento-della-p-a_(Diritto-on-line)/ y en relación con la jurisprudencia existente sobre el principio de buen funcionamiento de la Administración, véase lo establecido, al respecto, por L. Iannuccilli y A. de Tura (2009), *Il principio di buon andamento dell'Amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, accedido el 1 mayo 2020, de https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf.

464 Así lo establecen F. Bassanini, S. Paparo y G. Tiberi (2005), «Qualità della Regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione», *Astrid-Rasegna*, 11 (págs. 8 - 10), accedido el 9 febrero 2020, de https://www.bassanini.it/wp-content/uploads/2013/10/Qualit%C3%A0-della-regolazione-una-risorsa-per-competere.pdf.

465 C. M. Radaelli (2001), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Catanzaro: Rubbettino (pág. 19).

466 *GU* n.70 del 25-03-1999.

467 Véase, a estos efectos, lo contenido en Senato della Repubblica (Servizio per la qualità degli atti normativi) (2008), *Novità in tema di Analisi di impatto della regolamentazione*, accedido el 9 febrero 2020, de https://www.senato.it/documenti/repository/dossier/drafting/2008/dossier_2.pdf.

468 A. Francesconi (2006), «Legistica e altri approcci al miglioramento della regolazione», en A. Febbrajo, A. La Spina y M. Raiteri (eds.), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia* (págs. 69-76), Macerata: Giuffrè (págs. 72 y 73).

de los efectos para el legislador, de la prevalencia de los beneficios sobre los costes que recaen sobre los destinatarios, de la ausencia de consecuencias no deseadas y efectos secundarios", mostrándose el carácter "innovador del análisis del impacto de la regulación" respecto a la tradición normativa italiana.

De esta forma, el referido artículo 5, en su apartado 1, exige la ordenación del análisis de impacto de la regulación, a través de un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, estableciendo un plazo para su aprobación (a los 60 días a partir de la vigencia de dicha Ley), y debiendo concretarse, con carácter experimental, los tiempos y la forma de realizar dicho análisis sobre la organización de las Administraciones públicas y la actividad de la ciudadanía y empresas, dentro del esquema de la norma adoptada por el Gobierno y de la regulación ministerial o interministerial.

Además, el apartado 2 de dicho artículo disponía que la Comisión parlamentaria competente podría requerir un informe que contuviera el análisis de impacto de la regulación en relación con el examen de la norma y el proyecto de ley, con el propósito del desarrollo de la actividad legislativa[469]. Esto se hacía con la clara intención de que las comisiones parlamentarias solicitaran al Gobierno los elementos informativos sobre el impacto del proyecto regulatorio pendiente de examen.

En desarrollo de la previsión de la Ley n.º 50 de 1999, acerca de la experimentación del análisis de impacto de la regulación, se aprobó, a continuación, la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2000 denominada Análisis técnico normativo y análisis de impacto de la regulación (*Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000, Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione*)[470], seguida de una Guía de experimentación del análisis del impacto regulatorio [*Circolare 16 gennaio 2001, n. 1*

469 En relación a las fuentes del Derecho en Italia, véase N. Zanon (2003), «Ley y Reglamento en Italia», en S. Rosado Pacheco (coord.), *Derecho comparado sobre ley y reglamento* (págs. 151-168), Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, que afirma que son: la Constitución, las leyes constitucionales, la ley estatal ordinaria, el decreto-ley, los decretos legislativos, los reglamentos (parlamentarios y otros órganos constitucionales, gubernativos, ministeriales y de otras autoridades administrativas), los Estatutos y los reglamentos de los Entes Locales.
470 *GU* n. 118 del 23-5-2000.

Guida alla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)] [471], predispuesta dentro del núcleo para la simplificación de la norma y del procedimiento (que había sido establecida por el artículo 3 de la Ley n.º 50 de 1999), con la conformidad del Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos (*Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, DAGL*) de la Presidencia del Consejo, y, el apoyo del Departamento de la Función Pública, en colaboración con el Departamento de Asuntos Económicos. El resultado de todo esto fue la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 2001, sobre la experimentación del análisis de impacto de la regulación sobre ciudadanos, empresas y Administración Pública (*Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 settembre 2001 sulla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni*)[472], que determina, también, el comienzo en la aplicación de la evaluación *ex post* del instrumento para la verificación del impacto de la regulación (*verifica di impatto della regolazione, VIR*)[473].

La primera directiva señalada distinguía el denominado análisis técnico-normativo (*analisi tecnico-normativa, ATN*) y el análisis de impacto de la regulación (*analisi di impatto della regolazione, AIR*). La segunda directiva, de 2001, plantea el objetivo de la extensión del análisis de impacto de la regulación a la total actividad normativa del Gobierno, desplazando su realización a los distintos ministerios (también sobre la base de un programa de reciclaje de sus empleados), excepción hecha de la función de coordinación del Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos de la Presidencia del Consejo; en este sentido, se plantea dirigir la experimentación también hacia la definición del "primer modo de seguimiento y verificación *ex post* del impacto de la regulación, de su grado de aplicación y de su eficacia respecto al objetivo prefigurado con el análisis de impacto de la regulación"; además, se pone el acento en

471 *GU* n. 55 del 7-3-2001. El Gobierno italiano asociaba el ejercicio del análisis de impacto de la regulación con la aplicación del método análisis coste beneficio, véase al respecto S. Momigliano y F. G. Nutti (2001), *La valutazione dei costi e dei benefici nell'analisi dell'impatto della regolazione. Analisi e strumenti per l'innovazione gli approfondimenti*, Soveria Mannelli: Rubbettino y Presidenza del Consiglio dei ministri. Véase, asimismo, lo establecido en el documento denominado Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) (2013), *Strumenti per il ciclo della regolazione* (págs. 156-180), accedido el 1 mayo 2020, de http://www.qual tanormazione.gov.it/uploads/download/file/270/Strumenti_per_il_ciclo_della_regolazione.pdf, donde indica las técnicas de evaluación más utilizadas: análisis de costes de conformidad, análisis de las cargas administrativas (*oneri amministrativi*) a través del Modelo de Costes Estándar, análisis coste-eficacia, análisis coste-beneficio, análisis del riesgo, análisis riesgo- riesgo, análisis multicriterio y enfoque contrafactual y métodos no experimentales (en la pág. 50 se establece un cuadro con cada uno de ellos, indicando su descripción, ventajas, desventajas e indicadores sintéticos). La elección de dicho método (pág. 152) debe equilibrar varios aspectos relacionados no solo con el impacto de la norma, sino, también, con el contexto en en el que actúa y la solicitud de formulación de las políticas al respecto. Entre los principales factores que hay que tener en cuenta en dicha elección se incluyen las necesidades identificadas, los objetivos específicos de la intervención, el contexto socioeconómico, su contribución con respecto a la situación de no hacer nada, los datos necesarios para la aplicación de la evaluación y los recursos económicos y el tiempo necesario para realizarlo.

472 *GU* n. 249 del 25-10-2001.

473 Coincide con la XIV legislatura que abarca desde el 30 de mayo de 2001 al 27 de abril de 2006.

el desarrollo de las formas de coordinación institucional entre el Gobierno y el Parlamento en materia de análisis de impacto de la regulación, determinándose que la guía estratégica de la experimentación es atribuida a un Comité de Dirección (compuesto por distintos miembros del poder ejecutivo, y presidido por el Ministro de la Función Pública), con el objetivo último de la redacción de un manual de buenas prácticas para su realización.

De otra parte, se acentúa la necesidad de incidir sobre la formación, redacción y, en definitiva, la técnica normativa, aprobándose sendas Circulares de la Presidencia del Consejo de Ministros: la primera de 20 de abril de 2001, n.º 1.1.26/10888/9.92, de Reglas y recomendaciones para la formulación técnica de textos legislativos (*Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 20 aprile 2001, N. 1.1.26/10888/9.92. Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*)[474], sustituyendo a la anterior de fecha 24 de febrero de 1986 dentro de un contexto de calidad normativa y de administración electrónica, y la segunda de 2 de mayo de 2001, n.º 1/1.1.26/10888/9.92, de Guía para la redacción de textos normativos (*Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001, N. 1/1.1.26/10888/9.92 Guida alla redazione dei testi normativi*)[475].

El Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 23 de julio de 2002 de Ordenación de la estructura general de la Presidencia del Consejo de Ministros (*Ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei Ministri*)[476], determina, en su artículo 17, las funciones de coordinación del Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos, incluyendo cuestiones como "la elaboración de metodologías en materia de análisis de impacto de la regulación", o "aplicar la revisión técnica formal de la legislación y establecer las reglas técnicas de preparación del mismo, realizar el análisis y hacer propuestas de revisión y simplificación de la legislación existente".

Sin embargo, este proceso de introducción de la evaluación de impacto normativo en Italia

474 *GU* n. 97 del 27-4-2001.

475 *GU* n. 101 del 3-5-2001. Al respecto, se puede señalar en el ámbito parlamentario, la Circular del Presidente de la Cámara de Diputados de 20 de abril de 2001, reglas y recomendaciones para la formulación de los textos legislativos (*Lettera circolare sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*), cuya traducción al español podemos encontrar en Senado (2008), *Técnica Normativa en la Unión Europea II*, F. Sanatolalla López (ed.) (págs. 1087-1109), Madrid: Secretaría General del Senado. También, el Senado italiano tiene otra Circular del Presidente del Senado al respecto (*Circolare del 20 aprile 2001 del Presidente del Senato sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*).

476 Actualmente, se encuentra regulado en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 1 de octubre de 2012 (*Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° ottobre 2012*), *GU* n. 288 del 11-12-2012*,* concretamente el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos se regula en su artículo 28.

es considerado por parte de la doctrina como irreal, ya que, según La Spina (2002)[477], fue un proceso adoptado por los asesores más cercanos al Primer Ministro y tomado, sin más, del proceso de difusión de mejora regulatoria que estaba llevando a cabo la OCDE[478], sin que se produjesen las actuaciones públicas necesarias para que este proceso impregnase en el ordenamiento jurídico italiano y el ejercicio del poder público. En definitiva, supone una mera traslación de la corriente de opinión y doctrinal que imperaba en dicha organización supranacional, sin que se produjera la adaptación adecuada para una institucionalización e implementación apropiada de la evaluación de impacto normativo en el ordenamiento italiano.

Así, Radaelli[479] establece que no hay difusión del discurso de la evaluación de impacto normativo ni de convergencia en las prácticas de dicha evaluación. Los sistemas de esta evaluación a través de la OCDE difieren en varios aspectos: en cuanto a su lógica (agencias de control o los departamentos de control, sistema de dirección de gobierno del Primer Ministro), los interesados, el principal objetivo político (la desregulación, la calidad reguladora, competitividad internacional, la simplificación) y los modelos de gobernanza perseguidos por aquellos que impulsan las reformas regulatorias.

Con posterioridad, la Ley de 29 de julio de 2003, n.º 229 de Intervenciones en materia de calidad de la regulación, reordenación normativa y codificación -Ley de simplificación 2001 (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001*)[480] ha generalizado el análisis de impacto de la regulación por parte de las Autoridades Independientes, señalando el artículo 12 (sobre "Análisis de impacto de la función de supervisión y regulación de las autoridades administrativas independientes") distintos aspectos que deben destacarse: en primer lugar, la autoridad administrativa independiente, con funciones de control, supervisión y regulación, deberá adoptar formas o métodos de análisis del impacto regulatorio para la promulgación de actos de su competencia (*l'emanazione di atti di competenza*) y, en particular, de los actos administrativos generales, de programación o planificación, y, en todo caso, de las regulaciones.

En segundo lugar, las autoridades administrativas independientes deberán presentar al

477 A. La Spina (2002), «Expectations, process and outcome in the transfer of RIA; The Italian case, Paper delivered to the workshop on RIA in comparative perspective», *Future of Governance Programme of the ESRC*, Londres: Carr-Lse.
478 OCDE (2001 a). *Better regulation in Europe: Italy*, París: OCDE Publicaciones.
479 C. M. Radaelli (2005), «What Does Regulatory Impact Assessment Mean in Europe?», Joint Center (págs. 18 y 19), accedido el 9 febrero 2020, de https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/22912/Radaelli%20regulatory_impact_assessment_Europe.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
480 *GU* n. 196 del 25-08-2003. Afirma la OCDE (2008: 83) que esta Ley de simplificación establece, por ejemplo, la introducción del silencio positivo o la notificación del inicio de la actividad como práctica general.

Parlamento los informes de análisis de impacto de las regulaciones hechas por ellos.

La fase de experimentación en Italia concluye con la aprobación de la Ley de Simplificación y reorganización normativa para el año 2005 (*Legge 28 novembre 2005, n. 246 Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*)[481], que puede considerarse un punto de inflexión, al proporcionar una estructura sistemática y generalizada de la aplicación de la mejora de la regulación. Así, el artículo 14, apartados 1 a 11 de dicha Ley ha cambiado significativamente el marco regulatorio nacional del análisis de impacto de la regulación, en pro de una aplicación general de dicho análisis a todos los actos normativos del Gobierno, excepto en los casos expresamente excluidos. Pero, además, establece un instrumento de simplificación regulatoria en los apartados 12 y siguientes, la guillotina legislativa, para eliminar las leyes que estaban obsoletas y no eran útiles (denominada *taglia-leggi*)[482]. Además, como elemento accesorio dentro del análisis de impacto de la regulación, se contempla la evaluación *ex post* de la regulación, conectada a la verificación del impacto de la regulación.

De otra parte, se produjo la adaptación del modelo de costes estándar holandés, en un primer proyecto piloto desde junio de 2005 hasta noviembre de 2006, denominado Medición de Cargas Administrativas (*Misurazione degli Oneri Amministrativi, MOA*)[483] y se aprueba el Plan de Acción para la Simplificación y la Calidad Normativa (*Piano di azione per la Semplificazione e la Qualità della Regolazione*) el 15 de junio de 2007[484].

Por otro lado, este marco normativo es objeto de desarrollo por las distintas normas, destacando, entre otras: la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 10 de septiembre de 2008 [*Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 settembre 2008 Tempi e modalità di effettuazione dell'analisi tecnico-normativa (ATN)*], en la que se establece

481 *GU* n. 280 del 1-12-2005. Sobre la Ley 246 del 2005, véase A. A. Martino (2008), «Como trata Italia de resolver el tema del Digesto», *AR: Revista de Derecho Informático*, 121, que critica la redacción de dicha Ley, que contiene "un solo artículo y 612 incisos", "dando así un pésimo ejemplo de redacción legislativa". No obstante, esta norma, según la OCDE (2008: 85) "reguló los acuerdos entre el gobierno central y las regiones" con la finalidad de facilitar su coordinación en relación con las formalidades administrativas a cumplimentar por las empresas y los procedimientos al respecto.

482 F. P. Griffi (2007), *Le politiche della qualità della regolazione in Italia*, en Relazione al Convegno OECD-Formez, Roma (pág. 5), accedido 9 febrero 2020, de http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PATR/PATRONI-GRIFFI-Regolaz.pdf. Al respecto, la OCDE (2013 a: 16) afirma que con dicha cláusula se han revocado más de 200.000 leyes. Sobre el procedimiento de guillotina legislativa, véase Senato della Repubblica y Camera dei Deputati (2013), «Semplificazione normativa e "taglia-leggi" Le Relazioni della Commissione parlamentare per la semplificazione nella XVI legislatura», *Documentazione di commissione*, 10 (págs. 13-18).

483 Véase L. Cavallo, G. Coco y M. Martelli (2009), «Evaluating Administrative Burdens through SCM: Some Indications from the Italian Experience», *Working Paper Southern Europe Research in Economic Studies (Università degli Studi di Bari)*, 23. Véase, también, OCDE (2013 a: 93-95).

484 Accedido el 1 mayo 2020, de http://www.consiglio.regione.toscana.it:8085/leggi-e-banche-dati/Oli/Corso-qualita-normaz-UNIFI/CORSO%202007-200 8/05-LEZ-29-feb-08/Piano-az-semplif-qual-regolaz.pdf. Sobre el mismo, véase Sánchez Hernández (2009).

el tiempo y modalidad de realización del Análisis Técnico Normativo.

Además, hay que tener en cuenta el desarrollo de la Ley de 2005, n.º 246, concretamente de su artículo 14.5, a través del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 11 de septiembre de 2008, n.º 170, denominado Reglamento por el que se establecen normas para la aplicación del análisis de impacto de la regulación (*Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 settembre 2008, n. 170 Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi d'impatto della regolamentazione, AIR).* El artículo 10 del Decreto regula la verificación del impacto de la regulación, reconociéndole la mencionada accesoriedad.

Junto a ello, ha existido un desarrollo paulatino de la evaluación *ex post* por parte del Gobierno italiano, situándose como uno de los referentes a nivel europeo en dicha evaluación.

Posteriormente, la aprobación del Decreto-ley de 25 de junio de 2008, n.º 112, Disposiciones urgentes para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, la estabilización de las finanzas públicas y la nivelación fiscal (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*)[485], convertido en Ley el 6 de agosto de 2008, n.º 133[486], establece la necesidad de elaborar y aprobar un programa para la medición de cargas administrativas derivadas de la obligación de información en asuntos encomendados al Estado (art. 25)[487].

Asimismo, como desarrollo de lo establecido en el artículo 14 de la Ley de 2005, n.º 246, se aprueba, también, la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 26 de febrero de 2009, instrucción de las normas del Gobierno (*Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2009 Istruttoria degli atti normativi del Governo*), en la que se disciplina el procedimiento de aprobación por el Consejo de Ministros de los actos normativos de cualquier nivel, no como un proceso burocrático, sino como un proceso de formación real de la voluntad normativa del Gobierno, proporcionando una imagen sistemática de las normas y procedimientos que debe seguir el Gobierno para asegurar la actividad reguladora de calidad y garantizar la implementación del programa de Gobierno. En la instrucción del procedimiento, destacan los distintos informes que constituyen herramientas fundamentales para garantizar la

485 *GU* n. 147 del 25-06-2008.
486 *GU* n. 195 del 21-08-2008.
487 Como ejemplo, se puede señalar el Programa Trianual de cargas regulatorias de 28 de mayo de 2014 (*Programma triennale oneri regolatori* o *Programma di misurazione e riduzione degli oneri regolatori*), accedido el 23 enero 2022, https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Semplificazione/MisurazioneOneri/-programma%20triennale%20oneri%20regolatori_28maggio2014.pdf.

calidad de la regulación que son: el informe ilustrativo (relazione illustrativa), el informe técnico (informe técnico-financiero) [*relazione tecnica (relazione tecnica-finanziaria)*], el informe sobre el análisis técnico normativo (*relazione sull'analisi tecnico-normativa, ATN*), el informe sobre el análisis de impacto de la regulación (*relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione, AIR*) y de la verificación del impacto de la regulación (*verifica dell'impatto della regolamentazione, VIR*)[488].

Con todo, el hito fundamental en esta evolución es, en mi opinión, la aprobación, por parte del Presidente del Consejo de Ministros, del Decreto de 19 de noviembre de 2009, n.º 212, Reglamento que establece las normas para la verificación del impacto de la regulación [*Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 novembre 2009, n. 212 Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)*] [489] , de conformidad con la habilitación del artículo 14.5 de la Ley de 28 de noviembre de 2005, n.º 246, dando solución de continuidad a este instrumento, previendo la "evaluación de la consecución de los fines previstos y la estimación de los costes y efectos producidos por las normas sobre las actividades de los ciudadanos, las empresas y la organización y el funcionamiento de las Administraciones Públicas". Así, se estableció que, como regla general, dicha evaluación se llevaría a cabo por el órgano del cual parte la iniciativa normativa sobre los actos normativos sobre los que se realizó el análisis de impacto de la regulación, como el complemento necesario de esta para asegurar el ciclo de la evaluación de la regulación (*ciclo di valutazione della regolazione*). Incluso se contempla la posibilidad de realizar dicha verificación del impacto de la regulación, aunque no se haya realizado previamente en los supuestos de decretos legislativos y leyes que hayan convalidado un decreto-ley, y cuando sea solicitado por determinados órganos como, por ejemplo, las Comisiones Parlamentarias y el Consejo de Ministros. En contraposición, se establece una serie de supuestos[490] en los cuales se puede solicitar la exención de su realización ante el Consejo de Ministros, que siempre motivará la decisión.

La verificación del impacto de la regulación se plasma en un informe (*relazione VIR*), cuyo contenido se encontraba establecido en el artículo 3 del Decreto, en clara conexión con el análisis de impacto de la regulación, teniendo en cuenta, especialmente, la posibilidad de evitar

488 Para un mayor conocimiento, véase apartados 2.2.1 a 2.2.5 de dicha Directiva.
489 *GU* n. 24 del 30-1-2010.
490 En el apartado 3 de dicho artículo se establecen los supuestos de excepción que responden a conceptos jurídicos indeterminados, faltos de concreción. Así, se establece en los supuestos en que la intervención reguladora y sus efectos son de una complejidad peculiar y en aquellos en donde la verificación no parece justificada por la naturaleza o el contenido del acto normativo en cuestión.

los déficits de implementación y de cumplimiento. Así, su contenido recogerá: los fines conseguidos (previamente determinados en el análisis de impacto de la regulación); costes y efectos sobre la ciudadanía, empresas y Administraciones Públicas, nivel y circunstancias de su cumplimiento por sus destinatarios; problemas (haciendo especial hincapié en los de implementación) y trazabilidad de la norma; efectos, tanto positivos como negativos, de la simplificación normativa y administrativa; así como las consecuencias de su congruencia con las propias del programa político gubernamental[491]. Este informe es enviado a la Presidencia del Consejo de Ministros, que lo remite al Parlamento, demostrándose la clara transmisión de la información entre dos poderes públicos del Estado, en una suerte de colaboración para un fin común como es la adecuación y demostración de que el instrumento normativo sirve para lo cual se propuso[492]. Sin perjuicio de esto, existe una clara conexión entre este instrumento de la mejora regulatoria y el principio de publicidad, ya que quien realizó la verificación del impacto de la regulación se encargará de darle la publicidad adecuada al informe, especialmente a través de medios electrónicos.

Junto a ello, debe mencionarse que el impacto presupuestario de las normas se regula en el artículo 17 de la Ley de 31 de diciembre de 2009, n.º 196 de Contabilidad y Finanzas Públicas (*Legge 31 dicembre 2009, n. 196 Legge di contabilità e finanza pubblica*)[493].

De otra parte, aprovechando la aprobación de la Ley de 11 de noviembre de 2011, n.º 180, Norma para la tutela de la libertad de empresa. Estatuto de sociedades (*Legge 11 novembre 2011, n. 180, Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*) [494] dirigida fundamentalmente, a las empresas, se aprueban tres artículos de capital importancia para la mejora regulatoria o calidad de la regulación (*qualità della regolazione*), en particular los artículos 6, 7 y 8[495]. En primer lugar, el artículo 6, referido al procedimiento de evaluación,

491 Adjunto a dicho Decreto, concretamente en su Anexo A (*Allegato A*), se contiene el cuadro, al estilo de una lista de comprobación, de la metodología de redacción de la primera *verificación del impacto de la regulación*. En los análisis posteriores al primero que se realizase, se establecía que podían redactarse de forma simplificada, de conformidad con su artículo 5.2.

492 En dicho proceso tiene una actuación importante el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos realizando una función de supervisión sobre la adecuación del contenido del informe, pudiendo pedir las aclaraciones y adicciones que estime conveniente, incluso realizando comentarios técnicos.

493 *GU* n. 303 del 31-12-2009. Dicho precepto es desarrollado por la Circular del Ministerio de Economía y Finanzas, Departamento de Contabilidad General del Estado, de 13 septiembre de 2010, n. 32, Informe técnico - cumplimientos requeridos por dicho precepto (*Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato 13 settembre 2010, n. 32 Relazione tecnica –adempimenti previsti dalle legge 31 dicembre 2009, n. 196 art. 17*), accedido el 14 noviembre 2021, de https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2010/Circolare_del_13_settembre_2010_n_32.pdf.

494 *GU* n. 265 del 14-11-2011.

495 Otro precepto importante es el artículo 17 para tener en cuenta el impacto de la regulación en la micro, pequeña y mediana empresa.

determina el ámbito subjetivo de la obligación de evaluación de impacto afectando al Estado, Regiones, Autoridades locales y organismos públicos. El objeto de dicha evaluación se sitúa en las iniciativas legislativas y regulatorias, también de naturaleza fiscal, sobre empresas, antes de su adopción, a través de la integración de los resultados de la evaluación en la formulación de propuestas; la aplicación efectiva de la disciplina a que se refieren los párrafos 1 y 4 del artículo 14 de la Ley 28 de noviembre de 2005, no. 246, relativo al análisis de impacto de la regulación y a la verificación del impacto de la regulación, para lo cual se modificó dicha regulación; y la aplicación de los criterios de proporcionalidad y, en el caso de que se produzca una lesión excesiva para las empresas, realizar un ejercicio de graduación con motivo de la introducción de nuevos requisitos y cargas para las mismas, teniendo en cuenta su tamaño, el número de empleados y el sector de actividad del producto. En todo caso, se exige la consulta a las organizaciones empresariales más representativas antes de la aprobación de una propuesta normativa.

En segundo término, el artículo 7 establece una serie de medidas a adoptar que tiene como finalidad la reducción de la carga informativa (*oneri informativi*) para la ciudadanía y empresas, a través de su adecuada visibilidad (incluyéndose en un anexo la relación de dicha carga, el informe anual del estado de implementación de las medidas al respecto y su adecuada consulta). Por su parte, el artículo 8, relativo a la compensación de las cargas regulatorias, de información y administrativas, establece la regla *one-in and one-out*, para que se reduzcan o eliminen cargas administrativas, por una cantidad igual estimada a la creada referido al mismo lapso de tiempo). Para ello, se presentará un informe a 31 de enero de cada año a la Presidencia del Consejo de Ministros con respecto a las cargas administrativas eliminadas e introducidas en el año anterior en la normativa (ya sean propias como europeas). En virtud de dichos informes, el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos prepara otro informe anual sobre el resultado final de la cargas eliminadas o introducidas, previa consulta a las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas. Sobre las cargas administrativas, y como desarrollo al artículo 7.2 de la Ley 11 de noviembre de 2011, n.º 180, se aprueba el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2012, n.º 252 Reglamento que contiene los criterios y la modalidad para la publicación de los actos y archivos adjuntos a la lista de cargas introducidas y eliminadas (*Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 novembre 2012, n. 252 Regolamento recante i criteri e le modalità per la pubblicazione degli atti e degli allegati elenchi degli oneri introdotti ed eliminati*)[496]. En dicho Decreto se define qué se entiende por

496 *GU* n. 29 del 4-2-2013.

carga administrativa[497], respondiendo a la definición recogida en el Modelo de Costes Estándar de creación holandesa. Además, el 25 de enero de 2013 se aprueban por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros los criterios para realizar la estimación de los costes administrativos a que se refiere el artículo 14.5 bis de la Ley n.º 246 (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 25 gennaio 2013*, Criteri per l'effettuazione della stima dei costi amministrativi di cui al comma 5-bis dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, GU* n. 89 del 16-4-2013) de conformidad con el artículo 6.3 de la Ley de 11 de noviembre de 2011, n.º 180.

De otra parte, en este movimiento de reforma regulatoria, debe destacarse la preocupación por la transparencia, conectada a la aprobación del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2013, n.º 33 de Reorganización de la disciplina sobre el derecho de acceso cívico y las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de la información por parte de las Administraciones Públicas (*Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*)[498], que señala, entre otros aspectos, la obligación de publicidad activa de la normativa en los sitios institucionales con el correspondiente enlace a la base de datos Normativa contenida en su artículo 12, sin perjuicio de la publicación de las disposiciones en el Diario Oficial de la República Italiana (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*)[499]. Además, en su apartado 1-bis se establece la obligación de publicar un cronograma en la web institucional donde se indiquen las fechas efectivas de las nuevas obligaciones administrativas introducidas, con la necesidad de comunicación puntual y publicación en la web institucional específica.

A lo anterior, hay que resaltar la regulación del artículo 34 (actualmente derogado) sobre transparencia de las cargas administrativas, imponiéndose la obligación de las Administraciones de incluir una lista de todas las cargas administrativas, sobre la ciudadanía y empresas que eran introducidas o eliminadas con los reglamentos ministeriales o interministeriales y con las medidas administrativas generales adoptadas al regular el ejercicio de los poderes de

497 En el artículo 1.3 se define como carga administrativa "cualquier cumplimiento previsto para cierta categoría de ciudadanos o empresas o para la generalidad de ellos", con la finalidad de "recopilar, procesar, almacenar, producir y transmitir datos, noticias, comunicaciones, informes, declaraciones, solicitudes y documentos a las Administraciones Públicas del Estado, como también a solicitud de estos últimos, en ciertos plazos o con intervalos periódicos. No están incluidos en las cargas las obligaciones fiscales, ni las derivadas del ajuste de comportamientos, procesos productivos o productos".

498 *GU* n. 80 del 5-4-2013.

499 Ley 11 de diciembre de 1984, n.º 839 Normas sobre la Recopilación oficial de actos normativos de la República italiana y sobre el Diario Oficial de la República Italiana (*Legge 11 dicembre 1984, n. 839 Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, GU* n. 345 del 17-12-1984).

autorización, concesión y certificación, así como en el acceso a los servicios públicos y la concesión de beneficios.

En junio de 2013 finaliza la revisión del informe emitido por la OCDE sobre la mejora regulatoria en Italia[500], destacando el alto grado de complejidad de la normativa por la estructura descentralizada del Estado, haciéndose necesaria una adecuada coordinación para evitar la fragmentación y preservar la coherencia política. En esta línea se sitúan iniciativas como la determinación de una fecha única de eficacia de las obligaciones (*data unica di efficacia degli obblighi*) del artículo 29 del Decreto-ley de 21 de junio de 2013, n.º 69 (*Decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69*), convertido en Ley de 9 de agosto de 2013, Disposiciones urgentes para reactivar la economía (*Legge 9 agosto 2013 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*) [501] , estableciendo que los actos reglamentarios gubernamentales y actos administrativos generales de las Administraciones estatales, organismos públicos nacionales y organismos referidos en el Decreto Legislativo de 30 de julio de 1999, n.º 300, tienen como fecha efectiva de las obligaciones introducidas en los procedimientos administrativos para la ciudadanía y las empresas el 1 de julio o el 1 de enero tras su entrada en vigor, sin perjuicio de las excepciones que se pueden establecer atendiendo a dos supuestos: la existencia de requisitos particulares que exijan la celeridad de la acción administrativa (concepto jurídico bastante amplio, en el cual cabría una multiplicidad de casos) y la necesidad de implementar rápidamente los actos de la Unión Europea.

El impulso de la administración electrónica, a través del desarrollo del portal *Normattiva*, se produce con el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 2015 de Disciplina del programa de formas organizativas y métodos operativos de las actividades relacionadas con dicho portal, en aplicación del artículo 1,310 de la Ley de 27 de diciembre de 2013, n.º. 147 (Ley de Estabilidad 2014) [*Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 settembre 2015 Disciplina del programma delle forme organizzative e delle modalità di funzionamento delle attività relative al portale «Normattiva» in attuazione dell'articolo 1, comma 310, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014*)][502]. Se establecía, así, una base de datos pública creada con la finalidad de facilitar la búsqueda y consulta gratuita por parte de la ciudadanía de la legislación vigente, proporcionando las herramientas necesarias

500 OCDE (2013 a).
501 Publicados, respectivamente, en *GU* n. 144 del 21-6-2013 y n. 194 del 20-8-2013. Además, a partir de esta norma se aprueba el 28 de mayo de 2014 un nuevo programa de medición y reducción de cargas regulatorias (*Programma di misurazione e riduzione degli oneri regolatori*), produciéndose una ampliación del ámbito objetivo de aplicación, yendo más allá de las cargas administrativas.
502 *GU* n. 217 del 18-9-2015.

para la reorganización regulatoria[503].

Con posterioridad, la regulación del análisis de impacto de la regulación y la verificación del impacto de la regulación se unifican en una sola norma, sin perjuicio, además, de dar una mayor cabida a la participación en dichos procedimientos y la utilización de estos instrumentos no solo respecto de la normativa nacional, sino, también, de la normativa de la Unión Europea que afecte a Italia, concretándose los cauces para recabar la opinión nacional al respecto[504]. Junto con esto, se recoge de forma expresa la planificación de las actividades reguladoras (artículo 4) y la necesaria comunicación al Parlamento del estado de aplicación del análisis de impacto de la regulación y la verificación del impacto de la regulación, a través de un informe anual, evidenciándose la necesaria relación estrecha que deben tener los poderes públicos del Estado en aras de la gobernanza regulatoria (artículo 19). Todo esto se plasma en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 15 de septiembre de 2017, n.º 169, Regulación por la que rige el análisis de impacto de la regulación, la verificación de impacto regulatorio y la consulta (*Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*)[505].

Esta regulación tiene como ámbito subjetivo de aplicación a las Administraciones estatales, salvo las autoridades administrativas independientes, y tiene como objeto la normación de tres instrumentos que conforman el enfoque circular de la regulación (el análisis de impacto de la regulación, la verificación del impacto de la regulación y la consulta, pero tratando esta última no de forma singular, sino en relación con las dos anteriores)[506].

503 La cobertura financiera para la gestión e implementación de dicho portal se encontraba determinada en el artículo 107 de la Ley de 23 de diciembre de 2000, n.º 388, de Disposiciones para la formación del balance anual y plurianual del Estado (Ley Financiera 2001) [*Legge 23 dicembre 2000, n. 388, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)"*], *GU* n. 302 del 29-12-2000.

504 La preocupación por la participación, en fase ascendente, de Italia en los asuntos de la Unión Europea de su influencia se plasma en la aprobación el 24 de diciembre de 2012, de la Ley n.º 234 denominada Norma general sobre la participación de Italia en la formación y actuación de la normativa y de la política de la Unión Europea *(Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, GU* n. 3 del 4-1-2013), determinando los procedimientos y la organización necesaria para hacer valer la opinión de los interesados en aquello que les afecte. Además, atendiendo al principio de proporcionalidad en relación con los contenidos de la normativa europea, se aprueba la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de enero de 2013 denominada Disciplina sobre el cumplimiento de los niveles mínimos de regulación previstos por las directivas europeas, además de actualizar el modelo de informe del análisis de impacto de la regulación *(Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 gennaio 2013 Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR, GU* n. 86 del 12-4-2013*),* de conformidad con el artículo 14.6 de la Ley 28 de noviembre de 2005.

505 *GU* n. 280 del 30-11-2017. En el artículo 20 se establece la derogación de los Decretos del Presidente del Consejo de Ministros de 2008, n.º 170 y 2009, n.º 212.

506 En este sentido, hay que resaltar que la regulación establece unas disposiciones generales comunes a la evaluación *ex ante* y *ex post*, después una regulación singularizada de cada una, para terminar con la consulta pública e informe al Parlamento al respecto. Esto demuestra los esfuerzos del gobierno italiano para hallar una mayor interacción entre el análisis de impacto de la regulación y la verificación del impacto de la regulación, véase OCDE (2013 a: 69).

El análisis de impacto de la regulación tiene como objetivo ofrecer, a lo largo del curso de la investigación reguladora, un análisis basado en la evidencia empírica, que dé soporte a la oportunidad y contenido a la intervención reguladora. A estos efectos, el ámbito objetivo del análisis es el relativo a aquellas iniciativas reguladoras que vayan a tener un impacto significativo para la ciudadanía, empresas y Administraciones Públicas[507], para lo cual se tendrán en cuenta las distintas opciones regulatorias, evaluándose su viabilidad y efectos, utilizando las técnicas de evaluación y análisis, así como los modelos establecidos por las "Directivas del Presidente del Consejo de Ministros y estando sujetas a revisión, con una frecuencia no superior a tres años"[508]. Dicho análisis se llevará a cabo por la misma Administración que propone la disposición reglamentaria (sin perjuicio de la posibilidad de realizarla varias Administraciones Públicas cuando las normas afecten a las mismas), debiendo establecerse, al respecto, unidades específicas. En todo caso, el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos va a seguir teniendo una posición preponderante, ya que tendrá una función de verificación y comunicación a distintos órganos a los cuales van destinados dichos análisis.

La regulación del análisis de impacto de la regulación se establece, de manera singularizada, en los artículos 5 a 11 del Decreto, sin perjuicio de tener en cuenta los artículos 16 y 17, para la consulta pública.

El proceso de realización de dicho análisis se inicia a la misma vez que se identifica la necesidad de intervención reguladora, componiéndose de una serie de fases, en las que, en todo caso, habrán de considerarse las observaciones que se emitan en la consulta (que puede ser pública o restrictiva), las evidencias cuantitativas y de los informes de los organismos de control

507 Concretamente en su artículo 5.1 se establece que se llevará a cabo sobre los actos reglamentarios del Gobierno (incluidos los adoptados por ministros individuales), disposiciones legislativas interministeriales y proyectos de ley de iniciativa del Gobierno, determinándose, al respecto, un *numerus clausus* de causas de supuestos de exclusión (véase el artículo 6.1), las cuales tienen que estar motivadas por quienes la aleguen (Administraciones Públicas que propongan la iniciativa normativa) y verificadas por el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos. A las señaladas se pueden sumar supuestos de exención de su realización, mediante solicitud (artículos 7.1, 2 y 3), así como supuestos especiales para su realización referidos a los Decretos-leyes (artículo 10) y a los proyectos de actos de la Unión Europea (artículo 11). En este último supuesto, hay que hacer remisión a lo establecido en los artículos 6.4 y 28 de la Ley de 2012, n.º 234. Así, se extendió a los Decretos-leyes con dicho Decreto, la realización del análisis de impacto regulatorio, aunque sea de forma simplificada, al igual que en España, cuando antes estaba excluido como medida de urgencia, como indica G. Rivosecchi (2019), «Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa», *Osservatorio costituzionale*, 1-2/2019, págs. 78-105.

508 Según el artículo 3.1 del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 15 de septiembre de 2017, n.º 169. Actualmente, dicha habilitación se ha llevado a efecto con la aprobación de la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2018 como se expondrá a continuación.

o supervisión[509], así como, en su caso, los resultados de la verificación del impacto de la regulación. Dicho análisis se plasma en un informe (*relazione AIR*) que documenta el análisis y los resultados de las evaluaciones realizadas, que será verificado por el Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos, será comunicado, si da su conformidad, al Secretario del Consejo de Ministros para la incorporación del proyecto normativo en el orden del día de su reunión preparatoria. Dicho informe tiene una adecuada publicidad a través de medios electrónicos para facilitar su conocimiento, ya que se establece, la necesidad de su publicación en la página web del Gobierno y de la Administración proponente, sin perjuicio de su envío al Parlamento.

La verificación del impacto de la regulación, como instrumento de evaluación *ex post*, tiene como objetivo proporcionar, a través de una evaluación transparente, el soporte de información basado en la evidencia empírica, para confirmar o corregir las políticas adoptadas y proponer, al respecto, intervenciones de integración, modificación o derogación (artículo 2.5). La organización institucional y sus funciones mencionadas para el análisis de impacto de la regulación es aplicable a la verificación del impacto de la regulación, como también lo indicado para las técnicas de evaluación y análisis, así como sus modelos de aplicación. En esencia, este instrumento facilita una evaluación comparativa entre la situación económica, social y sus efectos entre lo esperado y lo que verdaderamente se ha producido.

Por último, debe destacarse la aprobación de la Guía para el análisis y verificación del impacto de la regulación, aprobada mediante la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2018 (*Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2018 Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione*)[510], como instrumento de implementación del Decreto del Presidente del

509 Entre ellos podemos encontrar el de la Autoridad responsable de la competencia y el mercado (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* AGCM) cuando se introduzcan restricciones de acceso y ejercicio de actividades económicas y el Consejo de Estado (*Consiglio di Stato*), véase artículo 9.5. En relación con la importancia de la figura del Consejo de Estado en la calidad de la regulación, véase S. Morettini (2019), «Il contributo del Consiglio di Stato e dei TAR alla qualità della regolazione», en G. Mazzantini y N. Rangone, *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione Annuario 2017-2018* (págs. 167-178), Roma: Osservatorio AIR (pág. 170), en el cual afirma que las opiniones emitidas por el Consejo de Estado sobre los actos regulatorios del gobierno representan o podrían representar una forma de control sobre el uso correcto de herramientas de calidad regulatoria. No obstante, la autora afirma que sus pronunciamientos han pasado a ser más detallados, con un análisis más cuidadoso y verdadero (*attenta e vera*) del análisis de impacto regulatorio, a partir de 2016 con el informe sobre el Código de Contratos Públicos. Hay que reseñar que, según afirma T. Font i Llovent (2001), «El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, págs. 57-75 (pág. 59) el Consejo de Estado "ha pasado de una competencia limitada a los «reglamentos administrativos generales» (la Ley del Consiglio di Stato de 1865) a la Ley de 23 de agosto de 1988", por la que "son objeto de dictamen todos los reglamentos del Gobierno y de los ministros".

510 *GU* n. 83 del 10-4-2018. Sobre las novedades que supone dicha Directiva véase D. Zaottini (2019), «L'Air e la VIR», en G. Mazzantini y N. Rangone (eds.), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione Annuario 2017-2018* (págs. 45-62), Roma: Osservatorio AIR (págs. 47 y 48).

Consejo de Ministros de 15 de septiembre de 2017.

A pesar de este instrumento, los datos demuestran que el número de evaluaciones se mantiene, la información que contienen se reduce, además de señalar que el número de verificaciones de impactos de la regulación realizados es muy inferior al de análisis de impactos de la regulación[511].

Como conclusión, pese a la tradición jurídica de Italia, puede afirmarse que se encuentra en una fase más avanzada que España. Así, en Italia, una vez iniciado y superado el periodo experimental a finales de la década de los noventa del siglo pasado y primeros años de este, se ha ido consolidando a lo largo del tiempo la calidad normativa, a través de tres instrumentos de análisis: el técnico-normativo (que es propiamente un análisis de impacto legal de los proyectos normativos), el análisis de impacto de la regulación (que es propiamente un análisis prospectivo de la regulación) y la verificación del impacto de la regulación (que supone un análisis retrospectivo de la regulación). En estos dos últimos, se establece una clara conexión entre ellos, aunque tengan sustantividad propia. Es de resaltar la evaluación *ex post* italiana, la cual se encuentra bastante más desarrollada que la realizada por muchos países de la Unión Europea (aunque se echaría en falta una utilización más regular de la cláusula de extinción -*sunset clauses*- como bien ha mencionado la OCDE[512]).

511 *Ibíd.,* págs. 46 y 47, llega a afirmar que las verificaciones de impacto de la regulación analizadas no proporcionan elementos cuantitativos ni referencia respecto de los niveles de cumplimiento de los requisitos, como tampoco de la evaluación de sus efectos.

512 OCDE (2013 a: 91), donde se afirma que sí se ha generalizado la utilización de las cláusulas de revisión (*review clauses*), a través de solicitudes de evaluación (*domande di valutazione*). Entendemos por dichas cláusulas aquellas determinadas para revisar los postulados establecidos en una norma, una vez que haya transcurrido el tiempo previsto en la misma para ello. La diferencia fundamental con la cláusula de derogación o vencimiento (*sunset legislation*) se basa en la siguiente situación: cuando la vida de la norma llega a su fin, en virtud del término final establecido por la misma, la norma no se deroga, sino que se hace su escrutinio o revisión posteriormente a su aprobación, en virtud de dicha cláusula. Estas cláusulas de revisión se aplicarían a un tipo de normas condicionadas por determinadas circunstancias, como podrían ser las sustentadas en acuerdos políticos. Las críticas que puede generar este tipo de evaluación *ex post* giran en torno a la falta de determinación de un tiempo cierto para llevar a cabo una evaluación adecuada de la norma, la utilización de amplios medios materiales y personales para llevar a cabo las comprobaciones de la implementación de la norma, y los amplios costes que pueden suponer. Esto puede generar que dicha evaluación se convierta en una actividad muy puntual, que degenere en un mero trámite ritual, perdiendo la esencia y sustantividad de su acción. En Italia, dicha cláusula de revisión se denomina cláusula evaluativa en el texto de la ley (*clausole valutative nei testi di legge*). Algunas regiones italianas han previsto dichas cláusulas dentro de sus estatutos como es el caso, por ejemplo, de la región Toscana (artículo 45 *Statuto della Regione Toscana*, *BU* n. 12, 11-02-2005). Este impulso y propagación de este instrumento en Italia tiene su punto clave en la implantación del proyecto "CAPIRe" (abreviatura de Control de Asambleas sobre Políticas e Intervenciones Regionales -*Controllo delle Assemblee sulle Politiche e gli Interventi Regionali*-, cuya página web propia, accedida el 18 junio 2021, es http://www.capire.org/). Este proyecto fue iniciado en 2002 por los Consejos Regionales de Emilia Romaña, Lombardía, Piamonte y Toscana, a los que, posteriormente, se añaden otros consejos regionales, y tiene como objeto la difusión y promoción del instrumento de evaluación y control de las políticas públicas. Pero, para que sea eficaz dicha cláusula debía atender a una serie de requisitos, que se establecen en el documento de la Presidencia del Consejo de Ministros denominado Instrumentos por el ciclo de la regulación [Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013)].

Además, hay que resaltar la posición institucional preponderante del Departamento de Asuntos Jurídicos y Legislativos, como órgano de control y supervisión de la calidad de los análisis. De otra parte, existe una clara colaboración entre el poder ejecutivo y el legislativo, con la constante remisión de información del primero al segundo. De otro lado, se lleva a cabo una estrecha colaboración entre el Estado y las regiones, promoviéndose el intercambio de conocimientos, técnicas y buenas prácticas, así como facilitando, para una mayor convergencia, el establecimiento de instrumentos compartidos que faciliten la implantación de la calidad normativa, como se comentó al final del Capítulo I.

Finalmente, puede afirmarse que Italia construye una política de calidad normativa cuyos puntos fuertes se concentran en torno a la simplificación normativa (aplicando la regla uno dentro y otro fuera), la transparencia, la participación y la reducción de cargas administrativas a través de una metodología que deviene del Modelo de Costes Estándar, junto con la determinación de las fechas comunes de aplicación y la planificación normativa. Sin duda, se trata de un enfoque y de unas opciones que redundan en el robustecimiento de la mejora regulatoria como política pública.

2.3. **Políticas de mejora regulatoria de la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos**.

2.3.1. *Unión Europea. Evolución.*

La Unión Europea ha sido el catalizador de la preocupación y el interés de los Estados miembros por la *better regulation*, en plena sintonía con la OCDE como ya se ha señalado[513]. Esta preocupación por la mejora regulatoria llega desde la corriente ya consolidada en los países del *Common Law,* especialmente por la influencia del Reino Unido, proyectándose en una cierta política regulatoria de la Unión Europea (UE) con clara influencia sobre los Estados miembros[514].

513 Afirma Pinilla Pallejà (2008: 8) que las "políticas de mejora de la regulación son fomentadas y desarrolladas no sólo por los Estados nacionales", sino, también por la Unión Europea y la OCDE, las cuales desempeñan "un papel esencial en esta materia". Al respecto, la Unión Europea se ha convertido en la "principal impulsora", llevando a cabo la promoción de "la difusión y conocimiento de las mejores prácticas".

514 Véase D. Canals i Ameteller (2014), «La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política pública de mejora regulatoria», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 343-386)*,* Valencia, Tirant lo Blanch (pág. 344) afirma que la "reforma regulatoria se traslada algo más tarde a la Unión Europea en una suerte de legal borrowing (préstamo legal) y como manifestación clara de *hibridization* (hibridación)" que, a estos efectos, "culminará con las políticas europeas de *Better Regulation* (mejora regulatoria) primero y *Smart Regulation* (regulación inteligente) después". Sobre el estudio comparativo entre Estados Unidos y la Unión Europea hasta el primer lustro de hace dos

El antecedente más claro de la *better regulation* se sitúa en la previsibilidad en la aplicación de una medida en una determinada materia, a través de la aprobación de los libros verdes y los libros blancos, en el momento de las Comunidades Europeas. La adopción de estos libros por parte de la Comisión Europea supone una técnica importada propia del sistema *Common Law*. En este sentido, un libro verde tiene como objeto el estudio, debate y reflexión entre los sujetos interesados sobre un asunto concreto de interés europeo en este caso. El primer libro verde adoptado por la Comisión, mediante Comunicación aprobada el 14 de junio de 1984 [COM (84) 300 final], fue el Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de radiodifusión, especialmente por satélite y cable (*Television Without Frontiers: Green Paper on the establishment of the common market for broadcasting, especially by satellite and cable*).

Por contra, los libros blancos adoptados por la Comisión Europea[515] son documentos en los que constan propuestas de acción en un determinado ámbito de actuación por parte de la Unión Europea, constituyendo, en algunos casos, una sucesión de los libros verdes, cuyo objetivo fundamentalmente se centra en comenzar las consultas a nivel europeo. Cuando los libros blancos son acogidos favorablemente por el Consejo de la Unión Europea, pueden originar un programa de acción de la Unión en el ámbito correspondiente.

De otra parte, la política regulatoria de la Unión ha ido ligada a la realización del mercado único y a la implantación de la idea de simplificación de la regulación a nivel de la Unión Europea desde 1985[516]. La finalidad del mercado único era avanzar en la desaparición de las fronteras internas comunitarias, y ello, a la vez, iba a suponer un elemento de dinamización no solo de la economía, sino de los propios controles en relación con las cuatro libertades, con la consiguiente reducción regulatoria. Sin embargo, esto no fue así, ya que los Estados, a pesar de la desaparición de las fronteras físicas, generaron otras de naturaleza jurídica, íntimamente ligadas a la articulación de sus propios ordenamientos. A estos efectos, el informe Cecchini[517] puso de manifiesto que la posibilidad de crecimiento del sector servicios "se ha visto frenado artificialmente por reglamentaciones y prácticas que impiden de manera significativa la libre circulación de los

décadas, véase J. B. Wiener (2006), «Better Regulation in Europe», *Current Legal Problems 2006*, 59, págs. 446-518, accedido el 29 junio 2020, de https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1586.

515 El primer libro blanco adoptado por la Comisión se denomina Completando el Mercado Interior: Libro Blanco de la Comisión al Consejo Europeo (*Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*), 28 y 29 de junio de 1985 COM(85) 310.

516 Además, en dicho año se adoptaron las Reglas de técnica legislativa para uso de los servicios de la Comisión, véase M. J. Montoro Chiner (2001), *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona: Atelier (pág. 75) afirma que se adoptaron bajo "la influencia del informe RENTON".

517 P. Cecchini (1988), *The European Challenge*, *1992: The Benefits of a Single Market*, Aldershot: Wildwood House.

servicios y el juego de la competencia entre las empresas de servicios".

Con todo, se da un impulso definitivo a la evaluación de impacto en el año 1986, a través de la instauración del instrumento denominado Evaluación de Impacto Empresarial *(Business Impact Assessment, BIA)*, con clara influencia del *Common Law*, coincidiendo su implantación con la presidencia británica[518].

Este instrumento, sin embargo, no contemplaba qué tipo de análisis debía realizarse, generando un problema de orden práctico para la calidad e idoneidad del instrumento, ya que su aplicación dependía del departamento o unidad de que se tratase en cada caso[519]. Al respecto, afirma Renda[520] que dicho instrumento se consideró, en línea con uno de los Grupos de Trabajo del Libro Blanco sobre Gobernanza Europea, inadecuado por cuestiones como el hecho de que era simplemente un cuestionario, sin proceso adecuado ni orientación; estaba pensado para una etapa tardía en el proceso regulatorio; la información se encontraba separada o no conectada sobre las pruebas realizadas en relación a la subsidiariedad y proporcionalidad, y las disposiciones sectoriales del Tratado; y peca de falta de especialización en la identificación de los actores involucrados.

Ante estas dificultades se desechó una regulación directa de ese instrumento, optando la Comisión Europea por la implantación indirecta de lo que suponía el análisis de impacto normativo en torno a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En este sentido, debe señalarse que el principio de subsidiariedad es un principio de actuación introducido en el ámbito de la atribución de competencias y en el proceso de elaboración de las decisiones comunitarias, favoreciendo la asunción de competencias de la Unión Europea, con respecto a los ámbitos de actuación de la Unión y de los Estados miembros. Aunque, este principio ya estaba vigente en el Acta Única Europea de 1986[521], formulado respecto al medio ambiente (artículo 130R4), se incorpora, después, como criterio interpretativo en el Preámbulo de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en relación con las competencias sobre derechos sociales de los Estados miembros y, solo excepcionalmente, de la Comunidad Económica Europea.

518 Auby y Perroud (2013: 48). Véase, también, Renda (2006: 43 y 45-48), quien establece que dicha evaluación está focalizada en las regulaciones referidas al sector empresarial y no al bienestar social.
519 Comisión Europea (2002 b), «Final Report Business Impact Assessment (BIA) pilot project, Lessons Learned and the Way Forward», *Enterprise Paper*, 9, Dirección General de Empresa.
520 Renda (2006: 57).
521 *DO* L 169 de 29.6.1987. Sobre el principio de subsidiariedad y su plasmación expresa en tratados véase J. L. Piñol (1993), «El proceso de adopción del Principio de Subsidiariedad en la Comunidad Europea», *Revista CIDOB Afers Internacionals*, 25, págs. 71-96.

La generalización de la aplicación del principio se produce a partir de lo establecido en las conclusiones (concretamente en su primera parte) del Consejo Europeo, celebrado en Roma los días 14 al 16 de diciembre de 1990, en el que se declaró la viabilidad del principio, al establecer "la importancia que reviste el principio de subsidiariedad, no sólo cuando se trata de extender las competencias de la Unión, sino también para la realización de las políticas y decisiones de la Unión". No obstante, su consolidación se produce, claramente, con la aprobación del llamado Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea[522], adoptado el 7 de febrero de 1992, que modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea con el objetivo de incluir el principio de subsidiariedad en el artículo 3B[523].

Por efecto de lo anterior, y considerando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es posible identificar un triple significado del principio que nos ocupa. Así, en primer lugar, debe reconocerse como principio de atribución de competencias, ya que la Unión Europea solo actúa en el ejercicio de sus competencias reconocidas, siendo una excepción a la competencia de los Estados miembros (elemento paradigmático del ordenamiento jurídico comunitario).

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad en sentido estricto implica que la Unión actúa, únicamente, cuando la consecución del objetivo se lleva a cabo en mejor medida a nivel europeo que el de los Estados miembros. Se trata de un significado que se encuentra amparado, aun de forma incompleta a la actual o implícita en determinadas disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (Tratado CECA) y del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) (sin perjuicio de lo señalado, al respecto, en el Acta Única Europea).

Por último, el principio de subsidiariedad debe ponerse en relación con el de proporcionalidad, puesto que los medios a utilizar por la Unión deben ser proporcionados al objetivo a conseguir. A

522 *DO* C 191 de 29.7.1992.

523 El precepto dispone al respecto referido a los: "ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros", siempre que "puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". El principio de subsidiariedad, conforme al citado artículo, se clarifica en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 1992 en Edimburgo, al precisarse el modo en el que procede la aplicación por el Consejo de dicho principio, estableciendo lo siguiente que "el principio se configura como un límite preciso de la acción comunitaria, y, consiste en una norma para responder a las siguientes preguntas: a) ¿Debe actuar la Comunidad? Dicha norma se aplica a los ámbitos que no son de competencia exclusiva de la Comunidad; b) ¿Qué intensidad y carácter debe tener la acción de la Comunidad? Dicha norma se aplica tanto si la acción es de competencia exclusiva de la Comunidad como si no lo es".

estos efectos, existe una jurisprudencia consagrada del Tribunal de Justicia[524].

El principio de subsidiariedad, junto con el de proporcionalidad, afectan al ejercicio de las competencias y a la toma de decisiones comunitarias, entre ellas, especialmente la normativa. Tan es así, que en el Consejo Europeo de Edimburgo[525], concretamente en la Parte A, apartado 6 del documento donde se recoge las conclusiones de la Presidencia, se plasmó el trabajo que estaba realizando la Comisión, a través de un informe de su Presidente, sobre los primeros resultados de la ejecución de la revisión de dicha institución referido a la normativa existente y propuesta, de conformidad con el principio de subsidiariedad, con el objeto de retirar o modificar determinadas propuestas y presentar las oportunas modificaciones de la normativa existente. Nos encontramos ante un análisis de la normativa respecto de este principio que supone una clara antesala de la política *better regulation*. Así, el 24 de noviembre de 1993 se emite el informe de la Comisión al Consejo Europeo sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad [COM (93) 545 final], que ha tenido solución de continuidad con carácter anual para su exposición por la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento sobre la aplicación no solo de dicho principio, sino también el de proporcionalidad, el cual adquiere mayor relevancia a partir de 1995, cuando queda recogido como obligación en un Protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, todo ello en el contexto de las modificaciones realizadas con posterioridad por el Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos[526]. A estos efectos, se concluyó que los mencionados informes tenían que incorporar un apartado específico referido al aspecto regulatorio, vinculándose a los citados principios, esto es, el de subsidiariedad, ya que la actuación de la Unión se limitaba a lo necesario y eficaz, y, bajo el paraguas de la proporcionalidad, por el cual la Unión elegía, tras los procesos adecuados – consultas a interesados, recolección de

524 Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 18 de junio de 2015. República de Estonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Recurso de anulación-Directiva 2013 /34 / UE - Obligaciones en materia de estados financieros a cargo de determinadas formas de empresas - Asunto C-508/ 13.

525 Afirma W. Voermans (2011)**,** «Quality of EU Legislation under Scrutiny: What kind of Problem, by what kind of Standards?», en L. Mader y M. Tavares de Almedia (eds.), *Quality of Legislation. Principles and Instruments* (págs. 31-66), Baden-Baden: Nomos (pág. 49) que a partir del referido Consejo la mejora regulatoria se coloca en la agenda política. Desde esa fecha hasta 2011 se establecen tres periodos de evaluación: el primero de 1993-2002, al cual denomina "comienzos humildes"; el segundo (2002-2006), en el que existe un acercamiento más reconocible a la mejora del procedimiento de elaboración de la legislación, percibiéndolo como una parte de la buena gobernanza y requiere una atención durante todo el ciclo político; y el tercero va más allá, incorporando la "estrategia de mejora regulatoria" en la general de la Unión Europea.

526 *DO* C 340 de 10.11.1997. Sin modificar la formulación del principio de subsidiariedad en el artículo 5, párrafo segundo, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Tratado de Ámsterdam anexó a este último el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Betancor Rodríguez (2009: 154) afirma que la política de mejora regulatoria en la Unión Europea comenzó formalmente con la aprobación de dicho Protocolo, que "respondía a la lógica defensiva de los procesos liberalizadores nacionales frente a las políticas regulatorias y centralizadoras europeas".

información técnica, análisis de impacto y comprobación de medios alternativos de actuación- las formas de intervención más simples al respecto).

Además, debo resaltar el Informe del Grupo de Expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa, aprobado por la Comisión mediante Comunicación fechada el 21 de junio de 1995 [COM (95) 288 final] (también, denominado Informe Molitor), que tuvo como objeto el estudio del impacto en el empleo y la competitividad de las normativas europeas y nacionales de los Estados miembros, con la finalidad de su potencial reducción y simplificación, evidenciando la necesidad de realizar evaluaciones retrospectivas[527]. Junto a ello, el 27 de noviembre de 1996 se aprueba el informe de la Comisión al Consejo Legislar Mejor [CSE (96) 7 final, *Better Lawmaking 1996*] en relación con la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y sobre la simplificación y la consolidación[528].

En el año 1997, se aprueba la Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y la simplificación de las condiciones para la creación de empresas[529], que en su artículo 3.2 instaba a los Estados miembros a adoptar "procedimientos de evaluación sistemático (...) de los efectos de las propuestas de reglamentación sobre las empresas", incorporando un "análisis apropiado de la relación coste-eficacia o coste-beneficios". Además, en dicho año se llevó a cabo la aprobación de la Declaración número 39 relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, aneja al Acta final del Tratado de Ámsterdam, en la que se reafirmó la preocupación de la Unión Europea por la calidad de la regulación.

En 1999, la Comisión siguió perfeccionando la evaluación de impacto, y aprobó la Guía para la evaluación del impacto en función del género[530] y, desde el año 2000, los citados informes sobre

527 Dicho grupo se constituyó por la Comisión en septiembre de 1994. Aunque el citado informe no comprometía la posición de la Comisión, se recepcionó con recelo por parte de algunos Estados miembros e incluso por parte de la Comisión, ya que respondía a un criterio liberal y subsidiario respecto a los que mantenía una posición más solidaria y colectiva. Por otro lado, en relación con la evaluación *ex post*, el informe estableció una serie de propuestas como, por ejemplo, la n.º 3, que establecía que debía verificarse la legislación vigente según los mismos criterios que los aplicables a la legislación de nuevo cuño (propuestas 4 y 6); o la n.º 11, en cuya virtud "todo nuevo acto legislativo comunitario de importancia debe prever un procedimiento para evaluar sus resultados, en particular el logro de sus objetivos. Estas evaluaciones deben hacerse públicas".

528 Accedido el 20 junio 2020, de http://aei.pitt.edu/924/1/subsidiarity_CSE_96_7.pdf.

529 *DO* L 145 de 05.06.1997.

530 Se aprobó en el marco de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000) y la Comunicación de la Comisión "Integrar la igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias", COM (96) 67 final, de 21 de febrero de 1996, en la que se buscaba «integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias». Todo ello, considerando el artículo 3 del Tratado de Ámsterdam, en cuya virtud se reconoce como una de las prioridades que hay que tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la eliminación de las discriminaciones: véase Consejo de Estado (2004), *Memoria del Consejo de Estado 2003*, Madrid:

la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de medidas regulatorias adquirieren carácter sustantivo e independiente, comunicándose, anualmente, las medidas introducidas para hacer efectivo el Plan Legislar Mejor[531].

En este sentido, debe destacarse la aprobación por los Ministerios de las Administraciones Públicas de los Estados miembros, reunidos el 6 y 7 de noviembre de 2000 en la ciudad de Estrasburgo, de una Resolución sobre la mejora de la calidad de la regulación en la Unión Europea, en virtud de la cual se constituyó un grupo consultivo de alto nivel en diciembre de 2000, compuesto por dieciséis expertos en reglamentación de los Estados miembros y de la Comisión[532] (Grupo Manderlkern), que recibió el encargo de "desarrollar un enfoque coherente en este tema, de presentar propuestas a los ministros, incluido la definición de un método común de evaluación de la calidad de la regulación", además de colaborar con el equipo que elaboró el Libro Blanco sobre la Gobernanza europea, aprobado mediante Comunicación de la Comisión de 25 de junio de 2001 [COM (2001) 428][533].

El Informe Mandelkern[534], de 13 de noviembre de 2001, instó a los Estados miembros a ejecutar medidas de mejora regulatoria en sus ordenamientos internos, especialmente en relación con la consulta a los interesados de los proyectos normativos y en llevar a cabo una evaluación de impacto previa de estos que transpongan normas europeas, en un contexto donde la simplificación y la accesibilidad a la legislación se torna fundamental, ya que la "mejora de la regulación" supone "un vehículo para la mejora del proceso de desarrollo de las políticas públicas mediante el uso conjunto

Consejo de Estado (págs. 108-113). También, hay que tener en cuenta el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2006, los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y la Carta de la Mujer, adoptada mediante la Comunicación de la Comisión, COM (2010) 78 final. Véase B. M. Collantes Sánchez (2012), *Evaluación del Impacto de Género en la normativa comunitaria, estatal y autonómica andaluza*, Universidad de Córdoba.

531 Con fecha 16 de marzo de 2000 se aprueba la Guía práctica común para la redacción de los textos legislativos europeos, en donde se introduce el principio de "pensar primero a pequeña escala" (*think small first*) estableciéndose como una prueba de tolerancia, teniendo en cuenta las experiencias británicas de la *Deregulation Unit* y la alemana, ya que las pymes "son más vulnerables al exceso de reglamentación y a los papeles burocráticos". Como última versión, véase Unión Europea (2015), *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, accedido el 15 junio 2020 de https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf.

532 De conformidad con el mandato recibido, el Grupo trabajó para hacer posible que sus recomendaciones fuesen aplicadas tanto a nivel nacional como comunitario, aunque se quería un informe final para formular propuestas eficaces específicas para la reglamentación en la Unión Europea, procurando hacer un particular estudio de los temas de transposición y aplicación efectiva de la regulación procedentes de dicha Unión. Sobre estos aspectos el Grupo trató de realizar una serie de recomendaciones de aplicación futura.

533 *DO* C 287 de 12.10.2001.

534 Afirma Pinilla Pallejà (2008: 11) que el "seguimiento de las recomendaciones del grupo Mandelkern por los Estados miembros ha sido muy desigual". Véase J. Ponce Solé y A. Sánchez (2005), «La evaluación de la calidad normativa», en J. A. Garde (coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos* (págs. 139-172), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

de determinadas herramientas que se consideran efectivas", precisándose, además, establecer estructuras administrativas adecuadas al respecto. El informe conminaba, así, a las instituciones europeas y a los Estados miembros a adoptar un plan de acción que contribuyese a "incrementar la productividad de la economía europea y el bienestar de sus ciudadanos y a mejorar la credibilidad y legitimidad de los gobiernos". En este sentido, la Comisión debería establecer un nuevo sistema de evaluación de impacto normativo que cubriese todas las propuestas legislativas con posibles impactos regulatorios para el año 2002[535]; y los Estados miembros deberían introducir un sistema efectivo de evaluación de impacto normativo adaptado a sus circunstancias nacionales para el año 2003.

Además, el informe destaca el carácter relevante que ostenta tanto la evaluación de impacto normativo *ex ante* como la *ex post*. No obstante, el Grupo dejó claro que en el momento en que se elaboró el informe no era adecuado recomendar "un método común más detallado de evaluación *ex post*, dadas las enormes diferencias existentes entre las estructuras nacionales, los sistemas legales y los sistemas institucionales y constitucionales"[536]. De otra parte, se señala que toda labor regulatoria debe estar imbuida por los principios de calidad normativa[537], que incluye los

535 De hecho, se trata de un enfoque que se proyecta en otros sectores, tal y como refleja la Comunicación de la Comisión Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible [COM (2001) 264 final], apartado II.

536 Pero, aun habiendo dicho eso, el informe ofrece una serie de orientaciones y afirma, con rotundidad, que se "debe impulsar la evaluación ex post, así como el uso de métodos similares con el fin de facilitar comparaciones en distintos períodos de tiempo y con otras evaluaciones". Destaca, así, la utilidad del cuestionario establecido por la OCDE en su informe sobre la reforma regulatoria (*Report on Regulatory Reform*) del año 1997, y que se recoge en el Anexo A del Informe Mandelkern, utilizado en otros países con éxito.

537 Véase A. Sánchez Graells (2009), «Movimiento por la calidad de la regulación: avances recientes», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009 (*págs. 42-59)*,* Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Aunque no señale de forma expresa el principio de seguridad jurídica no debe obviarse, ya que como afirma F. A. Castillo Blanco (2007), *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del Derecho*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 210), que "el espacio político y social que la Unión Europea representa ha hecho de la seguridad jurídica y de la consecución de la mejor opción posible, un valor en alza y preciso para su desenvolvimiento", teniendo en cuenta que es "una tarea fundamental y precisa en un sistema económico y de mercado libre como el existente en Europa" la necesaria "creación de situaciones de certidumbre jurídica, de certeza, de seguridad en la sociedad".

principios de necesidad[538], proporcionalidad[539], subsidiariedad[540], transparencia[541], responsabilidad[542], accesibilidad[543] y simplicidad[544].

De otra parte, el informe incide en que la regulación de calidad debe evitar el establecimiento de cargas que no sean necesarias a todos (empresas, ciudadanos y Administraciones Públicas), eliminando esta distorsión del mercado y aumentando, consecuentemente, la "competitividad de las empresas". La mejora de la regulación debe atender a todo el ciclo vital de la política pública de que se trate en cada momento (desde el inicio, diseño, legislación, ejecución y revisión), mediante un "enfoque estratégico global", ya que un enfoque fragmentario corre el riesgo de ser ineficaz. Además, debe implicarse a "todos los agentes" que participan en el procedimiento,

538 El informe define al principio en su término anglófono *necessity*, como una exigencia, por el cual las autoridades públicas deben evaluar si es necesario o no introducir nuevas regulaciones antes de poner en vigor una nueva política. Para poder hacer esto, debe existir una comparación de la eficacia relativa y la legitimidad de los distintos instrumentos de actuación pública en virtud de los objetivos a conseguir.

539 El principio de proporcionalidad (*proportionality*) en el Informe Mandelkern se define como aquel que permite la consecución de los objetivos, referido a cualquier tipo regulación, entre los beneficios que proporciona y las restricciones que impone. Para ello, los diversos instrumentos de regulación permitirán a las autoridades públicas tomar medidas en diferentes formas, dependiendo de los objetivos que se deseen lograr, siendo responsabilidad de los Estados miembros y la Comisión identificar, dentro de la selección de los instrumentos de regulación disponibles para ello, aquellos que son más proporcionados a los objetivos que desean alcanzar. Véase J. I. López González (2014), «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 119-156)*,* Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 123-125)*.*

540 Se trata de un principio similar al de necesidad, pero con diferencias. En el Informe Mandelkern se define el principio de subsidiariedad (*subsidiarity*), como aquel que tiene por objeto, en el contexto de la Unión Europea y de sus Tratados, asegurar que las decisiones se toman a un nivel más cercano posible a la ciudadanía, mientras la comprobación de que cualquier acción que se lleva a cabo a nivel europeo se justifica en comparación con las opciones disponibles a nivel nacional. Las menciones del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea y el comentado Protocolo se completan, posteriormente, con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 69).

541 El principio de transparencia en el Informe Mandelkern se identifica con la participación. Es más, en la Resolución de Estrasburgo donde se ordenó la constitución de dicho Grupo, entre los distintos aspectos a explorar, tanto a nivel nacional como comunitario, se incluía "la transparencia en el proceso de consulta anterior a la redacción de los textos". En el ámbito de la Unión Europea, ha quedado recogido en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, y el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, hay que señalar el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, especialmente teniendo en cuenta el considerando 16.º, el art. 12.2 y el 104.

542 En este se señala que las autoridades responsables de la elaboración de la norma han de tener en cuenta su aplicación, posibilitando que las partes implicadas puedan determinar con claridad quienes lo son de una política y de la normativa que la ejecuta, así como ser informados de los obstáculos tanto de una y otra en su aplicación, para su probable posterior modificación.

543 En el informe se afirma que "una normativa coherente, global, que sea accesible a todas aquellas personas a las que se dirige, es un factor esencial si se desea que ésta se aplique correctamente", para lo cual debe tenerse "en cuenta la accesibilidad de cualquier instrumento normativo y transformarla en un principio general, de forma que los usuarios puedan acceder a un conjunto de actos normativos coherente". Este principio "puede exigir un especial esfuerzo de comunicación por parte de las autoridades públicas implicadas, dirigido por ejemplo a aquellas personas que, a causa de su situación, tienen dificultad para hacer valer sus derechos".

544 Para el informe, "el objetivo debería ser el de conseguir que cualquier normativa sea simple de utilizar y entender, ya que éste es un prerrequisito esencial si los ciudadanos desean hacer un uso eficaz de los derechos que les han sido concedidos", ante lo cual "la normativa debería ser tan detallada como fuera necesario y tan simple como fuera posible", siendo la simplicidad normativa "una importante fuente de ahorro para las empresas y los agentes intermediarios a los que se les aplica esta normativa además de para las propias administraciones públicas", por lo que "exige esfuerzos para combatir un nivel de detalle excesivo en el comienzo del proceso de elaboración de la normativa y cuando se revisen los textos en vigor".

utilizando herramientas tales como la "evaluación de impacto, la simplificación, la consolidación y las consultas así como en la promoción de un cambio en la cultura normativa"; y todo ello con el respaldo de adecuadas "estructuras administrativas y organizativas", así como de un personal implicado que debe tener una preparación necesaria, para lo que se precisan "programas de formación" en materia de mejora regulatoria.

En definitiva, el Informe Mandelkern es el punto de inicio de un camino decidido sobre la *better regulation* por parte de la Unión Europea[545]. Faltaba, entonces, el desarrollo y ello se ha producido mediante diferentes acciones en los ámbitos de la gobernanza y legislación comunitaria, comunicación y debate sobre las actividades de la Unión Europea y publicidad, transparencia y acceso a los documentos[546]. Destacamos las principales medidas en estos ámbitos: en el ámbito de la gobernanza y legislación comunitaria, destacan iniciativas, como la Comunicación de la Comisión, La gobernanza Europea – Un libro blanco [COM (2001) 428 final] [547] y, la Comunicación de la Comisión -La gobernanza europea: legislar mejor [COM (2002) 275 final][548]. En este último documento se establece la necesidad de que se complete el plan de acción Simplificar y mejorar el marco regulador, además de hacer especial referencia a un elemento clave, como es la gobernanza regulatoria que, atendiendo a la definición reseñada de la OCDE, mejora "la calidad" de las "políticas de la Unión", a través de una interpretación integradora de estas, evitando un cuestionamiento de sus políticas y una "mayor confianza en la opinión de los expertos", para lo cual tendrá que "mejorar la calidad de su legislación, garantizando, en particular, una mejor aplicación y un mayor control de la misma". En virtud de lo anterior, la Comunicación resalta la importancia de la evaluación de impacto, argumentando que este instrumento "orientará y justificará la elección de un buen instrumento", para lo cual "pondrá a disposición del legislador elementos de información más precisos y mejor estructurados sobre su impacto positivo y negativo, teniendo en cuenta aspectos económicos, sociales y medioambientales"; y, finalmente, "será un medio de selección, en la programación del trabajo, de las iniciativas realmente necesarias".

La Comisión Europea puso en marcha en 2002 su Plan de acción para legislar mejor, a través de la aprobación de una Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002, Plan de acción

545 J. Ponce Solé (2009), «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 201-243 (pág. 206) afirma que existe una preocupación por la calidad normativa que se acrecienta en la Unión Europea con el Informe Mandelkern.
546 Afirma Betancor Rodríguez (2009: 157) que "se trata del primer documento que en el ámbito de la Unión analizó la *Better Regulation* y sentó sus bases más importantes", que posteriormente fueron desarrolladas.
547 *DO* C 287 de 12.10.2001.
548 Al respecto, Betancor Rodríguez (2009: 158) describe la mejora de la gobernanza en "cómo la Unión Europea hace uso de sus competencias y poderes, para ampliar su base de legitimidad que hará aún más eficaz el ejercicio de aquéllos".

«Simplificar y mejorar el marco regulatorio» [COM (2002) 278 final][549]. En este documento la Comisión se autoimpone una serie de acciones y sugiere otras para el Parlamento y Consejo, así como para los Estados miembros. Se propone una serie de acciones como la definición de "*normas mínimas de consulta*" con anterioridad a la finalización de 2002; la elaboración de "*análisis de impacto para sus principales iniciativas políticas y legislativas*"; el fortalecimiento de la parte expositiva de las propuestas legislativas, a través de cinco criterios (por cada propuesta legislativa, la Comisión presentará las "consultas llevadas a cabo y los resultados obtenidos", los "análisis de impacto efectuados", la "justificación de la elección del instrumento propuesto" y las "implicaciones financieras de la propuesta"); y, por último, la incorporación en los actos legislativos de una "*cláusula de reexamen* o, incluso, de revisión" (garantizando la actualización normativa y preservando la seguridad jurídica), siendo especialmente operativa en ámbitos de rápida evolución tecnológica[550]. En concreto, en relación con la evaluación de impacto se parte de un enfoque integrado, intentando acabar con la visión particular e individual del diseño de las evaluaciones de impacto con carácter previo que se dejaba en manos de las Direcciones Generales de la Comisión (y que excluían impactos como el presupuestario y el ambiental). A estos efectos, se realizarían dos evaluaciones: una preliminar y breve (*Preliminary Impact Assessments, Pre.Ias*) y en virtud de sus resultados si fuese necesario un detallado examen de los impactos, debería realizarse una evaluación de impacto posterior extendida (*Extended Impact Assessments, Ex.Ias*)[551].

549 Esta Comunicación es completada por la Comunicación de la Comisión por la que se reconoce oficialmente la caducidad de algunos actos del Derecho de la Unión en el ámbito de la agricultura (Objetivo cuatro de la Comunicación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, titulada «Actualizar y simplificar el acervo comunitario» [COM (2003) 71 final] (*DO* C 336 de 11.12.2010).

550 Afirma Auby y Perroud (2013: 49) que a partir del 2002 el "procedimiento europeo de evaluación de impacto regulatorio parece muy complejo y gravoso", ya que "las categorías o clases de impactos se han hecho más amplias" referidas a impactos económicos, medioambientales y sociales, puesto que los "proyectos han de satisfacer las diferentes exigencias de las distintas evaluaciones de impacto" y "el análisis coste-beneficio debe utilizarse". A partir del Informe Mandelkern y de la Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002, Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulatorio», la evaluación de impacto normativo se convierte en un instrumento esencial para sus políticas. Así, lo afirma A. Alemanno *(2013),* «El régimen jurídico de la evaluación de impacto ante los tribunales europeos»*,* en J. B. Auby y T. Perroud. (eds.)*, La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 259-310), Sevilla: Global Law Press (pág. 265), al indicar dicha importancia para "la elaboración de propuestas políticas de alta calidad y credibilidad, al tiempo que permiten incrementar la legitimación democrática de la acción de la Unión Europea desde la perspectiva de los interesados y de todos los ciudadanos". Una de las acciones incluidas en dicho Plan es el de mejorar el acceso público a la normativa comunitaria, garantizando el acceso, conocimiento y eficacia de su ordenamiento jurídico, mediante un portal jurídico público y gratuito denominado Eur-Lex. Al respecto, véase O. Mir Puigpelat (2006), «El papel de los Consejos Consultivos en la calidad de las normas. Consideraciones de la Comisión Jurídica de la Generalidad de Cataluña»*, Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 161-170.

551 A estos efectos, se llevó a cabo una fase de prueba entre los años 2003 y 2004, con la finalidad de perfeccionarlo y analizar las posibles mejoras del sistema. Véase Allio (2007), «Better regulation and impact assessment in the European Commission», en C. Kirkpatrick y D. Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 72-105), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar (págs. 85-92), quien determina que en dicho momento se confirma a la evaluación de impacto normativo como elemento central de la mejora de la elaboración de la legislación de la Unión Europea, pero debe ser "más centrada, objetiva, precisa y proporcionada". En virtud de la experiencia del primer año de prueba se sustituyen las evaluaciones preliminares por las hojas de rutas (*Roadmaps*) y las evaluaciones extendidas por evaluaciones de impacto (*Impact Assessments*).

La continuación del Plan de Acción Legislar Mejor se llevó a cabo por la Comunicación de la Comisión denominada "Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea" [COM (2005) 97 final, de 16 de marzo de 2005]. La Comisión Europea crea, así, un sistema de evaluación de impacto normativo de toda la normativa europea, con unas directrices para la elaboración de dicha evaluación[552], constituyendo un Comité de Evaluación de Impacto (*Impact Assessment Board, IAB*[553]), que garantizaba su calidad, además de haber encargado una evaluación externa independiente del sistema europeo de evaluación de impacto normativo para mejorar su funcionamiento. A ello se suma la Comunicación de la Comisión relativa a una metodología común de la Unión Europea para la evaluación de los costes administrativos impuestos por la legislación [COM (2005) 518 final], que propone el Modelo de Costes Estándar de la Unión Europea[554].

De otra parte, en el marco de la simplificación de la legislación vigente de la Unión Europea, se aprueba la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de octubre de 2005, «Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Una estrategia para la simplificación del marco regulador» [COM (2005) 535 final], donde la Comisión da mayor prioridad a la simplificación y a la mejora del entorno regulatorio. Así, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de noviembre de 2006, Análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea [COM (2006) 689 final], se quiere profundizar en los beneficios del programa sobre la productividad y el empleo, generando puestos de trabajo y un mayor crecimiento, ya que legislar mejor comprende distintas fases, que van desde la inicial de elaboración de la norma hasta su aplicación y ejecución[555]. La Comisión desarrolló el denominado Modelo de Costes Estándar

552 Estas Directrices de Evaluación de Impacto son del 15 de junio de 2005 [SEC 2005) 791/3], que fueron actualizadas en 2006 y que fueron sustituidas por las Directrices de Evaluación de Impacto del 15 de enero de 2009 de la Comisión Europea, SEC (2009) 92, siendo las últimas existentes las de noviembre de 2021, accedido el 11 febrero 2022, de https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd2021_305_en.pdf. Sobre dichas Directrices, véase Alemanno (2013: 271 a 274).

553 El órgano estaba integrado por funcionarios de alto nivel de los servicios de la Comisión, que fue creado en noviembre de 2006, que ejercía sus funciones con independencia de los departamentos que formulan las políticas, bajo la autoridad directa del Presidente de la Comisión. Entre las funciones se encontraba la realización de dictámenes sobre la calidad de las evaluaciones de impacto que analizaban las distintas políticas y que eran útiles para todo el proceso legislativo, habiendo emitido un informe por cada anualidad, por ejemplo, los Informes SEC (2008) 120, SEC (2009) 55 y SEC (2009) 1728. Con posterioridad, sus funciones han ido más allá de la emisión de informes, ampliándose al asesoramiento sobre la metodología y el enfoque en las primeras etapas de la preparación de la evaluación del impacto. El Comité podía recurrir a expertos externos para que le asistiesen en su tarea.

554 Afirma la OCDE (2008: 52) que al igual que el Modelo de Costes Estándar "es una metodología de microevaluación y permite distinguir el origen nacional, internacional o europeo de las cargas".

555 Afirma Voermans (2011: 41-43) que los estándares de calidad de la Unión Europea al redactar, promulgar y aplicar su legislación serían los siguientes: legalidad, debido procedimiento y consulta, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la elección del instrumento adecuado, la implementación y transposición, y, su exigibilidad, así como

en la Unión Europea, como "metodología común para evaluar los costes administrativos" aplicables a la "nueva legislación en sus propias evaluaciones de impacto *ex ante*", al existir una prioridad en "reducir las cargas administrativas impuestas por la legislación vigente".

En relación con la evaluación de impacto, este primer examen estratégico buscaba una "visión completa de las consecuencias económicas, sociales y medioambientales, incluido el contexto internacional de la normativa". Para esto, además de la "consulta a las partes interesadas, la Comisión" había "creado un sistema integrado para la evaluación de impacto" y había publicado unas directrices y las había empleado en las "principales propuestas de medidas". Así, entre "las acciones importantes" que se encontraban en curso destacaba una "evaluación exterior del sistema de evaluación de impacto de la Comisión y un Plan de acción para mejorar el uso de la evaluación *ex post* en el proceso de desarrollo de medidas".

En otro orden de cosas, la Comunicación incide en la modernización de la legislación actual. Así, la Comisión invitó "a las demás instituciones a hacer un esfuerzo concertado para acabar el programa de codificación mediante la adopción, a la mayor brevedad posible, de los actos correspondientes". Se estableció que en el futuro sería importante "evitar que se vuelvan a producir retrasos en la codificación", asegurándose "a través de la refundición"[556] y "la integración de las modificaciones en la legislación vigente en el momento de su adopción". A estos efectos, deberían "eliminarse los actos obsoletos", que dejan de tener un "efecto real, pero que formalmente siguen en vigor por no haber sido derogados expresamente"[557].

Por último, hay que destacar que, en relación con la aplicación del Derecho de la Unión Europea, los esfuerzos que realizaba la Comisión en la simplificación y mejora el marco regulatorio no producirían los efectos deseados si la legislación de la Unión Europea no se aplicaba de forma correcta y eficaz a los Estados miembros (lo que se evidencia claramente en los distintos procesos de infracción abiertos a estos). Así, la Comisión creía necesario buscar mecanismos intermedios de aplicación, en vez de tomar medidas represivas como mejor modo de solucionar los problemas de la ciudadanía y las empresas. En consecuencia, la Comisión, a partir de la Comunicación comentada, decidió que era fundamental adoptar "más medidas preventivas" y hacer un mayor

la calidad técnica.

556 La Comunicación (pág. 8) define este proceso como aquel "mediante el que un nuevo acto legalmente vinculante, que deroga los actos a los que sustituye, combina la modificación de la parte material de la norma y la codificación del resto de las disposiciones que no se pretende modificar".

557 Según la Comunicación, en 2003 la Comisión inició "un proceso para localizar estos actos y crear procedimientos simplificados de eliminación", llegando, posteriormente, a la convicción de que sería adecuado su continuación, el cual podría agilizarse si se acordaban, al respecto, "procedimientos rápidos entre el Parlamento Europeo y el Consejo".

"seguimiento de la actuación de los Estados miembros en una primera fase para facilitar la correcta transposición de las directivas fundamentales". Ello precisaba un mayor "compromiso de los Estados miembros" con medidas como la presentación de "cuadros de correlación", que enlazasen "las disposiciones contenidas en las directivas y las normas nacionales para facilitar la evaluación de la transposición, la transparencia y el control judicial".

En este contexto, debe destacarse el programa de simplificación que la Comisión puso en marcha para el periodo 2005-2008 con más de 100 iniciativas, lo que ha permitido que se hayan "producido grandes progresos a nivel de los Estados miembros", especialmente "desde la adopción de las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo", adoptadas en virtud de la Decisión 2005/600/CE del Consejo, de 12 de julio de 2005[558].

Además, la Comisión estableció una serie de prioridades para distintos sujetos, a saber: a) Para la propia Comisión, al reconocer la necesidad del establecimiento de un "programa de simplificación actualizado" y llevar a cabo un aumento del "control de las evaluaciones de impacto", a través del mencionado "Comité independiente de evaluaciones de impacto sometido a la autoridad del Presidente"; b) Para el Consejo y Parlamento Europeo, puesto que había que aumentar "las evaluaciones sistemáticas de impacto de las principales modificaciones a propuestas de la Comisión", y, otorgar una creciente "prioridad a propuestas pendientes de simplificación, a la codificación y a la derogación de la legislación obsoleta"; c) Para los Estados miembros, considerando fundamental el "desarrollo y aplicación de los mecanismos de consulta, cuando no existan"; establecer una "evaluación más sistemática de las consecuencias económicas, sociales y medioambientales, mediante la elaboración de las directrices y el empleo de los recursos adecuados", otorgando una "mayor transparencia en la presentación de los resultados"; desarrollar "programas de simplificación, cuando no existan"; y mejorar la "aplicación del Derecho comunitario".

Asimismo, en 2005 se adopta el Planteamiento interinstitucional común de la evaluación de impacto, dando continuidad a parte del contenido del Acuerdo Interinstitucional Legislar Mejor 2003, mediante el establecimiento de unas "normas de tráfico" referidas a como "deberían utilizarse las evaluaciones de impacto de la Comisión en el proceso legislativo, y sobre las evaluaciones de impacto del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a las modificaciones de

558 *DO* L 205 de 06.08.2005. Ya que en la COM (2006) 689 final se afirmaba que, hasta la fecha de su emisión, "19 Estados miembros ya" habían "introducido o" estaban "a punto de desarrollar una estrategia para legislar mejor y 17 Estados miembros ya" habían "calculado los costes administrativos o" estaban "procediendo a hacerlo".

fondo que introducen en las propuestas legislativas"[559].

En 2006, se emite el Documento de trabajo de la Comisión - Primer informe de evolución sobre la estrategia para la simplificación del marco regulador [COM (2006) 690 final], el cual preveía otras iniciativas en materia de agricultura, pesca, etiquetado y estadísticas. En dicho período se va preparando la normativa en materia de calidad que regulará la evaluación de impacto, *ex ante* y *ex post*, así como la consulta, en la cual se solicitará información a los sectores más afectados prestando atención al contexto internacional. Pero, también, los Estados miembros tenían que llevar a cabo sus programas nacionales de simplificación, para que el trabajo sobre la mejora regulatoria a nivel europeo no se viese frenado por las normas nacionales, especialmente en relación con la transposición de las directivas, incorporándose en el derecho nacional previsiones no contempladas por la normativa de la Unión Europea, o imposiciones injustificadas en la legislación nacional, de obligaciones adicionales (se trata de un proceso que se ha denominado "chapado en oro", *gold plating*).

En este mismo período, se aprueba mediante Comunicación de la Comisión de 14 de noviembre de 2006, el Documento de trabajo, Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea [COM (2006) 691 final], que define los costes administrativos, establece su distribución en la Unión Europea, hace hincapié en las mediciones nacionales y determina, en virtud de las anteriores Comunicaciones, el modelo de medición Modelo de Costes Estándar de la Unión Europea, tomado, con algunas singularidades, del Modelo de Costes Estándar holandés, y estableciendo además, la organización y los objetivos de medición, así como unos principios comunes de reducción de cargas administrativas. Junto a ello, desde el año 2006 el Comité de Evaluación de Impacto se había convertido en un elemento clave del sistema de análisis de impacto, ya que había realizado un control de calidad independiente de las evaluaciones de impacto de la Comisión[560]. A ello se suman las actuaciones realizadas para facilitar la economía de los servicios en el mercado interior, eliminando las restricciones nacionales mediante el

559 Véase Comunicación de la Comisión aprobada el 6 de junio de 2007, Informe de la Comisión "Legislar mejor 2006" de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (XIV Informe) [COM (2007) 286 final].

560 El Comité fue establecido por el ex Presidente de la Comisión Europea Durão Barroso en 2006, para ofrecer un control de calidad e independencia de las evaluaciones de impacto de la Comisión, ya que examinaba todo proyecto de evaluación de impacto (*Impact Assessment, IA*), informaba sobre los estándares de calidad establecidos en las directrices de evaluación de impacto y emitían opiniones con recomendaciones sobre cómo dichas evaluaciones deberían mejorarse. Los dictámenes e informes de evaluaciones de impacto finales acompañaban a la propuesta de política correspondiente en todo proceso de toma de decisiones de la Comisión, y estaban a disposición del público una vez adoptada la propuesta. Como destacó Barroso en 2010, "en principio se necesita la opinión positiva de la Junta antes de que una propuesta puede ser presentada para decisión de la Comisión". Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, aprobado el 8 de octubre de 2010, Normativa inteligente en la Unión Europea [COM (2010) 543 final]: desde 2006 hasta 2010, se emitieron más de 400 dictámenes.

principio del país de origen, resultando paradigmática la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior[561].

Con fecha 24 de enero de 2007, la Comisión aprueba su Comunicación denominada Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea, COM (2007) 23 final[562], y creó el Grupo de alto nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas (GAN), en virtud de la Decisión de la Comisión 2007/623/CE, con el fin de asesorar a esta sobre la ejecución del mencionado Programa de Acción[563].

La Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de enero de 2008, Segundo análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea [COM (2008) 32 final], va más allá respecto a la evaluación de impacto, planteando su utilización en el proceso de elaboración de las políticas, ya que apostaba por un "sistema integrado de evaluación de impacto" de la misma, al tener la convicción de que ayudaba a "las instituciones de la UE a diseñar mejores políticas y a legislar mejor", facilitando "una toma de decisiones mejor informada a lo largo del proceso legislativo"; mejorando "la calidad de las propuestas"; fomentando "el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad"; y garantizando "la coherencia con los objetivos más ambiciosos" como los establecidos en la "Estrategia de Lisboa y la Estrategia de desarrollo sostenible", sin perjuicio de que suponía una mejora más eficaz en la comunicación, por parte de la Comisión, de sus políticas.

El reforzamiento del trabajo de las instituciones de la Unión Europea al respecto tiene, como ejemplo, que el "Consejo y el Parlamento" podían, también, "solicitar a la Comisión" que ahondase "en diversos aspectos de su evaluación inicial", sin perjuicio de que "estas evaluaciones se hayan previsto fundamentalmente para orientar la toma de decisiones de la Comisión". En este caso, "decidirá constructivamente cómo responder a estas peticiones caso por caso". Además, para facilitar el acceso a dichas evaluaciones, estas debían de ser públicas y ser accesibles a través de "un resumen de las mismas en todas las lenguas oficiales".

561 *DO* L 376 de 27.12.2006. Su análisis y traslación a la normativa española, y que aboga por el principio de intervención mínima, puede verse en J. V. Morote Sarrión (2016), «El principio de intervención mínima en el Derecho administrativo en relación con el ejercicio de una actividad», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 61-109.
562 Véase Betancor Rodríguez (2009: 175-179).
563 *DO* L 253 de 28.09.2007. El Grupo, presidido por Edmund Stoiber, antiguo Primer Ministro de Baviera, constaba de 15 miembros seleccionados por su experiencia en la mejora de la legislación y en las áreas de intervención contempladas en el Programa de Acción.

El Comité de Evaluación del Impacto ayudaba a todo esto, efectuando "controles de calidad independientes" y "a mejorar la metodología en este ámbito". Sin perjuicio de la ampliación al ámbito del diseño de políticas de esta evaluación, este Comité recomendaba la conveniencia de llevar a cabo un "análisis proporcionado", esto es, aquel que se lleva a cabo en virtud de la "importancia de la propuesta" (sin perjuicio de su incorporación en el programa, tanto legislativo como de trabajo, de la Comisión), delimitando, en consecuencia, "mejor las iniciativas" a evaluar, así como que se efectúen "los análisis del impacto antes en el proceso de elaboración de las estrategias", a favor de la calidad normativa, así como incorporando "el acceso a las fuentes de datos" y un estudio exhaustivo con anterioridad a la presentación de una propuesta en el proceso de elaboración de las políticas. En otros términos, conviene establecer los asuntos que serán objeto de análisis del impacto y requerir el dictamen del mencionado Comité "sobre los trabajos previstos en una fase poco avanzada del proceso". En consecuencia, se fortaleció el soporte a la calidad y el asesoramiento, objetivos que serían "cumplidos por la Comisión, en particular, a través de sus directrices relativas al análisis del impacto", y el mencionado Comité.

Para ello, la Comisión fijaría, en primer lugar, la atención en concretar "*un nivel de análisis proporcionado* para cada análisis del impacto teniendo en cuenta la importancia de las repercusiones potenciales y el grado de sensibilidad política de la iniciativa". En segundo término, deberán tenerse muy presente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ya que la "decisión acerca de la oportunidad de actuar y la forma en que la UE debe hacerlo, forma parte integrante del proceso de análisis del impacto". Ante esto, la "Comisión reconoce que las repercusiones a nivel regional y nacional – a menudo importantes para garantizar el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad – deben ser objeto de una atención más constante", para lo cual sería necesario adoptar noveles "instrumentos que fuesen necesarios a este respecto".

En tercer lugar, deberán incrementarse "los análisis de impactos específicos", por los que "los servicios de la Comisión debían prestar más atención al análisis de determinados ámbitos", como son: "el impacto social y distributivo, los efectos sobre el mercado interior, los consumidores, las PYME, las regiones y las autoridades locales, así como las consecuencias a escala internacional". Al respecto, corresponde "también prever los aspectos vinculados a la mejora de la transposición y la aplicación de la legislación". A ello se suma que "la evaluación del impacto debería cuantificar los impactos cuando esto sea posible y proporcionado — sin restar importancia a las incertidumbres subyacentes". Sin perjuicio de "los avances logrados (por ejemplo, los costes administrativos se tienen sistemáticamente en cuenta y, si son significativos, se miden con ayuda del Método de los costes estándar de la UE"), hay que tener en cuenta que "unos datos insuficientes

o poco fiables impiden a menudo la cuantificación", por lo que hay que reforzar "la cooperación con los Estados miembros, el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social Europeo y las partes interesadas en la materia".

Y, por último, la "colaboración de las partes interesadas y los expertos es imprescindible", convirtiéndose la "consulta" en "un hecho habitual y las opiniones de los interesados se tienen en cuenta desde el principio del proceso político". Ello va parejo al reforzamiento de la participación de expertos exteriores.

Según la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, aprobado el 28 de enero de 2009, Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea [COM (2009) 15 final], la Comisión identificó, así, un "cierto número de nuevas mejoras basándose en la experiencia" de dicho Comité, así como "las contribuciones del Grupo de alto nivel de expertos nacionales en «Legislar mejor» y la consulta pública sobre las Directrices de evaluación de impacto realizada a mediados de 2008", reflejando todo ello en las Directrices revisadas que estuvieron en vigor desde inicio de 2009, y en cuya virtud el "sistema de evaluación de impacto":

- "Estaría más centrado", por parte de la Comisión, "tanto en las propuestas legislativas del programa legislativo y de trabajo como en las que transciendan de éste, incluyendo los temas de comitología que tengan impactos significativos".

- Se llevaría a cabo una mejor consulta a los interesados. "Para las propuestas complejas o delicadas, se anima a los departamentos de la Comisión a superar el período mínimo de consulta de 8 semanas", haciéndose "nuevos esfuerzos para garantizar que todos los interesados" conozcan "las consultas y pued(a)n contribuir a ellas", para lo cual se intentaría facilitar que "las evaluaciones de impacto deban contener una reseña más clara de la información solicitada a los interesados, de lo que se recibió y de cómo se utilizó".

- Se analizaría con un mayor rigor la subsidiariedad, para lo cual las Directrices establecerían "una lista de preguntas explícitas que los servicios deben plantear para analizar el problema, y ofrecen una mayor orientación para analizar la proporcionalidad y el valor añadido de la UE para todas las opciones políticas que se presentan".

- Se llevaría a cabo una evaluación más exhaustiva de determinados impactos, "como parte de

un enfoque integrado de beneficios y costes en los ámbitos económico, social y ambiental", para lo cual "se ofrece orientación adicional sobre determinados aspectos de estos impactos", siendo "el caso del impacto en las PYME", que debe "evaluarse" mediante la "denominada «Prueba de las PYME»" conforme a la Ley de pequeña empresa, así como "los aspectos relacionados con los derechos fundamentales y de los impactos en los consumidores y la salud pública". En todo caso, y a estos efectos, se "tendrán en cuenta los impactos a nivel regional y local".

- Se realizarían "más pruebas y análisis cuantitativos", ofreciendo las Directrices una orientación clarificadora "en cuanto a la cuantificación y a las referencias a buenas prácticas para evaluar los diversos tipos de costes de cumplimiento".

- Evaluando de forma mejorada las cargas administrativas, en especial con la orientación para su cálculo, especialmente para las empresas.

Por último, se ha realizado, en la Comunicación de la Comisión, Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea, una actualización anual con nuevas iniciativas, que se han extendido progresivamente a todos los ámbitos políticos en el Programa de simplificación permanente, formando parte importante de este proceso las sugerencias aportadas por la ciudadanía, los interesados y los Estados miembros. La Comisión, con esta Comunicación, propone la adopción de "un enfoque de la simplificación más integrado cuyo objetivo es examinar todo el corpus legislativo que afecte al ámbito político para descubrir los solapamientos, diferencias e incoherencias, las medidas anticuadas y la posibilidad de reducir las cargas reglamentarias"[564]. En este último sentido, la Comisión ha trabajado para llevar a cabo distintas medidas de reducción como "la modernización de la legislación aduanera", la "creación de un entorno sin soporte papel" en las áreas prioritarias del "Derecho de sociedades" (especialmente pensando en las pymes) o las facturas electrónicas.

A partir del año 2010, se pasa de legislar mejor a la llamada normativa inteligente, avanzándose en la integración de la política de calidad normativa en el trabajo de la Comisión. Esto se debe a la importancia que le otorga la Unión a la regulación, especialmente en tiempo de crisis, reconociendo el papel importante y positivo que puede desempeñar la normativa en la recuperación económica. Al respecto, es fundamental disponer de una normativa adecuada para conseguir los

564 Esta evolución se inició con el segundo examen estratégico del Programa Legislar Mejor, por el cual la Comisión se responsabilizó en realizar un inventario completo del acervo con anterioridad a la finalización de su mandato.

objetivos de crecimiento inteligente, sostenible e integrador definidos en la Estrategia Europea 2020[565].

Destaca, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, aprobada el 8 de octubre de 2010, denominada Normativa inteligente en la Unión Europea [COM (2010) 543 final], que tenía como objeto definir lo que "significará en la práctica" esta normativa, identificando una serie de elementos claves en la política de regulación inteligente. En este sentido, "la normativa o regulación inteligente se refiere al conjunto del ciclo político, desde la concepción de un acto legislativo hasta" su "aplicación, cumplimiento, evaluación y revisión". Es llamativo que se da importancia a la elaboración de la nueva legislación y a la revisión de la legislación existente. Además, "la normativa inteligente debe seguir siendo una responsabilidad compartida de las instituciones europeas y los Estados miembros". Y, por último, se le otorga una mayor importancia a los "más afectados por la normativa", atribuyéndoles "un papel clave en el proceso". Al respecto, la "Comisión dispone de numerosos métodos de consulta basados en normas mínimas establecidas desde 2002"[566].

A partir de aquí, la Comisión animó al Parlamento Europeo y al Consejo a que aprobasen rápidamente "propuestas en materia de simplificación y reducción de las cargas", e invitó a los Estados miembros a que las aplicasen cuanto antes. A estos efectos, la Comisión presentó propuestas que, si se adoptaban, "podrían generar unos ahorros anuales de aproximadamente 38 000 millones EUR para las empresas europeas, de una carga total estimada en 124 000 millones EUR – esto es, una reducción del 31%"[567].

565 Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020 final]. El objetivo de la estrategia era una "recuperación económica" basada en unas reformas que tuviesen base sólida.

566 A través de la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo -Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas [COM (2002) 704 final]. Esta Comunicación se complementa con los siguientes documentos: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, aprobada el 12 de diciembre de 2012, Adecuación de la normativa de la UE [COM (2012) 746 final], Documento de trabajo de la Comisión *SWD (2012) 422* denominado Revisión de la política de consulta de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Adecuación normativa de la UE (*Review of the Commission Consultation Policy Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU Regulatory Fitness*), y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de junio de 2014, Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT): Situación actual y perspectivas [COM (2014) 368 final].

567 Afirma dicha Comunicación [COM 2010) 543 final], además, que: "El Parlamento Europeo y el Consejo" aprobaron, en fecha cercana a la de la Comunicación, "una propuesta relativa al impuesto sobre el valor añadido que permitiría realizar tales ahorros por valor de unos 18 400 millones EUR", y recogió que estaba "examinando otra propuesta destinada a permitir a más de 5 millones de microempresas quedar exentas de las normas contables de la UE".

A partir de 2011, el foco se sitúa en las pymes, como lo demuestra la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Revisión de la «Small Business Act» para Europa [COM (2011) 78, que es la revisión del documento plasmado en el 2008][568] y el Acta del Mercado Único II [COM (2011) 206], y la Comunicación de la Comisión, Informe de la Comisión, Reducción al mínimo de la carga normativa para las PYME-Adaptación de la normativa de la UE a las necesidades de las microempresas [COM (2011) 803 final], en virtud de una propuesta del, por entonces, Presidente de la Comisión Durão Barroso, aceptada por el Consejo Europeo de junio de 2011, ya que la Comisión había comenzado un nuevo análisis del acervo legislativo de la Unión Europea para observar potenciales nuevas exenciones o reducciones de cargas para las pymes, especialmente para las microempresas.

La Comisión puso en marcha en diciembre de 2012 la iniciativa Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación de la Comisión Europea (*Regulatory Fitness and Performance Programme, REFIT)* basándose en el conocimiento obtenido de la evaluación y reducción de la carga administrativa[569]. Dicho programa identificaría las incoherencias, las lagunas y las medidas ineficaces, prestando especial atención a las potenciales cargas normativas referidas al modo en el cual legislación de la Unión Europea se aplica a nivel nacional y subnacional. A tal efecto, la Comisión identificaría, evaluaría, adoptaría y supervisaría la ejecución de iniciativas, lo que conllevaría una ingente reducción de los costes normativos o bien la simplificación legislativa, alcanzando los objetivos políticos y disfrutando de los beneficios de la legislación de la Unión Europea, con unos costes y cargas administrativas mínimas, en el marco de los Tratados, y especialmente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación[570] incluye una continuación del Programa de Reducción de las Cargas Administrativas (*Administrative Burden Reduction, ABR*) -

568 Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas {SEC(2008) 2101} {SEC(2008) 2102} [COM (2008) 394 final]. Al respecto, afirma J. Viera González (2009), «Presupuestos de política legislativa en las reformas en materia de sociedades de capital cerradas», en VV.AA, *Legislar Mejor 2009* (págs. 374-396), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (pág. 377) que el "objetivo principal de la *Small Business Act* es articular un marco político completo para la Unión Europea y los Estados miembros a través de dos conjuntos de medidas fundamentalmente", primero "mediante la asunción de una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de Unión Europea como de los Estados miembros" y segundo "mediante la realización de nuevas propuestas legislativas (…) guiadas por el principio de 'pensar primero a pequeña escala'".

569 Se llevó a cabo en determinados ámbitos materiales a través del "cribado de adecuación" (*fitness check*), véase Gamero Casado (2014 a: 57-59).

570 El programa se amplió en 2014.

ABR Plus[571], que se centraría en el seguimiento en los Estados miembros, pidiéndoles que informen, a más tardar el 31 de diciembre de 2013, sobre la manera en que han ejecutado las medidas del mencionado Programa de Reducción. El Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas tenía, entre sus atribuciones, prestar asistencia y asesoramiento sobre su seguimiento, para lo cual contrasta las estimaciones iniciales con los resultados finales, mejorando la interrelación de buenas prácticas entre los Estados miembros. El seguimiento en la aplicación de las medidas adoptados por la Unión Europea para reducir costes administrativos innecesarios se vería fortalecido por el realizado, también, por las empresas y los Estados miembros. Además, el Grupo de Alto Nivel, a estos efectos, elaboró un informe de buenas prácticas, sobre la carga administrativa[572].

Por otro lado, también en 2012, el Parlamento Europeo estableció una nueva Dirección de Evaluación de Impacto y Valor Agregado Europeo (*Directorate for Impact Assessment and European Added Value*), en el cual "lleva a cabo un control de calidad de las evaluaciones de impacto de la Comisión Europea y realiza una evaluación *ex post* de la regulación existente"[573].

En 2013, y en relación con el impacto y la cooperación regulatoria internacional, destaca el inicio de las negociaciones entre la Unión Europea y los Estados Unidos para alcanzar el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*)[574].

El 24 de junio de 2014 se aprueba el documento denominado Reducir la burocracia en Europa. Legado y perspectivas. Recomendaciones del Informe final del Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas (*Cutting Red Tape in Europe. Legacy and Outlook. Final Report*)[575], donde se

571 Véase ICF International (2015), *ABR Plus Study. Final Report*, Luxemburgo, accedido el 8 junio 2020, de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/abrplus-study-final-report_mar2015_en.pdf. Así lo afirma J. Guillem Carrau (2015), «La mejora de los entornos normativos y la competitividad económica: el ajuste regulatorio (REFIT) de la UE», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 28, págs. 187-208 (pág. 195).

572 Al respecto, la Comisión rebasó el objetivo, presentando propuestas de cargas administrativas más allá del 30%, en tanto que los colegisladores acogieron medidas equivalentes al 25%. Para una información más detallada del programa de acción, véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión adjunto denominado SWD (2012) 423 final denominado Programa de acción para reducir las cargas administrativas en la Unión Europea. Informe final que acompaña al documento de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de Adecuación de la normativa de la UE (*Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU Final Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU Regulatory Fitness*).

573 OCDE (2019 b: 35).

574 La parte 2 del documento sobre el cual se negoció el Acuerdo trataba sobre la cooperación regulatoria. Las negociaciones finalizaron en 2016 sin acuerdo (véase, al respecto, lo ya mencionado en este Capítulo en relación con los Estados Unidos).

575 High Level Group on Administrative Burdens (2014), *Cutting Red Tape in Europe. Legacy and Outlook. Final Report*,

sigue haciendo referencia a la necesidad de continuar el camino de la regulación inteligente y ahondar más en un mayor número de medidas en materia de reducción de cargas administrativas y obstáculos innecesarios al emprendimiento para generar una economía de riqueza y crecimiento en la Unión y los Estados miembros que la componen.

De hecho, en 2014, la Comisión hace balance y examina la situación de futuro que se puede encontrar con el Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación, señalando que su rápida y exhaustiva aplicación era una prioridad, debiendo avanzarse, notablemente, en la formulación de propuestas, su adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo, y su ejecución por los Estados miembros. Así lo hace constar la Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de junio, Programa de adecuación y eficacia de la regulación (REFIT): Situación actual y perspectivas {SWD (2014) 192 final} [COM (2014) 368 final][576], en donde se certifican tanto las medidas adoptadas por la Comisión, el legislador europeo y los Estados miembros. Entre dichas medidas, podemos señalar, por ejemplo, las referidas a la simplificación de las obligaciones en materia del impuesto del valor añadido, "el estatuto de la sociedad privada europea, así como sobre la protección del suelo"). Por su parte, el Parlamento Europeo y el Consejo han adoptado un "nuevo marco jurídico para la contratación pública" que contiene medidas para hacer que la misma "sea más fácil y menos gravosa desde el punto de vista administrativo", y promueva, también, "la contratación electrónica". Por último, los "Estados miembros tienen la importante responsabilidad de la aplicación oportuna y plena de la normativa de la UE", correspondiendo "a las autoridades de los Estados miembros utilizar las distintas opciones de simplificación que ofrece la legislación de la UE", así como "garantizar" que su legislación "se aplique a nivel local, regional y nacional de la manera más eficaz y eficiente posible"[577].

Además, en dicho año, la Comisión dirige su atención a las tecnologías de la información y las comunicaciones, especialmente en un campo que empieza a descubrir su importancia en la toma

Bruselas, accedido el 8 junio 2020, de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/final-report-of-the-high-level-group_july 2014_en.pdf. Se clasifican las recomendaciones en tres grupos en virtud de los sujetos a los que se dirigen: por un lado, la Comisión, por otro lado, el resto de las instituciones europeas y, por último, los Estados miembros. Véase, a estos efectos, una visión resumida en las páginas 9 y 10.

576 A dicho documento le acompaña el documento de trabajo SWD (2014) 192 final denominado Programa de adecuación y rendimiento regulatorio (REFIT): estado de la situación y perspectivas (*Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT): State of Play and Outlook*), así como el documento que corrige a este SWD (2014) 192 final/2.

577 La Comunicación pone como "*ejemplo de diferencias significativas en la práctica de los Estados miembros (…) el ámbito de la contratación pública*", donde se ha manifestado que la "*duración habitual de un procedimiento de contratación pública varía entre 11 y 34 semanas, mientras que el coste medio en personas/días de trabajo varía en un factor de cuatro entre diferentes Estados miembros"*.

de decisiones públicas como el *big data* y la inteligencia artificial[578]. Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2014, Hacia una economía de datos próspera [COM (2014) 442 final], afirma que la "digitalización acelerada de los servicios públicos, impulsada por la necesidad de modernizar, reducir costes y ofrecer servicios innovadores, abre nuevas oportunidades para optimizar el almacenamiento, la transferencia, el procesamiento y el análisis de datos"[579].

A partir del 1 de noviembre de 2014, entró en funciones la Comisión presidida por Jean-Claude Juncker, quien insiste en que nos encontramos con un nuevo comienzo debido a la crisis económica y la falta de capacidad de reacción de la Unión ante dicha situación[580]. La Comisión, a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo de 2015, Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE [COM (2015) 215 final], estableció una nueva propuesta de Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación, reconociendo que el Acuerdo Interinstitucional Legislar Mejor adoptado en el 2003 se había convertido más en un marco de buenas intenciones, que no se habían plasmado de manera coherente en la práctica por parte del Parlamento Europeo y el Consejo[581]. Además, la Comunicación establece una serie de iniciativas nuevas y en curso para reducir cargas, como son derogar la legislación obsoleta, para lo que es necesario identificar aquellas normas que se encuentren así, mediante un cribado de la legislación sectorial[582]; evaluaciones y chequeos; mejorar la aplicación y simplificar la financiación de la

578 La Comisión define a la inteligencia artificial como "sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos" [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa, COM (2018) 237 final, pág. 1].

579 Entre las distintas iniciativas a desarrollar a estos efectos, la Comunicación se refiere a las denominadas "iniciativas de datos de tipo «faro», capaces de mejorar la competitividad, la calidad de los servicios públicos y la vida de los ciudadanos".

580 Véase *Directrices políticas del Presidente Juncker*, accedido el 12 julio 2020, de https://agasca.net/wp-content/uploads/2017/11/53f2ea1d-8cf6-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.es_.pdf. Véase E. Goldberg (2018), «'Better Regulation': European Union Style», *M-RCBG Associate Working Paper Series*, 98 (págs. 20 y 21), accedido el 30 junio 2020, de https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/98_final2.pdf.pdf, quien afirma que dicho mandato estaba caracterizado por una "mejor planificación, una mejor consulta pública / retroalimentación y un escrutinio independiente mejorado", en el cual se da "prioridad a la supervisión política e introdujo un sistema de validación temprana de iniciativas para garantizar que solo aquellas iniciativas con el respaldo de la Comisión se prepararían mediante una evaluación de impacto". En relación a la planificación estratégica (págs. 23 y 24), afirma que se desarrolla mediante el establecimiento de prioridades por parte de la Comisión al comienzo de su mandato, además de una posterior declaración de política anual del Presidente de la misma (Estado de la Unión) en septiembre y un programa de trabajo anual en octubre.

581 Se afirma en la Comunicación que, según los datos de dicha Comisión, "entre 2007 y 2014", esta "produjo más de 700 evaluaciones de impacto; en el mismo período, el Parlamento Europeo evaluó el impacto de unas 20 de sus enmiendas, mientras que el Consejo no evaluó ninguna". Además, especialmente "en las fases finales de las negociaciones, los acuerdos se alcanzan sin tener del todo en cuenta los impactos directos e indirectos que las enmiendas de transacción pueden desencadenar", incluso, dichas instituciones se han mostrado poco receptivas "a dar su acuerdo a medidas que habrían reducido las cargas administrativas".

582 Como, por ejemplo, los análisis realizados con carácter anual en materia de agricultura y pesca, para identificar los actos obsoletos.

Unión Europea.

Junto con la nueva página web denominada Aligere la carga - Exprese su opinión, la Comisión creó una nueva Plataforma *REFIT*[583] que daba a la gente la oportunidad de expresar su parecer y proporcionaba una base para un trabajo inclusivo sobre un programa común. En dicha Plataforma podían participar expertos de alto nivel procedentes de empresas, de organizaciones de interlocutores sociales y de la sociedad civil, designados a través de un proceso abierto y transparente, así como expertos de los veintiocho Estados miembros, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones. Toda parte interesada que tuviesen inquietudes o sugerencias podían comunicar a la Plataforma sus opiniones, que estudiaba esas sugerencias, promovían opiniones sobre temas específicos y formulaban propuestas concretas a la Comisión.

En la Comunicación de la Comisión Europea Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE, se publicó un paquete de medidas para la mejora de la legislación, en las que se hace hincapié en que la mejora de la regulación es una herramienta para adoptar decisiones políticas oportunas y juiciosas, sin que pueda llegarse a su sustitución[584]. Según la Comisión en esa Comunicación, legislar mejor, en definitiva, supone asegurarse de que las normas cumplan los objetivos comunes, pero, "no quiere decir que haya «más» o «menos» legislación de la UE", como tampoco "significa desregular o dejar de tratar como prioritarios determinados ámbitos políticos, ni comprometer los valores que nos son preciados: la protección social y medioambiental y los derechos fundamentales, incluida la salud, por poner solo algunos ejemplos". Al respecto, la Comisión establece, como principales objetivos los siguientes:

a) Aumentar la transparencia del proceso decisorio europeo, siendo necesario explicar mejor lo que se hace y cómo se hace, para lo cual la Comunicación prevé que "cada propuesta de la Comisión estará acompañada de una exposición de motivos mejorada"[585].

583 El mandado de la Plataforma expiró el 31 de octubre de 2019 y fue sustituida por la Plataforma Preparados para el Futuro, creada por la Comisión en 2020.

584 A estos efectos, la Comunicación señala que la "legislación debe hacer lo que está previsto que haga, debe ser fácil de aplicar, debe proporcionar seguridad y previsibilidad y debe evitar toda carga superflua", debiendo ser las normas "sensatas, realistas, correctamente aplicadas y cumplidas en el conjunto de la Unión Europea" y que "cumplan con su cometido de realizar nuestros objetivos comunes: ni más, ni menos".

585 En esta se explicará: 1) La "finalidad de la medida propuesta". 2) Exponer "cómo se han aplicado los principios de mejora de la legislación: por qué la iniciativa es necesaria, por qué es la mejor herramienta que puede utilizar la Unión Europea", además de indicar en "qué piensan las partes interesadas y cuáles son los probables impactos medioambientales, sociales y económicos, en particular sobre la competitividad y para las pequeñas y medianas empresas (pymes)". 3) De manera más exhaustiva, "cómo la iniciativa supera la doble prueba de subsidiariedad (por qué los Estados miembros no pueden lograr el objetivo por sí solos) y proporcionalidad (por qué la medida propuesta no excede de lo necesario para realizar el objetivo)". Dicha Comunicación afirma que: "Todas las propuestas legislativas y todos los actos delegados deben ir acompañados de una exposición de motivos, pero no así los actos de ejecución". Otro ejemplo de transparencia en el proceso de toma de decisiones es el Registro Interinstitucional de Actos Delegados, según comunicado de prensa de

b) Mejorar la calidad de la legislación, siendo necesario, al respecto, "ser claros sobre los objetivos", cualesquiera que sean. Además, se proyectan unas "nuevas directrices integradas para la mejora de la legislación", que "se aplicarán" a partir de la fecha de dicha Comunicación en los trabajos de la Comisión, teniendo en cuenta todos los impactos en la misma medida, junto con los derechos fundamentales, en todo ejercicio analítico de la Comisión, aunque garantizando como una prioridad la "competitividad y el desarrollo sostenible". Se utilizarán los "mejores datos empíricos y conocimientos científicos disponibles". Junto a esto, se dispone un refuerzo del "compromiso de establecer planes claros de seguimiento y aplicación antes de la adopción de medidas".

c) Incentivar la participación y consulta de los interesados en la formulación de la legislación europea. Hay una frase que representa la intención de la nueva Comisión, y que se recoge en aquella Comunicación, cual es "consultar más y escuchar mejor". Esto se debe aplicar en todas las fases del proceso de toma de decisiones. Por esto, la Comisión establece la posibilidad de "crear un portal web en el que se pueda hacer un seguimiento de cada iniciativa". Para ello, hay un "compromiso de mantener consultas de alta calidad y transparentes", fundamentalmente, a través de dos vías: por un lado "las partes interesadas podrán expresar sus opiniones a lo largo del ciclo de la vida de una política"[586]; y, por otro lado, las partes interesadas se manifestarán en relación con los actos de ejecución que contengan "elementos técnicos o específicos" necesarios para la ejecución de la "legislación adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo"[587]. Además, la "Comisión publicará en línea una lista indicativa" de todos estos actos "que estén tramitándose, para que las partes interesadas" puedan planificarlo "con antelación". También, se prevé que, si hay un "impacto significativo", será necesario realizar "evaluaciones de impacto proporcionadas". Todo esto, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones específicas a las consultas de la Comisión dirigidas a los

la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2017, accedido el 19 junio 2021, de https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/es/IP_17_5221.

586 Y ello en distintas fases: una primera, en el momento en que empiezan a trabajar en una nueva iniciativa. Esta fase se refiere a la participación en los planes de trabajo y las evaluaciones de impacto iniciales. Una segunda, de consultas públicas (doce semanas) al elaborarse nuevas propuestas y cuando se analice y "chequee" la legislación vigente. Y una tercera, una vez adoptada la propuesta por la Comisión, para lo cual, según la Comunicación, "los Parlamentos nacionales tienen la oportunidad de emitir su dictamen motivado sobre la subsidiariedad. Además, la Comisión invitará a los ciudadanos y las partes interesadas a transmitir sus comentarios y observaciones durante un plazo de ocho semanas" con la finalidad de integrar sus observaciones al debate legislativo, para lo cual la Comisión las compilará y comunicará al Parlamento Europeo y al Consejo.

587 Al respecto, se aplican una serie de excepciones a los proyectos, tanto de actos delegados como de ejecución (según indica la Comunicación): "cuando se trate de proyectos de actos de ejecución que se refieran a la gestión financiera y, para ambos tipos de actos, cuando el margen de discrecionalidad sobre su contenido sea escaso o nulo; cuando se hayan mantenido ya amplias consultas durante la preparación del acto (como las que llevan a cabo las agencias de la UE); cuando la urgencia impida realizar esas consultas; o por otras razones debidamente justificadas".

> "interlocutores sociales", de conformidad con lo previsto en los artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La participación debe permitir que todos expresen su opinión, para conocer los comentarios sobre cualquier aspecto de las políticas y de la legislación de la Unión Europea, en cualquier momento[588].

De otra parte, también existe la convicción de la necesidad de fortalecer el Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación y llevar a cabo mejores evaluaciones de impacto y controles de calidad que analicen las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de la legislación europea. En virtud de esto, la Comisión debe estar abierta al escrutinio, creando un nuevo órgano como es el Comité de Control Reglamentario *(Regulatory Scrutiny Board)*[589], el 1 de julio de 2015, que reemplazó al Comité de Evaluación de Impacto (*Impact Assessment Board*)[590] en virtud de la Decisión del Presidente de la Comisión Europea sobre su establecimiento e independencia [C (2015) 3263 final], teniendo como función la emisión de dictámenes sobre todos los proyectos de evaluación de impacto de la Comisión y sobre las principales evaluaciones y controles de adecuación de la legislación vigente. Siendo necesario que, como regla general, toda iniciativa que lleve aparejada una evaluación de impacto presentada por la Comisión cuente con el dictamen "favorable" o "favorable con reservas" del Comité[591].

En el año 2015, concretamente el 19 de mayo se aprueba el Documento de trabajo de la Comisión Directrices de Mejora Regulatoria [SWD (2015) 111 final][592]. Dichas directrices son

588 Para esto, en la página web de la Comisión sobre mejora de la legislación se estableció una nueva función, ya mencionada, denominada "Aligere la carga, Exprese su opinión" (*Lighten the Load — Have Your Say*), donde se ofrecía a todos para que expresasen su opinión e hiciesen observaciones sobre la legislación vigente y las iniciativas de la Unión Europea, como adición a las consultas formales que mantenía la Comisión. Así, D. Canals Ametller (2019), «Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 93-104 (pág. 102), sostiene que las instituciones europeas son conscientes, referido a la evaluación de impacto normativo, de que "deben abrirse a la participación ciudadana, tanto en el momento preliminar a la toma de decisiones normativas como en el momento posterior de evaluación de la aplicación y cumplimientos efectivos de una determinada regulación".

589 A estos efectos, hay que tener en cuenta la Comunicación a la Comisión en relación con el Comité de Control Reglamentario sobre la misión, tareas y composición del órgano [C (2015) 3262 final].

590 Comisión Europea (2014), Comité de Evaluación de Impacto. Actividad estadística 2014 (*Impact Assessment Board. 2014 activity statistics*), accedido el 28 noviembre 2021, de https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/iab/docs/iab_stats_2014_en.pdf. En virtud de dicho documento, en 2014 se produjo una disminución de las evaluaciones de impacto total examinadas respecto a los años anteriores, y concretamente respecto del 2013 que eran 97 y que pasaron a ser 25 en 2014, así como una reducción del número de dictámenes emitidos respecto a los de 2013, que ascendía a 142 y en 2014 se cifraban en 35.

591 Durante el proceso de decisión de la Comisión constarán el dictamen y la evaluación de impacto junto con el proyecto de iniciativa. Todas las evaluaciones de impacto y los dictámenes del Comité se publican cuando la Comisión adopta la propuesta, publicándose, también, los informes de evaluación y de control de adecuación junto con sus respectivos dictámenes. Al respecto, véase Comité de Control Reglamentario, accedido el 19 junio 2021, de https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_es.

592 En relación con la evaluación retrospectiva y la reducción de cargas administrativas, se señala que cualquier revisión no pondrá en peligro el respeto de los principios de mejora regulatoria establecidos en las directrices y en la Comunicación de la Comisión Mejora regulatoria para mejores resultados - Una agenda de la UE. A estos efectos, se realiza una serie de afirmaciones como el uso inteligente de la tecnología puede reducir los costes y la captura electrónica de datos en el punto

complementadas con la Caja de Herramientas de la Mejora Regulatoria (*Better Regulation Toolbox*), la cual supone un instrumento de orientación profesional en la aplicación de la iniciativa Legislar Mejor[593].

De otro lado, puede reconocerse una cierta consolidación del posicionamiento de la Unión Europea respecto de la importancia de la administración electrónica, a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración [COM (2016) 179 final], en el que se afirma que existe una necesidad de las Administraciones Públicas en sus interacciones entre sí y con las personas interesadas de utilizar el entorno digital, facilitando la participación e implicación de los interesados en el proceso de toma de decisiones[594].

Para la consolidación de la corresponsabilidad institucional en mejora regulatoria, el 13 de abril de 2016 se firma el nuevo Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación, por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión[595], donde se establece que las "tres instituciones reconocen su responsabilidad compartida de adoptar una legislación de alta calidad y de velar porque la legislación de la Unión se centre en aquellos ámbitos en los que tenga mayor valor añadido" para la ciudadanía europea, "sea lo más eficiente y eficaz posible para la consecución de los objetivos comunes de las políticas de la Unión, sea lo más sencilla y clara posible", así como "evite un exceso de regulación y de cargas administrativas para los ciudadanos, las administraciones y las empresas, especialmente para las pequeñas y medianas empresas (pymes)", y que "esté concebida para facilitar su transposición y su aplicación práctica y para

de origen es más barata que las entrevistas o encuestas periódicas. Además, la evaluación ofrece conclusiones sobre si la intervención de la Unión Europea está justificada o debe ser modificada para mejorar su eficacia, relevancia y coherencia o eliminar cargas excesivas o inconsistencias o simplemente ser derogadas. En dicho documento se resalta un tipo de actuación en la que suelen incurrir los Estados miembros referido a la normativa de la Unión, la mencionada sobrerregulación (*gold-plating*). A esto, podemos añadir la "ineficiente aplicación de la legislación de dichos Estados de la normativa comunitaria".

593 Concretamente en la herramienta n.º 43 de la Caja de Herramientas de Mejora Regulatoria de 2015 se hacía especial mención a las cargas, indicando que en todas las evaluaciones debe recordarse que uno de los criterios clave es la eficiencia y que implica una relación de costes y beneficios que requiere una evaluación de ambos. Pero, más allá de la estimación de los costes y beneficios actuales, cada evaluación y chequeo debe buscar, identificar e informar sobre el potencial de reducir cargas administrativas (*administrative burdens*) o cargas regulatorias (*regulatory burdens*), simplificando o revisando la intervención existente (véase la herramienta n.º 58 de la actual versión de la Caja de Herramientas de Mejora Regulatoria). Como complemento, en este ámbito, también existía una calculadora de carga administrativa (herramienta 60 de la mencionada versión de la Caja de Herramientas - en la versión actual, en dicha herramienta, se establece respecto de la calculadora uno dentro, uno fuera, *OIOO calculator*-).

594 Véase F. J. Durán Ruiz (2017), «Big data aplicado a la mejora de los servicios públicos y protección de datos personales», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 12, págs. 33-74.

595 *DO* L 123, de 12.05.2016. Al respecto, véase Del Guayo Castiella (2017 a: 135 y 136).

fortalecer la competitividad y la sostenibilidad de la economía de la Unión"[596].

De otro lado, el afianzamiento del Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación se produce con la aprobación por la Comisión, el 14 de septiembre de 2016, de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte [COM (2016) 615 final], que refuerza dicho Programa.

Con fecha 19 de enero de 2017 se publica la Comunicación de la Comisión – Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación [C (2016) 8600][597], que establece tres tipos de medidas: las primeras, de colaboración con los Estados miembros, a través del diálogo, el refuerzo de sus capacidades y el fomento de la mejora de la calidad de la legislación. En segundo término, la Comisión fija sus prioridades en el ejercicio de su poder discrecional en la utilización de los procedimientos de infracción que afecten a los intereses de la ciudadanía y las empresas, reforzando la evaluación de conformidad y adoptando sanciones por falta de comunicación de las medidas de transposición (como, por ejemplo, la imposición de multas sistemáticas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); y, por último, dirigida a la ciudadanía, haciendo llegar las ventajas del Derecho de la Unión Europea, especialmente referido al asesoramiento y las vías de recurso[598].

596 Canals Ametller (2019: 102) afirma que existe una "falta de atención respecto de los procesos de evaluación de impacto realizados en el proceso normativo europeo, para que sus resultados sean tenidos en cuenta en las correspondientes evaluaciones nacionales de impacto normativo", ya que las "evaluaciones de impacto europeas contienen importante información a tener en cuenta por los reguladores nacionales y autonómicos". En esa línea, véase Schmidt-Aßmann (2012: 115) al establecer que las "Administraciones nacionales constituyen la base" de la totalidad de "Administraciones del espacio comunitario" que se encuentran interrelacionadas, y que aplican en gran medida el Derecho de la Unión, resaltando la ejecución descentralizada de las competencias comunitarias en virtud del artículo 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pero dicho autor señala (págs. 117, 119 y 121) que la elaboración y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (art. 291.2 de dicho Tratado), en un marco de colaboración y cooperación a todos los niveles, tiene un déficit "en la falta de transparencia y de claridad en el reparto de responsabilidades" y la falta de "amplias competencias" de la Unión Europea "para determinar el Derecho Administrativo general de los Estados miembros" (aunque completados con la introducción de principios generales del Derecho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que conlleva, en todo caso, una falta de determinación de responsabilidad. Esta exigencia de corresponsabilidad al resto de Instituciones europeas (más allá de la Comisión) y a los Estados miembros, fue remarcada por el Grupo de Trabajo 2c del Libro Blanco de 2001 sobre la Gobernanza Europea, en el cual afirmaba que "la acción solo a nivel comunitario, y a fortiori solo por la Comisión, seguramente no tendrá éxito.", véase Comisión Europea (2002 a), *European Governance. Preparatory work for the White Paper*, Luxemburgo: Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (pág. 119).

597 *DO* C 18, de 19.01.2017.

598 El 7 de julio de 2017 se aprueba una nueva versión de las Directrices de Mejora Regulatoria, como documento de trabajo de la Comisión [SWD (2017) 350]. Este Documento comienza por la determinación de qué se entiende por legislar mejor, que consiste en "diseñar las políticas y leyes de la UE de forma que consigan sus objetivos con el mínimo coste", supone el trabajo necesario para preparar, abierta y transparentemente, las decisiones políticas, "con conocimiento de las mejores evidencias disponibles y respaldada por la completa participación de las partes interesadas", respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La mejora regulatoria se aplica tanto a las nuevas como a las iniciativas existentes. Además, la mejora regulatoria cubre el ciclo político (*policy cycle*), que consiste en las siguientes fases: preparación, adopción, implementación y aplicación. De otra parte, las Directrices, están compuesta, a su vez, de distintas subdirectrices en materia de: planificación; evaluación de impacto; preparación de propuestas, implantación y transposición; monitorización; evaluación y comprobación de rendimiento; y consulta a las partes interesadas.

Posteriormente, la Comisión aprueba el 24 de octubre de 2017 su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Conclusión del programa de mejora de la legislación: mejores soluciones y mejores resultados [COM (2017) 651 final], en la que se hace hincapié en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; la transparencia, legitimidad y rendición de cuentas; la simplificación de la legislación y abordar los costes innecesarios; la evaluación de métodos alternativos para la simplificación y la reducción de costes; y la determinación de un nuevo método de control de la aplicación de la legislación de la Unión. Como puede verse, hay determinados principios y acciones que va consolidando la política regulatoria de la Unión Europea.

Así, se seguirá avanzando en la mejora regulatoria en el marco de los mencionados principios con la aprobación por la Comisión el 23 de octubre de 2018, de la Comunicación al Parlamento Europeo al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE [COM (2018) 703 final], previendo acciones de reforzamiento de los mismos, mediante el fomento de su comprensión común a través, fundamentalmente, de una plantilla de evaluación de estos principios, en la que se incluirán los comentarios realizados; la capacitación de los parlamentos nacionales para una mayor eficacia en el control; un incremento de actividad en la participación por parte de los entes regionales y locales; y la "evaluación de la legislación vigente desde la perspectiva de la subsidiariedad".

En el año 2019, (el 15 de abril), se publica el documento denominado Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso[599], donde se hace una retrospectiva, en términos generales, de lo realizado, de lo aprendido en el pasado, y de las actuaciones en las cuales se debe seguir insistiendo. Así, se mantiene la convicción de que la calidad normativa es una responsabilidad compartida con los Estados, y que debe existir una mayor participación y retroalimentación con las personas interesadas en la elaboración de las políticas, una consolidación en la idea de la importancia de la evaluación y un mantenimiento de la adecuación de la legislación vigente[600].

599 Comisión Europea (2019), *Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso*, Luxemburgo, accedido el 8 junio 2020, de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-taking-stock_es.pdf.
600 A ello se añade el empuje de la llamada administración electrónica, destacando el inicio de la ejecución del proyecto *PolicyCloud* el 1 de enero de 2020 (el cual finalizará en el 2023), con financiación comunitaria, el cual proporcionará un entorno integral en la nube en la gestión de políticas basadas en datos que facilitará la toma de decisiones públicas en relación con su elaboración, aplicación, simulación y adaptación de políticas. Para tener más información sobre dicho proyecto, véase el siguiente enlace https://cordis.europa.eu/project/id/870675/es, accedido el 20 junio 2020. Además, en relación con la inteligencia artificial, el 19 de febrero de 2020, se aprobó por la Comisión la Comunicación, Libro Blanco

Por último, he de mencionar la aprobación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Legislar mejor, aunar fuerzas para mejorar la legislación [COM (2021) 219 final], en la cual se reconoce el trabajo de mejora regulatoria realizado por la Comisión como "uno de los enfoques reguladores más avanzados del mundo".

De todo lo expuesto, es claro que hay toda una trayectoria en la Unión Europea de preocupación por la cantidad y la calidad de su regulación, que es compartida por los Estados miembros[601]. Al respecto, la calidad normativa se impone en virtud del impulso fundamentalmente británico, por el que se van asimilando aspectos propios de la eficacia y eficiencia de las políticas de la Unión para, a partir de unos intentos tímidos de una política de calidad normativa, evolucionar a un constante afianzamiento movido por el tratamiento de la política *better regulation* desde dos puntos de vista: por un lado, la gestión de las competencias y la adopción de decisiones por las instituciones comunitarias; y, por otro lado, por consideraciones estrictamente económicas. No obstante, ello no ha impedido que se haya seguido en la búsqueda de una auténtica gobernanza regulatoria.

En este sentido, resulta fundamental la construcción de una evaluación de impacto integral, afectando a distintos ámbitos de la realidad, que articula un modelo de reducción de cargas administrativos propio, derivado del Modelo de Costes Estándar (aunque no es asimilado tal cual por los Estados miembros que asumen derivaciones, también, de dicho Modelo con pequeñas diferencias[602]) y estableciendo un objetivo de reducción. Además, se aumenta la consulta, tanto formal como informal, especialmente teniendo en cuenta a los grupos de presión.

En definitiva, la mejora y la evolución es evidente, y su efecto es contagioso para otros países de tradición jurídica distinta, como es el caso de España. Desde esta perspectiva, debe insistirse en la importancia del aumento del control de la calidad de las evaluaciones, y el hecho de que se cree

sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza [COM (2020) 65 final], especialmente centrado en evitar los posibles riesgos de la misma en la ciudadanía como, por ejemplo, "la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo y la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos".

601 Esa inquietud en relación con la cantidad, la manifiesta, por ejemplo, el Consejo de Estado (2003), *Memoria del Consejo de Estado 2002*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 70) al afirmar que en la "profusión excesiva de normas" coadyuva el "caudal creciente procedente por caminos distintos de las diversas instancias de la Unión Europea" llevando al ordenamiento jurídico español a una situación de complejidad jurídica.

602 Teniendo en cuenta la dificultad de precisar en una evaluación prospectiva las cargas y beneficios de los Estados que componen la Unión en los que existe una cierta autonomía en la implementación y aplicación, así como la falta de existencia de datos comparables, véase Goldberg (2018: 6).

un órgano especializado a estos efectos, cuyo dictamen condiciona con su preceptividad y vinculatoriedad el proceso; así como la determinación de fechas comunes de vigencia de las normas y el establecimiento de redes de aplicación.

No obstante, en mi opinión, existen una serie de elementos que deben mejorar, entre las que pueden destacarse las siguientes: una adecuada implementación de las evaluaciones y políticas, debido a las competencias que posee la Unión Europea (no solo de los Estados, sino de las propias instituciones europeas, que se intentan salvar con acuerdos entre ellas al respecto)[603]; la falta de conexión de las actuaciones de la Unión a la ciudadanía y de su relevancia jurídica; la ausencia de determinación de una medición de los ingresos públicos y su evaluación retrospectiva (salvo en el ámbito de los fondos europeos), que es susceptible de mejora[604], y ello con la finalidad de construir un círculo virtuoso de la calidad normativa. A esto debe sumarse, la necesidad de mejorar la información que hay que tener en cuenta para una adecuada adopción de decisiones, utilizando las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como los *big data* y la inteligencia artificial; y, en otro orden de cosas, la oportunidad de una adecuada distribución de las cargas de trabajo de las instituciones, frente a la preponderancia excesiva de la Comisión en el ejercicio de la política de mejora regulatoria.

De otra parte, el acervo comunitario constituye otro aspecto fundamental de la política de calidad normativa, en el sentido de que se precisa no solo de su simplificación y modernización (adoptando técnicas legislativas como la refundición, la derogación, la codificación y la revisión), sino, también, su asimilación por los destinatarios, como garantía de su adecuado cumplimiento (sin perjuicio de los distintos entes nacionales y subnacionales que deben aplicarlo) teniendo como espada de Damocles la hipertrofia que genera en los ordenamientos jurídicos internos (de hecho, se puede hablar, así, de una cierta inercia que se ve aumentada por la sobrerregulación de las entidades nacionales y subnacionales).

Por efecto de lo anterior, "legislar" en el ámbito europeo ha supuesto un mecanismo, en mi opinión, utilizando una terminología económica, de una *regulación de escala*, ya que, al ser la normativa común a los Estados miembros, se reduce la regulación estatal y regional en relación, especialmente, con los trámites burocráticos, los obstáculos a la competencia y los conflictos de

603 Afirma Goldberg (2018: 5) que es dificultoso "vincular directamente los resultados de las políticas con el uso de los instrumentos de 'Legislar mejor' por parte de la Comisión Europea dado el número de niveles de toma de decisiones (europeo, nacional, regional, local) y actores en la formulación de políticas europeas, así como la multitud de factores que impactan en los resultados".
604 Las referencias que ha realizado a la evaluación *ex post* son mucho menos incisivas que las realizadas por la OCDE.

normas nacionales. Para esto, es necesario realizar continuos análisis a las normas para adaptarlas a la realidad cambiante.

Este es el contexto que justifica el Programa Legislar Mejor, que ha supuesto un cambio en la concepción que realiza la Comisión a la hora de elaborar sus políticas y proponer su normativa. A estos efectos, el análisis de impacto y las consultas se consideran elementos fundamentales del proceso normativo, así como la transparencia y la responsabilidad que han facilitado la elaboración de políticas públicas. Además, en virtud de este proceso, se ha simplificado, en su mayor parte, la legislación existente y se han reducido las cargas administrativas, aunque puede seguir avanzándose en esta dirección.

No obstante, no puede obviarse que este Plan ha sido objeto de fuertes críticas como consecuencia de su carácter excesivamente liberal, capitalista y desregulador, vinculado a su origen (Reino Unido). Sin embargo, Legislar mejor no puede identificarse con desregulación o falta de aprobación de nuevas normas necesarias, sino con la evaluación sistemática e informada y que tiene en cuenta las distintas opciones, normativas o no, de las propuestas de normas y políticas, correspondiéndole a un Comité independiente esta tarea de supervisión, como se ha visto.

2.3.2. *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.*

La OCDE ha llevado a cabo toda una labor de difusión de la política de mejora regulatoria entre los Estados que la conforman, con influencia, incluso sobre la Unión Europea[605].

Ya en 1989, la OCDE[606] tenía la creencia "que la mejora de la regulación era una exigencia general, que se anclaba en la noción de buen gobierno y que tenía como finalidad no disminuir, sin más, el número de normas, sino aprobar las precisas", para lo cual "habían de ser proporcionales a sus fines, con objetivos claros, eficientes, accesibles y transparentes", siendo necesario "invertir

605 Afirma Auby y Perroud (2013: 13) que tanto la Comisión Europea como la "OCDE en su iniciativa conocida como regular mejor, o regular inteligentemente" han promovido que "los Estados miembros evalúen sus políticas públicas utilizando la evaluación de impacto regulatorio", y que dichas iniciativas "quieren propiciar una forma coherente de evaluación de las políticas públicas", aunque, ciertamente, dichos autores señalan que la "realidad, resulta más compleja, sin embargo". En relación con la actuación, a estos efectos, de otras organizaciones internacionales, véase M. Conticelli (2013), «Evaluación de las reformas nacionales mediante indicadores globales. Estudio de caso», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 183-207), Sevilla: Global Law Press (pág. 191), quien critica que respecto a los "informes de la OCDE" sus análisis están restringidos a "aquellas reformas administrativas que tienen un impacto directo en el desarrollo económico".

606 Dictamen del Consejo de Estado n.º 419/2009, se remite al documento de la OCDE (1989), *Directory of Regulatory Review and Reform Organisations in OECD Member Countries*, París: OCDE Publicaciones.

recursos en la mejora de la regulación", ya que generaba "beneficios tanto en el funcionamiento de la economía, como en los ciudadanos".

A mediados de la década de los años 90 del siglo pasado, esta Organización promovió activamente la extensión de las evaluaciones de impacto normativo (denominada por dicha Organización como *Regulatory Impact Analysis, RIA*) a todos los países miembros. Actualmente, la mayor parte de los países de dicha Organización han incorporado, siquiera formalmente, la práctica de la mencionada evaluación a su proceso legislativo, generalizándose en todos los países de esta organización en la década pasada. Este es el contexto de la Recomendación sobre la mejora de la calidad de la Regulación Gubernamental, marzo de 1995, refiriéndose al uso de la evaluación de impacto regulatorio[607].

De otra parte, los dirigentes de los países miembros de dicha Organización refrendaron el Informe sobre Reforma Regulatoria de 1997 [C/MIN(97)10 (resumen) y C/MIN(97)10/ADD - OCDE (1997 a)-]. Este informe considera que la reforma regulatoria mejora la competencia y reduce los costes de regulación para aumentar la eficiencia, reduce los precios, estimula la innovación y ayuda a mejorar la capacidad de las economías para adaptarse al cambio y seguir siendo competitivos, además de poder ayudar a los gobiernos a promover otros objetivos políticos importantes, como la calidad del medio ambiente, la salud y la seguridad. Para esto es necesario, entre otros aspectos, que los distintos Gobiernos integren la evaluación de impacto regulatorio en el desarrollo, revisión y reforma de las normas. Así, según la OCDE[608], las "recomendaciones del informe han servido como guía a los países miembros para la mejora de políticas y herramientas regulatorias, el fortalecimiento de la apertura de mercado y la competencia, así como la disminución de cargas regulatorias"[609].

En 2005, la mencionada Organización aprobó el documento denominado Principios rectores para la calidad y el desempeño regulatorio de 2005 [C(2005)52 y CORR1] (*OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*), donde refleja la evolución existente hasta dicha fecha de la política regulatoria. Los principios indican la relevancia de varios aspectos: la existencia de un compromiso político con la reforma regulatoria, la determinación de unas características necesarias de la calidad normativa y su conexión con la competencia y la supresión

607 OCDE (1995). Al respecto, afirma Betancor Rodríguez (2009: 98 y 99) que se establece, mediante una lista de comprobación, "las cuestiones claves que han de ser consideradas".
608 OCDE (2012 a: 20).
609 Además, para señalar el camino a seguir por los distintos países a estos efectos, véase OCDE (1997 c), *Regulatory Impact Analysis. Best Practices in OECD countries*, París: OCDE Publicaciones.

de barreras al comercio y a la inversión[610].

Conjuntamente, en lo referido a la incidencia de la regulación en la competencia, el Comité de Competencia aprobó el Paquete de Evaluación de Competencia en 2007 con el objeto de integrar y desarrollar una metodología para adoptar las mejores prácticas para dicha evaluación. A principios de 2008, y teniendo en cuenta que diversos países habían adoptado de una u otra forma la "evaluación de competencia", y atendiendo al avance existente en la metodología desde 2005, el Comité de Competencia adoptó la Recomendación del Consejo para Evaluar la Competencia [*Draft Recommendation of the Council on Competition Assessment* C(2009)130], en la que se fomentaba evaluar las políticas en relación a la identificación de las regulaciones restrictivas con la competencia, para lo cual deberían tenerse en cuenta las distintas opciones alternativas para la consecución de los mismos objetivos con el menor daño posible.

Hasta la fecha se han completado distintos estudios de calidad normativa específicos, no solo de los Estados miembros, sino también de países no miembros como son Rusia, Brasil, China e Indonesia[611]. Entre los informes de los Estados miembros destacan los emitidos a quince integrados en la Unión Europea, entre 2000 y 2013 (*Better Regulation in Europe - The EU 15 project*), sobre sus políticas y prácticas de mejora regulatoria en relación con los mencionados Principios Rectores de 2005[612].

Para llevar a cabo la emisión de los informes en materia de *better regulation* en relación con distintos países, la OCDE establece un cuestionario de indicadores regulatorios, el cual es remitido a distintas personas en dichos Estados. El cuestionario revisa, actualiza y amplía el Cuestionario de los Indicadores Regulatorios sobre la Capacidad del Gobierno para producir Regulaciones de Alta Calidad que se distribuyó en 1998, 2000 y 2005, centrándose en las dimensiones de la calidad regulatoria, incluyendo los procesos de regulación y las capacidades en la Administración Pública. En este sentido, el cuestionario incluye cuatro áreas principales: contenido de políticas regulatorias,

610 Estos principios son extraídos de los distintos informes realizados previamente a distintos países en relación con la mejora regulatoria y que se sintetizaron en el informe Balance de la reforma regulatoria (*Taking Stock of Regulatory Reform*), según OCDE (2005 b: 2). Afirma Donelan (2013: 172), con mención expresa a dicho documento de la OCDE, la necesidad de la integración de la evaluación de impacto regulatorio "en el desarrollo, revisión y actualización de aquellas normas más significativas" y que "juegue un papel clave en la mejora de la regulación". Para Betancor Rodríguez (2009: 98 y 99) "los principios marcan la evolución desde las iniciativas de reducción de la regulación a la comprensión integrada de la regulación y su reforma dentro de una visión más amplia que desemboca en lo que ahora conocemos como Gobernanza".

611 Al respecto, afirman Auby y Perroud (2013: 40) que la evaluación de impacto regulatorio "se extendería entre todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como en el resto del mundo gracias a los estudios de la OCDE".

612 OCDE (2017 b), *Better Regulation in Europe: EU15 country finder*, París: OCDE Publicaciones, accedido el 12 julio 2020, de http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/betterregulationineuropeeu15countryfinder.htm.

herramientas de calidad regulatoria, los arreglos institucionales para promover la calidad de la regulación y aspectos dinámicos de calidad regulatoria.

En el año 2009, se creó el Comité de Política Regulatoria[613] en el seno de la OCDE, con la finalidad de asesorar a los países que eran o no miembros en relación con la formación y fortalecimiento de sus capacidades en la calidad y reforma regulatoria, convirtiéndose en una plataforma que ayuda a los distintos países a adaptarse a las políticas regulatorias y a las herramientas e instituciones, aprendiendo de las experiencias de otros.

Posteriormente, la Organización adoptó, en 2012, la "primera declaración internacional integral sobre política regulatoria después de la crisis", la Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria[614]. Esta Recomendación reconoce que las regulaciones, y las tomas de decisiones posteriores que suponen, deben basarse en la evidencia y "son una de las palancas claves que los gobiernos emplean para promover la prosperidad económica, aumentar el bienestar e ir en pos del interés público", ya que "las regulaciones bien diseñadas pueden generar beneficios sociales y económicos significativos"[615].

En 2014, la Organización aprobó el documento denominado Marco de la OCDE para la evaluación de políticas regulatorias[616], con el que pretendía facilitar a los Estados la evaluación sistemática del diseño e implementación de la política regulatoria.

Con posterioridad, el documento Perspectivas de la Política Regulatoria de la OCDE (2015)[617], hace una revisión de tres herramientas de importancia en la política regulatoria, como son la evaluación de impacto regulatorio, la participación de las personas interesadas y la evaluación retrospectiva. El documento se aprueba en línea con la Recomendación emitida en el año 2012. Como continuación del informe del 2015 se aprueba en 2018 otro de Perspectivas de la política regulatoria de la Organización[618] donde se reconocen los esfuerzos de los países para mejorar la calidad regulatoria, teniendo en cuenta dicha Recomendación. Como elementos positivos de la

613 OCDE (2017 c), *Regulatory Policy Committee*, París: OCDE Publicaciones, accedido el 12 julio 2020, de http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-policy-committee.htm.
614 OCDE (2012 a: 1).
615 *Ibíd.*, pág. 3.
616 OCDE (2014 a), *OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation*, París: OCDE Publicaciones, accedido el 13 julio 2020, de https://dx.doi.org/10.1787/9789264214453-en. Afirma S. Rodríguez Ferrández (2016), *La evaluación de las normas penales*, Madrid: Dykinson (pág. 183) que con dicho documento "se pretende auxiliar a los Estados".
617 OCDE (2015 b).
618 OCDE (2018 a). El último documento de perspectivas de política regulatoria es OCDE (2021). *OECD Regulatory Policy Outlook 2021*, París: OCDE Publicaciones.

situación que se analiza, se destaca la existencia de una política regulatoria gubernamental completa, el contar con un órgano que promueve y coordina la calidad regulatoria a nivel gubernamental, el continuar en la adopción de herramientas de gestión regulatoria "tradicional" como pueden ser la participación y la evaluación de impacto regulatorio (siendo este último un elemento fundamental en la elaboración de regulaciones en la mayoría de los países), el avance en la retroalimentación de sus decisiones y las mejoras de los procesos de consulta.

En contraposición, el informe también insiste en distintos aspectos en los que se puede mejorar, como una mayor participación, a través de una mayor transparencia y mejor comunicación; la necesidad de prestar atención al ciclo regulatorio, lo que incluye no solo a la evaluación prospectiva, sino, también, a la retrospectiva, debiendo determinarse una metodología sistemática para dicha medición *ex post*; o dar una mayor relevancia a la cooperación regulatoria internacional, dando entrada a actores extranjeros y teniendo en cuenta los efectos internacionales en la evaluación de los proyectos normativos (tanto *ex ante* como *ex post*).

En el año 2019, la organización supranacional ha emitido un informe denominado Mejores prácticas de regulación en toda la Unión Europea (*Better Regulation Practices across the European Union*), en el que se analizan las prácticas para mejorar la calidad normativa en los Estados miembros de la Unión Europea y de esta[619]. Junto a ello, en 2020, la OCDE sigue trabajando en la exposición de mejores prácticas para la política regulatoria, como son las ventanillas únicas para ciudadanía y empresas (*one-stop shops*)[620] o el establecimiento de unos principios de la evaluación de impacto regulatorio que completen a los ya dispuestos por la Recomendación de 2012 del Consejo sobre Política Reguladora y Gobernanza[621], que podrían resumirse en cinco ámbitos: su compromiso y aceptación, la gobernanza del mismo, su incorporación, la determinación de una metodología específica y adecuada, así como su evaluación continua y mejora.

En definitiva, es clara la importancia de la OCDE para la consolidación no sólo de la evaluación de impacto normativo, sino también de la gobernanza regulatoria mediante el desarrollo de parámetros de calidad normativa y, por extensión, de las sociedades. Al respecto, los distintos estudios, informes y comparativas realizadas por la misma marcan un camino a seguir por los

619 La OCDE (2019 b: 3), con dicho informe rastrea el progreso y destaca las mejores prácticas en la mejora de la gestión reguladora, utilizando, al respecto, indicadores de dicha Organización en relación con la gobernanza y política reguladora.
620 Véase OCDE (2020 a), *One-Stop Shops for Citizens and Business, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París: OCDE Publicaciones, accedido el 12 julio de 2020, de https://doi.org/10.1787/b0b0924e-en.
621 Véase OCDE (2020 b), *Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París: OCDE Publicaciones, accedido el 12 julio de 2020, de https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en.

distintos Estados para avanzar en la mejora de la política de calidad normativa. El refuerzo de las instituciones de una sociedad democrática demanda una continua búsqueda de la mejora de nosotros mismos, lo que incluye las políticas públicas, y su regulación.

En este contexto, hay que considerar las recomendaciones efectuadas por la OCDE, como *iter* a seguir respecto de la evaluación normativa[622]. Esta exigencia se vuelve en algunas ocasiones complicada, ya que el examen internacional realizado por la organización no es asumido de buen grado por los propios examinados cuando se descubren determinadas lagunas o deficiencias en la gestión pública. En todo caso, no cabe duda de la relevancia de la OCDE para impulsar tanto la calidad normativa en los países vinculados a la organización, como en la consolidación de la evaluación en tanto que técnica clave para los objetivos de mejora regulatoria.

622 Así, por ejemplo, la OCDE (2020 b: 6) afirma que para que una evaluación de impacto normativo "tenga éxito" necesita, entre otras cuestiones, que "siempre comience en la fase inicial del proceso de elaboración de la regulación", "identifique claramente el problema y los objetivos deseados de la propuesta", o concrete y evalúe "todas las posibles soluciones alternativas (incluidas las no regulatorias)".

SEGUNDA PARTE: PROYECCIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

CAPÍTULO III
EJERCICIO DE LA POTESTAD PÚBLICA NORMATIVA E INICIATIVA LEGISLATIVA. LA TRANSICIÓN HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA EN ESPAÑA

3.1. **Origen y evolución de la calidad normativa en España.**

3.1.1. *Hitos de la calidad normativa en el Derecho estatal.*

La preocupación por la elaboración de normas en nuestro país ha seguido una cierta trayectoria histórica, que puede tener su origen, en primer lugar, con la aprobación del Fuero Juzgo, allá por el siglo VII, cuyo Libro I, título I, ley VI afirmaba que:

> "El fazedor de las leyes deve fablar poco e bien; e non deve dar iuyzio dubdoso, mas llano, e abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, e que lo sepan sin toda dubda, e sin ninguna gravedumbre".

De igual modo, las Sietes Partidas, *corpus normativo* de la Corona de Castilla en tiempos de Alfonso X el Sabio (siglo XIII), recoge en su primera partida, Título I varios aspectos de la elaboración de las leyes, como, por ejemplo, la ley IX denominada "Como deben ser fechas las leyes", que estableció lo siguiente[623]:

> "Fechas deben ser las leyes é cumplidas, segun diximos en la ley ántes desta. Otrosí, debe ser mucho escogido el derecho que en ellas fuere puesto, ántes que sean mostradas á las gentes. E quando desta guisa fueren fechas, serán sin yerro, é á servicio de Dios, é á loor y honra de los Señores que las mandáron facer, é á 'pró é á bien de los que por ellas se ovieren á juzgar. E otrosí, deben guardar, que quando las ficieren, no haya ruido, ni otra cosa que los estorbe, ó embargue: é que las fagan con consejo de homes sabidores, é entendidos, é leales, é sin cobdicia. Ca estos atales sabrán conoscer lo que conviene al derecho é á la justicia, é á pró comunal de todos."

Con el devenir del tiempo, se refuerzan las prácticas y técnicas de legislar y de redactar documentos normativos[624] como ejemplifican los artículos 4 y 12 de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, relativos a las "leyes sabias y justas"[625] y la codificación y la

623 Alfonso X (1843), *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López* (Tomo I, que contiene la partida 1 y 2), Madrid: Compañía General de Impresores y Libreros del Reino.
624 Véase Salvador Coderch (1989: 14).
625 Cortes Generales (1812), *Constitución política de la monarquía española*, accedido el 10 septiembre 2020, de http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf.

consiguiente aprobación del Código Civil a finales del siglo XIX[626].

Pero, es ya a finales del siglo XIX y principios del XX, cuando la legislación y la doctrina administrativista empezó a tratar más detenidamente el ejercicio de la potestad pública normativa en cuanto al momento de su elaboración. Así, Santamaría de Paredes[627], en el estudio de las potestades, presta especial atención a la potestad reglamentaria y sus similitudes y diferencias con la legislativa.

Posteriormente, es la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo[628], la que dedica el Capítulo I, Título VI, al procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, enumerando los distintos trámites que lo componen y su evacuación.

La doctrina de dicha época, coincidente con la explosión del Derecho Administrativo en nuestro país[629], empieza a estudiar el procedimiento regulado por la Ley del 58, así como el ejercicio de la potestad pública normativa, destacando las aportaciones de García de Enterría, quien plantea cuestiones esenciales como la inderogabilidad singular de los reglamentos, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la lucha contra las inmunidades del poder normativo[630]; o Gallego Anabitarte, quien lleva a cabo un análisis general de la potestad normativa en nuestro país[631].

Sin embargo, en España no es hasta a principios de los años 80 del siglo pasado[632] cuando se

626 *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889.
627 V. Santamaría de Paredes (1894), *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé (págs. 51-68).
628 *BOE* núm. 171, de 18 de julio de 1958.
629 Afirma M. Vaquer Caballería (2016), «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, 42, que se construyó un nuevo "Estado de Derecho administrativo" en ausencia de una Constitución democrática. Así, afirma que "la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 fue uno de los últimos hitos de una década técnicamente prodigiosa para el Derecho administrativo español como fue la de los años 50 del siglo XX, que se inauguraría con la fundación de la Revista de Administración Pública, en torno a la cual se aglutinó una destacada generación de especialistas. La innovación científica, en un círculo virtuoso de retroalimentación teórico-práctica, impulsó también la renovación del Derecho positivo: como es bien sabido, de esa década datan la Ley de Régimen Local de 1950 (y sus seis reglamentos de desarrollo, el último de los cuales fue el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955), la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública de 1957 y las Leyes de Procedimiento Administrativo y de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 1958. A lo que podríamos sumar otras sectoriales pero igualmente emblemáticas, como la Ley del Suelo de 1956".
630 Véase E. García de Enterría: a) (1958), «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 27, págs. 63-86; b) (1959 b), «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 30, págs. 131-166; y c) (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208.
631 A. Gallego Anabitarte (1968), «Ley y Reglamento en España», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 81-140.
632 Ello contrasta con la situación de Europa, que da paso a esta ciencia en la década de los 70s. Afirma Zapatero Gómez (2009: 18) que es "especialmente a partir de la década de los setenta, cuando los estudios de legislación han vuelto a

produce el desarrollo de la denominada *ciencia o teoría de la legislación*, entendiendo como tal la que se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas[633]. En este sentido, deben destacarse los trabajos del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (o Grupo GRETEL)[634], que se constituyó en 1984, limitando sus estudios a esta técnica[635], esto es, los aspectos de composición o estructura formal de las leyes y de su redacción o lenguaje, debido, entre otras cuestiones, a que la ciencia de la legislación no está afianzada (sin perjuicio de movimientos específicos y parciales como, por ejemplo, el mencionado Grupo), la falta de importancia del procedimiento de elaboración de normas, el momento de fortalecimiento del Estado constitucional, y las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, y una tradición focalizada en la interpretación y aplicación del Derecho y no en su elaboración, como un estudio centrado en los efectos jurídicos de las normas, aspectos que impedían avanzar en la teoría económica de la regulación y en el estudio de los aspectos sustantivos de las normas. Por tanto, en nuestro país hubo un desarrollo de la metódica y no tanto de la táctica o procedimiento externo[636]. No obstante, no puede obviarse una creciente inquietud por estos aspectos por parte de la doctrina, si bien desde una perspectiva exclusivamente jurídica. Así, Santamaría Pastor[637] afirmaba que existía una preocupación por la juridificación del procedimiento para la elaboración de

cobrar un cierto auge en buena parte por la aplicación de la metodología de la ciencia política al derecho". Este autor señala como hito de importancia la obra de P. Noll (1973), *Gesetzgebungslehre*, Hamburgo: Rowohlt.

633 A diferencia de la dogmática jurídica tradicional que trata la realidad de las normas ya dadas en relación con su interpretación y aplicación.

634 Tan es así, que dicho Grupo señala, según Salvador Coderch (1989: 14), que en España comienza la técnica legislativa en dicho momento y que "no hay tradición -ni vieja ni nueva- en la materia".

635 La técnica legislativa es definida por M. Ruiz Sanz (1997), «De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa», *Anuario de filosofía del derecho*, 13-14, págs. 637-650 (pág. 644), como "conjunto de procedimientos y métodos utilizados para explicar el proceso de creación de normas jurídicas", configurándose como disciplina autónoma diferenciada de la ciencia de la legislación. Por otro lado, F. Centera Sánchez-Seco (2016), «La formación en Legística: aún una asignatura pendiente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 20, págs. 263-291, afirma que el término "legística" corresponde "a un contexto más amplio que aquel que comprende el de *drafter*, palabra procedente de Reino Unido que alude a la redacción legislativa especializada", siendo aquel término más amplio que comprende una dimensión formal (comprensión de las normas) y una material (determinación del contenido de la norma, incluyendo "definición del problema, los objetivos a conseguir, los medios para ello, etc."). Desde hace tiempo se discute si "la ciencia de la legislación forma parte de la ciencia jurídica o se configura como una disciplina autónoma", véase Figueroa Laraudogoitia (1995: 17); y, por otro lado, M. García Canales (2006), «Aportación al tema de la técnica normativa desde la perspectiva de los órganos consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 291-298, asimila distintos conceptos; como "calidad normativa", "técnica normativa", "arte de la legislación", "legística", entre otros, en la medida en que atienden a un "objetivo común" que es "(…) hallar oportuna respuesta a los problemas derivados de la proliferación de normas, creciente deficiencia en la calidad de las mismas derivada en gran parte de la cantidad, premura, descuido o abandono de los órganos de consejo y asesoramiento cualificado", junto con la "perceptible confusión del sistema normativo en un ordenamiento que se debe a dieciocho parlamentos y gobiernos con capacidad nomotética, de distinto rango y eficacia, en el que la misma competencia normativa es frecuentemente disputada".

636 P. Jover Presa (2006), «El control de la técnica legislativa por parte de los Consejos Consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 111-120 (pág. 112), asevera que Karpen denomina *metódica de la legislación* a la conexión del "contenido de la norma, con los objetivos y finalidades que con ella pretende alcanzar su autor y, sobre todo, con la idoneidad de los medios" utilizados para conseguirlos. Afirma, también, I. Granado Hijelmo (2006), «Los Altos Órganos Consultivos y la calidad de las normas», *Revista Española de la Función Consultiva,* 6, págs. 181-208 (pág. 186) que la "*Política Legislativa* alude a un problema de estrategia y táctica de la norma en función de los fines de transformación social pretendidos por la misma".

637 J.A. Santamaría Pastor (1990), *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (pág. 287).

disposiciones de carácter general, entendiendo que la elaboración de los reglamentos se había llevado a cabo como una actuación con un marcado carácter discrecional.

A finales de los años 80 y principios de los 90 del siglo pasado se produce un cierto afianzamiento de la técnica legislativa como exigencia de elaboración de las normas: Se aprueban distintas directrices de elaboración normativa al respecto[638] y se produce la incorporación tímida de la factibilidad de las normas[639] (movimiento de claro origen italiano que tuvo su seguimiento parcial en la doctrina española, a través de autores como Montoro Chiner[640]), y que buscaba la eficacia de la aplicación en la realidad de las normas jurídicas y su influencia en esta, en un contexto más amplio de crisis del Estado intervencionista. No obstante, la elaboración de normas se desarrolla en nuestro país ajeno a la influencia de la Ciencia de la Legislación (ya que se mantienen las circunstancias mencionadas) y con un marcado carácter procedimental. En este sentido, basta citar la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[641], que regulaba en su título V, en el ámbito del Gobierno del Estado, la iniciativa legislativa, la potestad reglamentaria y el control de los actos del Gobierno[642].

Con todo, son la OCDE y la Unión Europea las dos organizaciones que impulsan de forma definitiva la política de calidad normativa en nuestro país, conscientes de que España se encontraba

638 Se puede señalar, por ejemplo, en el ámbito del poder ejecutivo estatal, la aprobación del Cuestionario que debía acompañarse a los proyectos normativos que se elevaban al Consejo de Ministros, aprobado por Acuerdo de este órgano de 26 de enero de 1990 y del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 1991, por el que se aprobaron las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley. Asimismo, el Consejo de Estado ha aludido en sus distintos dictámenes y memorias a dichos aspectos, véase, por ejemplo, (1991), *Memoria del año 1990*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 79 y 80).

639 L. Jimena Quesada (2004), «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano,* 7, págs. 75-126 (pág. 77), sostiene que consiste en la previsión o verificación preventiva para una adecuada aplicación posterior, máxime cuando esta prolongación lógica entre factibilidad y aplicabilidad "aún hoy parece ser, más un desideratum de un grupo restringido de estudiosos y de funcionarios, que una realidad palpable o factible próxima a realizarse", así lo ha criticado M. Raverarira (1998), «Applicazione e fattibilità legislativa», en E. Pattaro y F. Zannotti (eds.), *Applicazione e tecnica legislativa*, Milán: Giuffrè (pág. 245).

640 M. J. Montoro Chiner: a) (1989) y b) (1991), «Los presupuestos de calidad de las normas: adecuación al ordenamiento y factibilidad», en AA.VV., *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, págs. 87-101, Madrid: Comunidad Autónoma Madrid, Servicio de documentación y publicaciones.

641 *BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. En sus artículos 22 a 26 regulaba aspectos como la iniciativa legislativa (art. 22), la potestad reglamentaria (art. 23), el procedimiento de elaboración de reglamentos (art. 24), la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno (art. 25) y el control de los actos del Gobierno (art. 26).

642 Esta Ley fue objeto de consideración por parte de la OCDE, que valoró positivamente el establecimiento de importantes principios para la preparación de la legislación (como la consulta y la evaluación de impacto legislativo): véase OCDE (2011 b: 113, 114 y 115). Junto a ello, en estas dos últimas páginas afirma que en su informe del 2000 ya señalaba como puntos débiles de la norma: a) La "escasa capacidad para supervisar el cumplimiento de sus requisitos" (sin determinar claramente la responsabilidad en "la garantía y el cumplimiento de la calidad legislativa"); y b) El no fortalecerse "con más principios, reglamentos de implementación, definiciones o algún tipo de orientación para los redactores" que puede servir de apoyo u orientación para redactar "los informes y llevar a cabo las consultas", afirmando que "sin unos estándares claro ni parámetros mínimos, los organismos legislativos tienen poco incentivos para cumplir con la ley y tenderán a dejarse someter mecánicamente por el proceso e interpretar de forma incoherente la intención de la ley, especialmente si no reciben supervisión de un organismo especializado".

retardada con respecto a la adopción de las mejores prácticas europeas[643]:

En cuanto a la OCDE, emitió dos informes en relación con la Mejora de la regulación en España en los años 2000 y 2010, en el marco de una serie de informes realizados por dicha organización supranacional en asociación con la Unión Europea, dirigida a los 15 países pertenecientes a la misma (ya citados en el Capítulo II). En este sentido, la OCDE pone de manifiesto los elementos obstativos existentes en nuestro país para el desarrollo completo de una política de mejora regulatoria, destacando el hecho de que estaba dirigida, principalmente, al sector empresarial, aunque no se les hacía totalmente partícipes de ella; no se identificaba la calidad normativa como elemento real de recuperación económica; no existía un verdadero debate sobre la misma[644]; la complejidad jurídica existente en España (no sólo debido a la idiosincrasia de la distribución territorial del Estado[645], sino también a la existente dentro de cada Administración Pública con una cultura administrativa formal y legalista[646]); la hipertrofia normativa; el legado corporativista y las tradiciones jurídicas que se resistían a adoptar un enfoque más moderno[647].

Por su parte, la Unión Europea ha sido fundamental en el impulso de un cambio necesario en España sobre la calidad normativa, a través de las distintas medidas aprobadas en el seno de la Unión, que debían incorporarse a los ordenamientos de los Estados Miembros. De hecho, la estrategia española sobre calidad normativa se ha basado en la política europea sobre la *better o smart regulation*, a través del programa comunitario Legislar mejor[648], destacando la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior ("Directiva de Servicios")[649] como origen de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[650], y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre

643 Así lo afirma la OCDE (2011 b: 14 y 57), además de asociar dicho inicio "a finales de la década de los 90 del siglo pasado" en relación con "sus primeros programas de simplificación administrativa".
644 La OCDE estableció que no existía un debate académico significativo en nuestro país sobre la mejora regulatoria *(Ibíd.,* pág. 18).
645 Ante lo cual la OCDE (*Ibíd.*, págs. 15, 18 y 20) resalta la descentralización, un aumento de las "competencias legislativas y administrativas en los diferentes escalones de la Administración", y, una falta de coordinación.
646 LA OCDE (*Ibíd*., págs. 20 y 24) señala que esto acarrea "complicaciones internas innecesarias", y que existe la percepción de la obligación de proceder a realizar un mayor número de "reformas en la Administración Pública para incluir buenas prácticas legislativas, así como un apoyo práctico". Dicha "cultura legalista" impide "el aumento de la transparencia y la eficiencia, así como la aplicación de una perspectiva más económica a la gestión legislativa".
647 *Ibíd.,* pág. 57.
648 Así lo ha destacado la OCDE, al afirmar que "España, en general, ha basado su estrategia para la mejora de la regulación en la política sobre Mejora de la regulación de la UE" (*Ibíd*., pág. 14). Al respecto, véase Capítulo II de este Trabajo, págs. 167 - 169.
649 Véase Betancor Rodríguez (2009: 188) quien establece que su incorporación hace que la política de calidad de la regulación sea "realidad, al menos, en dos ámbitos: i) la sujeción de la regulación a unos principios" para su racionalización y "ii) a la simplificación de los procedimientos administrativos".
650 *BOE* núm. 283, de 24 de noviembre de 2009.

el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[651].

No obstante lo anterior, a mitad de la década pasada, España se encontraba claramente demorada en el desarrollo del sistema de evaluación de impacto normativo de las propuestas normativas, aunque se contaba con la exigencia de las memorias justificativa, económica y de impacto de género como una primera aproximación instrumental a la calidad de las normas desde la Ley del Gobierno ya citada. Sin embargo, a partir del 2004 se dio un paso hacia adelante para la consolidación de la mejora regulatoria en España, creándose la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas[652] que iba a ocupar un lugar preferente en la política de calidad normativa del Estado e iba a ser una respuesta a las demandas de supervisión y garantía de cumplimiento en la calidad normativa, con una clara conexión con la evaluación de las políticas públicas.

Además, se aprobó el Plan Nacional de Reformas en 2005[653], el cual fue la respuesta española a la Estrategia de Lisboa[654]. Poco a poco, la calidad normativa se fue convirtiendo en una prioridad, aunque con un carácter incompleto, en el sentido de prestar más atención a aspectos parciales de la misma como la reducción de cargas y la simplificación administrativa. Esto, fundamentalmente, se debió, en mi opinión, a una búsqueda de una visión más económica y cortoplacista por parte del poder público, ya que la situación de crisis económica generaba demandas inmediatas que debían ser atendidas.

651 *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 2009. A estos efectos, la Comisión Europea elaboró un Manual sobre su transposición (2007), accedido el 19 octubre 2019, de https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Handbook%20ES%20final.pdf. Según el Comité para la Mejora de la Regulación (establecido en la disposición adicional 3.ª de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre) se llevó a cabo un "importante esfuerzo de revisión del modelo de intervención económica y de fomento de un cambio en el enfoque de la regulación de las actividades de servicios", avanzando hacia un "nuevo modelo de regulación económica", el cual debe sustentarse en los "principios de necesidad, proporcionalidad y concurrencia competitiva" (documento de trabajo de 14 de diciembre de 2010, pág. 1), accedido el 14 noviembre 2021, de https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Documents/10-12-14%20CMR%20programa%20de%20trabajo.pdf.

652 Véase la Orden APU/1463/2004 del MAP, de 19 de mayo, por la que se constituye la Comisión para el estudio y creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas, *BOE* núm. 126, de 25 de mayo de 2004. Dicha Agencia estaba integrada por personas destacadas de distintos ámbitos relacionados con la evaluación, nacionales e internacionales, que tenían como cometido "el análisis coordinado de la experiencia internacional al respecto, el diagnóstico sobre la situación de la evaluación en nuestro país, así como las propuestas metodológicas e institucionales más deseables para la puesta en funcionamiento" de la mencionada Agencia, para lo cual acordó constituirse en Pleno y en Grupos de Trabajo (concretamente tres). Uno de los grupos de trabajo tuvo su desarrollo en el área de estudio relacionado con la evaluación ex ante y el análisis de impacto regulatorio (Informe del Ministro de Administraciones Públicas en la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados, el 16 de junio de 2004).

653 Gobierno de España (2005), *Programa Nacional de Reformas de España*, accedido el 14 noviembre 2021, de https://www.redtcue.es/biblioteca/ecosistema/4-programa-nacional-de-reformas/file.

654 Plan de desarrollo de la Unión Europea conocido como Agenda de Lisboa o Proceso de Lisboa, ya que debe su nombre a que fue aprobado por el Consejo Europeo celebrado en dicha ciudad los días 23 y 24 de marzo de 2000.

Así, se adoptó el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de mayo de 2007, sobre impulso del programa de mejora de la reglamentación y reducción de cargas administrativas[655], en cuya virtud se afirma que "la mejora de la reglamentación y la simplificación de la legislación constituyen procesos imprescindibles para responder a la exigencia ciudadana de máxima calidad y eficiencia de los servicios públicos", y, se establece, además, la necesidad de darle un nuevo impulso, a través de la administración electrónica.

Se inicia, pues, un camino de no retorno, por el cual, poco a poco, la calidad normativa se va imponiendo como una prioridad en la agenda pública en nuestro país, como lo demuestra un aumento del compromiso político a estos efectos, proyectado en la adopción del Plan de Acción Nacional para la reducción de cargas administrativas[656], directamente relacionado con el aumento de la competitividad empresarial. No obstante, sigue echándose en falta una estrategia más clara e integradora de todos los elementos de la calidad normativa, especialmente en relación con la evaluación de impacto y la reducción de cargas administrativas.

Con todo, el hito normativo fundamental que marca un antes y después en la política de calidad normativa, y en la consolidación de la evaluación de impacto normativo, es el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo[657], configurándolo como un instrumento en el cual se plasma el análisis de impacto de las normas, e identificando el contenido mínimo de la memoria. Aunque esta norma pudiera parecer rompedora con la producción normativa tradicional española, no fue así, ya que lo que pretendía dicha norma era aglutinar en un documento cuatro, sin profundizar en el cambio que podría implicar para la tradición jurídica española[658].

655 Publicado mediante Resolución de 23 de mayo de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, *BOE* núm. 140, de 12 de junio de 2007. Afirma Betancor Rodríguez (2009: 184 y 192) que este Acuerdo "inaugura oficialmente" la política de calidad de la regulación en España, la cual tiene como objetivo "racionalizar la regulación", que se identifica con "mejor regulación". El objeto de este Acuerdo consistía, entre otras cuestiones, en: crear un Grupo de Alto Nivel, compuesto fundamentalmente por altos cargos de la Administración General del Estado, para encargar la redacción de un Plan de acción para la reducción de cargas administrativas, estableciéndose como fecha límite antes de la finalización del 2007, con los siguientes objetivos: 1) "Valoración de las cargas administrativas", referidas no ya a las que se generen, sino a las existentes, estableciéndose un objetivo de reducción del 25% para el 2012, haciendo especial hincapié en las relacionadas con la creación de nuevas empresas. 2) "Determinar la participación española en el Programa de acción de la Comisión de reducción de cargas administrativas", estableciéndose el mismo objetivo de reducción anterior, en este caso referido a las generadas por la normativa de la Unión Europea. 3) "Impulsar la mejora de la regulación" focalizada en la reducción de cargas administrativas que creen las normas a aprobar tanto para empresas y ciudadanía. 4) "Avanzar en el uso intensivo de tecnologías de la información", especialmente referido a las comunicaciones entre Administraciones, haciendo especial incidencia en su interconectividad, para evitar la presentación de documentos por la ciudadanía y empresas cuando poseen dicha documentación o información otras Administraciones Públicas.

656 Dicha importancia es resaltada por la OCDE (2011 b: 17), señalando que este fue un gran impulso hacia adelante.

657 *BOE* núm. 173, de 18 de julio de 2009.

658 En este sentido, la OCDE (2011 b: 16) afirma que dicho Real Decreto, que servía para reforzar la evaluación de impacto, era poco ambicioso, pero, por contra, tenía una gran importancia al "señalar un cambio de dirección, basado en

Así, el efecto innovador de la norma fue relativo, considerándose en este sentido de mayor trascendencia la aprobación de la Guía metodológica prevista en dicho Real Decreto, que fue más allá del contenido mínimo establecido en esta norma, recogiendo aspectos diferenciados y propios de la política *better regulation*, aunque su finalidad fuese complementar el Real Decreto, como establecía su disposición adicional primera.

Según la OCDE[659], el Real Decreto y la Guía suponen "un refuerzo potencialmente significativo del régimen anterior, en razón a una serie de aspectos": por promover "un enfoque integrado (al menos en lo referente a las evaluaciones de impacto obligatorias)"; y hacer "hincapié, por primera vez, en el impacto económico de la legislación", y estableció "un vínculo específico con el Plan para la Reducción de Cargas Administrativas"; porque el "centro de gravedad institucional" se situó en el Gobierno, concretamente en el Ministerio de la Presidencia, llevando a cabo funciones de coordinación, promoción y supervisión de los avances; y, finalmente, porque las directrices se convierten en "un paso importante en la dirección de una supervisión y apoyo más atentos para los funcionarios que realicen las evaluaciones". Por último, se establecieron los cimientos para un recurso más sistemático a la evaluación *ex post*.

No obstante, la propia OCDE detectó una suerte de puntos débiles en el modelo de análisis de impacto normativo introducido a través del Real Decreto[660], destacando cuestiones como lo limitado de los impactos contemplados (por ejemplo, porque el análisis de impacto normativo no requiere impactos medioambientales o impactos sociales y económicos más generales "que vayan más allá de cuestiones de género, la competencia y las consecuencias financieras") o el carácter vago del contenido de la Guía Metodológica (por ejemplo, de la recopilación de datos), no proporcionando un profundo apoyo metodológico para su aplicación, y no especificando las responsabilidades y etapas del proceso[661].

---

la decisión colectiva del Gobierno" y que ponía de manifiesto la necesidad de adoptar medidas al respecto, de forma que el Real Decreto se considera "buque insignia" de la nueva iniciativa de mejora de la regulación en aquel tiempo (*Ibíd*., pág. 25).

659 *Ibíd.*, pág. 131.

660 *Ibíd.,* pág. 132.

661 Al respecto, hay que resaltar el carácter obligatorio de dicha Guía, según la disposición adicional primera del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que "deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo", aun cuando la propia Guía establezca su carácter orientativo, no normativo, flexible y proporcionado (pág. 4). En relación con la Guía Metodológica, la jurisprudencia ha resaltado su carácter no normativo y general (el cual deberá adaptarse al caso concreto): véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4762/2016, FD 3.º, que señala ante el incumplimiento de la memoria del Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) en relación con dicha Guía: "Se hace también referencia a la vulneración de la Guía Metodológica, que fue aprobada el 11 de diciembre de 2009, por el Consejo de Ministros, y que simplemente contiene las pautas orientativas para la realización del análisis de impacto normativo y la redacción de la Memoria de los proyectos normativos, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del análisis de impacto normativo. Pues bien, los criterios previstos en la Guía,

Más recientemente, hay que destacar la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES)[662], cuya primera parte (capítulo I del título I) establecía aspectos propios de la buena regulación con la finalidad de impulsar, según su artículo 3.1, el incremento de la competitividad de las empresas, mediante un marco regulatorio que favorezca la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, facilite la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad[663].

Al respecto, se contemplan aspectos trascendentales de la mejora de la calidad de la regulación, como son: los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas (artículo 4); los instrumentos para la mejora de la regulación, en particular, los instrumentos de evaluación, tanto *ex ante* y *ex post*, así como los propios de la consulta pública conectados[664] (artículo 5); y la adaptación de la regulación a los principios de sostenibilidad y buena regulación, haciendo especial referencia a la colaboración de las Administraciones Públicas*, ex* artículo 6.

En estos últimos años, puede reconocerse la presencia real, en cualquier sector, de una política de calidad normativa, por la vía de la adopción de medidas en distintos ámbitos con carácter transversal. Así, se aprueba la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de

según en la misma se expresan, se aplicarán de un modo flexible y proporcionado, adecuando sus previsiones a cada proyecto concreto y atendiendo a la trascendencia de los impactos que la aprobación de la norma pueda suponer. La Guía no es por tanto una norma, sino un documento en el que se recogen, con la mayor extensión posible, todos aquellos aspectos que pueden observarse para la realización de la Memoria del análisis de impacto normativo. De este modo, en ocasiones la Guía planteará aspectos que no será preciso valorar o estudiar en algunas propuestas normativas, y que, en congruencia, tampoco habrá que incluir en la Memoria. En consecuencia resulta importante, por tanto, tener claro que la Guía no tiene carácter dispositivo, sino que es un instrumento metodológico para la elaboración de la Memoria, por lo que su contenido, que se desarrolla con la amplitud necesaria para reflejar todas las posibilidades, habrá de acomodarse al caso concreto de cada proyecto normativo". No obstante, la Sala otorga bastante importancia a la Guía en relación con la determinación del contenido de la MAIN abreviada al señalar que "a este respecto la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera incluirá indicaciones del contenido preciso de la memoria abreviada" (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1389/2019, FD 3.º).

662 *BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

663 El artículo 6.3 contempla el Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios como referencia organizativa en el que las Administraciones Públicas cooperarían "para promocionar el análisis económico de la regulación y, en particular, evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados e impulsar iniciativas de reforma en este ámbito".

664 Aunque, el artículo 5.2 establecía una mera declaración programática, a diferencia de la regulación del artículo 133 de la LPAC, que regula los instrumentos de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, ya que disponía que las Administraciones fomentarán "la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma", para lo cual "pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas", propiciando un cambio normativo al respecto, especialmente por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales (piénsese, por ejemplo, artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, *BOE* núm. 80, de 3 de abril de 1985).

mercado[665], que hace especial referencia a la buena regulación del mercado con la finalidad de eliminar obstáculos y barreras al mismo en todo el territorio nacional. Para esto es fundamental la existencia de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas.

A ello se suma el aumento de la utilización de las tecnologías de la información y comunicación[666], en aras de una mejora de las relaciones con la ciudadanía, especialmente de acercamiento de la Administración, y la reducción de costes y cargas administrativas[667], así como el refuerzo del derecho de acceso a la información, con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[668], especialmente en lo relativo a la publicidad activa de la información correspondiente del procedimiento de elaboración de normas, ya que aumenta la información de la que dispone la ciudadanía respecto de dicho procedimiento, pudiendo llevar a cabo una participación más informada y, en definitiva, mejorando la fiscalización, en general, de las normas[669].

665 *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

666 Destaca la aprobación de distintos instrumentos por parte de la Administración Pública al respecto, como es el Plan Avanza 2: Estrategia 2011-2015 (suscrito por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010) o, también, la Agenda Digital para España, así como la estrategia del Gobierno para desarrollar la economía y la sociedad digital (suscrito por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2013), instrumento capital para marcar el camino en materia de las tecnologías de la información y comunicación y de administración electrónica para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda Digital para Europa en 2015 y en 2020.

667 Así, se puede hacer referencia a la aprobación, en el ámbito de la Administración General del Estado, del Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, *BOE* núm. 234, de 26 de septiembre de 2014. La importancia de esta cuestión en relación con la *better regulation* fue destacada por la OCDE (2011 b: 54 y 62), al afirmar que: "la Administración electrónica es un factor que puede romper barreras e introducir cambios", basando la Administración electrónica "en unas políticas y programas que, aparentemente, cubren un abanico amplio de sectores y están bien arraigados, y esto dentro de un marco jurídico sólido". Además de que la "mayoría de las medidas de vía rápida utilizan tecnologías de la información y la comunicación o la introducción de servicios en línea" o la "consulta pública podría también hacer uso de las TIC".

668 *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, puede considerarse una respuesta del Gobierno Español para hacer efectivo en nuestro país el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. En relación con la publicidad activa, hay que resaltar el artículo 10, en cuya virtud "por su propia iniciativa y cuando sea conveniente, las autoridades públicas tomarán las medidas necesarias para poner a disposición de todos los documentos públicos en su poder para promover la transparencia y la eficacia de la administración y para fomentar la participación informada del público en materias del interés general". El precepto, se sitúa, así en línea con la Unión Europea y su Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *DO* L núm. 145/43, 31.05.2001, como también el artículo 13. Al respecto, véase E. Guichot Reina (2011), «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», *Documento de trabajo 170/2011, Fundación Alternativas* (pág. 55). A ello debe sumarse que la OCDE (2011 b: 99) considera la transparencia como "uno de los pilares centrales de la legislación efectiva, ya que sustenta la responsabilidad, apoya la confianza en el entorno jurídico, hace que la legislación sea más segura y accesible, y esté menos imbuida de intereses especiales", por lo que está "más abierta a la competencia, el comercio y la inversión".

669 Afirma E. Guichot Reina (2011: 8) que "en la sociedad de la información, una parte sustancial de la misma está en manos del Gobierno y de la Administración. Si no llega al conocimiento de los ciudadanos, se genera un déficit democrático que explica en buena medida el desapego de aquellos respecto de los asuntos públicos, la visión del aparato del poder como una burocracia inescrutable. Por ello, la necesidad de transparencia de las actuaciones públicas se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente por parte de actores cualificados".

En este contexto, un hito importante de la política de calidad normativa en España es la creación, por parte del Consejo de Ministros el 26 de octubre de 2012, de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) en el marco de las políticas estatales dirigidas a la racionalización y al ahorro, y se crearon distintas Subcomisiones para analizar e identificar los campos de mejora. Dicha Comisión ha emitido distintos informes desde 2013 hasta 2016 (inclusive)[670]. En este sentido, destaca la propuesta de la Subcomisión de Simplificación Administrativa que se plasmó, posteriormente, en la aprobación del Manual específico de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado en septiembre de 2014[671], lo cual supondría el avance definitivo hacia la consolidación de la *better regulation* en España.

A estos efectos, el Estado inicia, además, una labor de recentralización, con la aprobación de diversas normas sectoriales en el ejercicio de sus competencias exclusivas que inciden en el régimen jurídico aplicable al procedimiento de elaboración de normas de las distintas Comunidades Autónomas, al determinar la necesidad de evaluar, por parte de las distintas Administraciones Públicas, en el ejercicio de la potestad pública normativa, los impactos en la infancia y adolescencia, así como en la familia[672].

670 Informes de seguimiento de la CORA, accedido el 28 octubre 2021: https://datos.gob.es/es/catalogo/e05024601-informes-cora. En el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, se aprueba la creación de la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (*BOE* núm. 149, de 22 de junio de 2013), que, posteriormente, fue derogado por el Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto, de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (*BOE* núm. 187, de 2 de agosto de 2014), incluyéndose dicha Oficina dentro del Ministerio.

671 Gobierno de España (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) (2014), *Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General Del Estado*, accedido el 28 octubre 2021, de https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/simplificacion/doc-referencia/14_Manual_Simplificacion_Administrativa_y_reduccion_de_cargas_AGE.pdf#page=1.pdf. Véase, Resolución de 7 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se toma conocimiento del Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Administración General del Estado, *BOE* núm. 245, de 9 de octubre de 2014.

672 El impacto en la infancia y adolescencia se encuentra regulado en el artículo 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996, introducido por el apartado seis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015 (precepto que tiene carácter de ley ordinaria, según la disposición final vigésimo tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero). También, encontramos ejemplos en el Derecho autonómico, como mencionaremos en el Capítulo IV. Por otro lado, el impacto de las normas en la familia se encuentra establecido en la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, añadida por el apartado tres de la disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015. No obstante, algunas Comunidades Autónomas ya establecieron en su regulación propia la necesidad de realizar el análisis de impacto en dichos ámbitos de la realidad, como es la Comunidad Autónoma de Andalucía que estableció el informe de evaluación del enfoque de los derechos de la infancia en virtud del artículo 139.1 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, *BOJA* núm. 251, de 31 de diciembre de 2003 (modificado por la disposición final 1.ª de la Ley 4/2021 de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, *BOJA* núm. 146, de 30 de julio de 2021, donde incluye la evaluación de la adolescencia como

Con todo, es con la aprobación de la LPAC, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)[673], cuando se produce una auténtica implantación de la calidad normativa en nuestro país a nivel estatal[674]. Al respecto, la primera, con independencia de una regulación en términos parecidos en algunos aspectos a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992 (inderogabilidad singular de los reglamentos[675], causas de nulidad de pleno derecho y control de legalidad de los reglamentos[676],

documentación preparatoria de los proyectos normativos), desarrollado por el Decreto 103/2005, de 19 de abril, por el que se regula el Informe de evaluación del Enfoque de derechos de la Infancia en los Proyectos de Ley y Reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, *BOJA* núm. 88, de 9 de mayo de 2005.

673 *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

674 Prieto Romero (2016: 316) establece que ambas normas "forman parte de la reforma administrativa auspiciada, e impulsada desde la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas". También, J. A. Santamaría Pastor (2016), «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, afirma que la novedad de sendas leyes se encuentra en la implantación de una "racionalidad y reflexión en el proceso de creación de normas".

675 Principio jurídico que deriva del aforismo *legem patere quam ipse fecisti* (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3858/1992, FD 3.º) y se establece en el artículo 37 de la LPAC, recuerda a lo establecido en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a lo que disponía el artículo 23.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en un ejercicio de suma de sus contenidos. Como novedad con respecto a su antecesora, la LPAC establece expresamente que su incumplimiento dé lugar a una causa de nulidad de pleno derecho, preservando el principio de igualdad y de legalidad que supone, como bien establece la jurisprudencia (por ejemplo, STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 991/2017, FD 5.º) y la doctrina [Véase García de Enterría (1958) y J. González Salinas (1990), «Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 121, págs. 159-211 (págs. 175-182)]. Sobre su vulneración, afirma M. M. Contreras Ortiz (2016), «Una reflexión sobre la nulidad de pleno derecho y la inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 15-35 (pág. 28), que "no es la simple contradicción del acto con el reglamento, lo cual no dejaría de ser una mera infracción del ordenamiento jurídico (art. 48 LPACAP), sino una vulneración cualificada por inaplicar el reglamento indebida y arbitrariamente produciendo su derogación para el caso concreto, con lo cual el acto asume fuerza normativa desbordando los límites propios de su naturaleza y convirtiéndose materialmente en reglamento". Además, el artículo 37 de la LPAC podría haber suprimido la mención a las resoluciones "de carácter particular", y referirse a cualquier tipo de resolución, rompiendo con una discusión doctrinal ya superada sobre el carácter de acto administrativo de las resoluciones de carácter general, y, además, haber añadido en su redacción los supuestos en los que son posible su excepción, en virtud de lo establecido en el propio reglamento [véase Muñoz Machado (2015 c), «El Reglamento», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo VII*, Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 324)].

676 El artículo 106.2, 4 y 5 de la LPAC establece la revisión de oficio de las "disposiciones administrativas", cuando se incurra en las causas de nulidad de pleno derecho señaladas en su artículo 47.2. El precepto es idéntico al artículo 102.2, 4 y 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En este ejercicio de la potestad administrativa de autotutela, la Administración supervisa las disposiciones de carácter general. El artículo 112.3, párrafo 2.º de la LPAC, establece el tradicional recurso indirecto contra reglamentos o también denominado recurso *per saltum* (artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que tiene, a su vez, como precedente el artículo 113.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo) que consiste en "los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general" pudiendo interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

su publicidad[677] y los principios de jerarquía[678], reserva de ley[679] y competencia[680]), en parte del título VI establece una regulación novedosa, realizando un reconocimiento expreso, aplicable a

677 Se regula en el artículo 131 de la LPAC en desarrollo del artículo 9.3 CE, como manifestación del Estado de Derecho (STC n.º 179/1989, FJ 2), y conectado a los principios jurídicos de buena regulación como el de seguridad jurídica (SSTC n.º 104/2000, FJ 7 y 235/2000, FJ 8) y transparencia [J. L. Martínez López-Muñiz (2016), «Capítulo X. La elaboración de los reglamentos», en F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público* (págs. 307-344), Sevilla: Universidad de Sevilla (págs. 239 y 330)], ya que con la publicación de la norma se culmina el procedimiento de elaboración de normas. El artículo 131 se compone de tres párrafos en los cuales se distingue entre publicidad facultativa y obligatoria (estableciendo las consecuencias de esta última) y se regula la publicidad electrónica de las normas (en términos parecidos a lo que preveía el artículo 11 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, *BOE* núm. 150, de 23 de junio de 2007). La publicidad obligatoria en un diario oficial correspondiente hace que entre en vigor la norma y produzca efectos jurídicos (véase Tribunal Constitucional, en su Auto n.º 579/1989, FJ único, confirmado por el Auto n.º 620/1989, FJ 3, y STC n.º 179/1989, FJ 3), aunque puede ser uno de los elementos que facilite la hipertrofia normativa al generar múltiples focos de visibilidad [véase Santamaría Pastor (2016)], ya que origina "una carga insoportable, y una fuente de desconocimiento, para cualquier persona física o jurídica que tenga intereses o desarrolle actividades en el territorio de una multiplicidad de entes administrativos"), al no existir una coordinación de la publicidad normativa a nivel estatal (a diferencia de otros ámbitos, por ejemplo en subvenciones, artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, *BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 2003, donde se establece una Base de Datos Nacional de Subvenciones). Por otro lado, debe incentivarse la publicidad facultativa para el conocimiento de la norma para el común de la ciudadanía (suele llevarse a cabo en otros diarios oficiales, como son los de los Ministerios en el ámbito estatal, o en las páginas web oficiales, como en el repositorio de noticias de los Gobiernos respectivos, es el caso de la web de la Moncloa). Todo ello, sin perjuicio de la publicidad activa y de la necesidad de la determinación de una versión consolidada de las normas en diarios oficiales para su conocimiento exacto y actualizado (ejemplo, BOE). Todo ello, en aras de la reducción del desconocimiento del Derecho y el incremento de las posibilidades de una mayor comprensión de este [véase J. L. Martín Moreno (2004 a), «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas», *Memoria 2004 del Consejo Consultivo de Andalucía*, págs. 107-123 (pág. 116) y E. Díaz (1992), *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus Humanidades (págs. 39-41)].

678 Su regulación se establece en el artículo 128.2 de la LPAC, donde se determina que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes [Muñoz Machado (2015 c: 328 y 329), establece que la mayoría doctrinal entiende que abarca "todo tipo de ilegalidades", pero otra más minoritaria lo concibe por "«contradecir»], siendo dicha redacción casi idéntica a lo previsto en el artículo 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, salvo la diferencia que establece la mención conjunta de las palabras reglamentos y disposiciones administrativas. Esto es completado con lo señalado en el apartado 3 del artículo 128 de la LPAC, en el que se configura este principio como un límite formal del ejercicio de la potestad reglamentaria. En este apartado se señala, así, que las "disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes" (redacción idéntica a lo que establecía el artículo 51.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), afirmando, posteriormente, que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior, tal y como disponía el artículo 51.2 de esta última Ley.

679 Se establece en el artículo 128.2 de la LPAC, donde excluye de la regulación reglamentaria aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esto supone un límite material al ejercicio de la potestad reglamentaria (véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2176/2008), en línea con lo que preveía el artículo 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a imagen y semejanza con lo que establecía el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al disponer, con carácter recopilatorio, objetos propios de reserva de ley, pero que no agota la regulación [como afirma Santamaría Pastor (2016), debiendo tenerse en cuenta aquellas que no menciona expresamente el texto] como son no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, tributos, exacciones parafiscales (aspecto novedoso con respecto a lo establecido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, cuyo precepto hacía referencia a los cánones) u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

680 En el artículo 128.2 de la LPAC se dispone la función de colaboración o desarrollo con la ley de los reglamentos ejecutivos o generales, dado el carácter primario de la ley respecto al reglamento, que se establecía en el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que ahora adquiere carácter básico [véase Santamaría Pastor (1990: 263-265), quien establece que dicha primacía se reputa en relación a cuatro aspectos que son: formal, material o de contenido, objetiva o de ámbito y directiva], ya que esta realiza una normación básica de las cuestiones fundamentales (el dictamen del Consejo de Estado, n.º 46.334, de 10 de mayo de 1984 determina que el ejercicio de esta potestad requiere de ordinario la existencia previa de una ley), de forma que la potestad reglamentaria tiene un carácter secundario y complementario respecto a la ley, explicitando o aclarando preceptos legales imprecisos, estableciendo las reglas concretas para una correcta práctica de la ley. Tanto es así, que la jurisprudencia ha declarado que el reglamento es "indispensable" (por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4057/2010, FD 9.º). No obstante, el Tribunal Constitucional va más allá en su STC n.º 18/1982, FJ 3, al afirmar que se trata de "un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad".

todas las Administraciones Públicas, de los principios de buena regulación, siguiendo lo ya establecido en la LES, incluyendo determinados instrumentos de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas y la planificación normativa[681].

La LPAC es completada, en el ámbito de la Administración General del Estado, con la LRJSP, llevando a cabo la modificación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en cuanto al procedimiento de elaboración de normas, superando una asignatura pendiente de esta última tras la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, según el Consejo de Estado[682], ya que, con esta modificación, la Ley 50/1997 se adapta al carácter innovador que supone la mejora regulatoria. Además, el Gobierno central aprobó varias normas que seguían el *iter* marcado por el poder legislativo en este sentido. Así se aprobaron los Reales Decretos 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa[683], y, 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[684].

El primero se completa con la Orden PRA/286/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el modelo de documento de información de las iniciativas normativas para su inclusión en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado[685], que da cumplimiento a lo dispuesto

681 Se regula en el artículo 132 de la LPAC, de carácter novedoso [véase M. Mora Ruiz (2016), «Capítulo IX. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria», en H. Gosálbez Pequeño (dir.), *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común* (págs. 513-565). Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos (pág. 538) y Mir Puigpelat (2017), «¿*Better regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en C. I. Velasco Rico (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público* (págs. 209-244), Madrid: Marcial Pons (págs. 217 y 218)] y que atiende a una observación realizada por la OCDE (2011 b: 127) en el ámbito de la Administración General del Estado, que destacaba la inexistencia de una planificación al respecto, y, que es equivalente a otros existentes en el Derecho comparado como el proceso de planificación regulatoria norteamericano (*Regulatory planning process*) o el establecimiento de un plan de acción para los próximos doce meses en virtud del Programa de trabajo de la Comisión mencionados en el Capítulo II [véase Comisión Europea, C(2020) 4240 final, Comunicación de la Comisión. Gobernanza en la Comisión Europea (*Communication to the Commission. Governance in the European Commission)* y SWD (2017) *350* Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Directrices para la mejora de la legislación *(Commission Staff Working Document. Better Regulation Guidelines*) y la Caja de Herramientas de la Mejora Regulatoria]. Además, debe diferenciarse de una planificación a medio y largo plazo que se puede realizar de las normas a aprobar en una determinada legislatura (a modo de ejemplo, téngase en cuenta el Calendario Legislativo de cada Legislatura aprobado por el Gobierno vasco, accedido el 27 marzo 2022, de https://www.euskadi.eus/planificacion-de-la-xii-legislatura/web01-s1leheko/es/). Así, señala el artículo 132 de la LPAC que dicho instrumento deberá ser elaborado por todas las Administraciones Públicas, tendrá un carácter anual, se hará público y tendrá como contenido las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. Además, en el ámbito estatal, se regula, también, en el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.
682 El Consejo de Estado, dictamen n.º 419/2009, entendía que la MAIN no es asimilable a los trámites reseñados en el Real Decreto y existentes, a su vez, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, sino que supone otra cosa distinta.
683 *BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2017.
684 *BOE* núm. 276, de 14 de noviembre de 2017.
685 *BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2017.

en el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[686].

Por su parte, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, deroga totalmente y de forma expresa, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, y desarrolla lo establecido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en relación con la MAIN (y no como antes de la reforma por la LRJSP, que sólo ejecutaba aspectos de la misma referidos a determinada documentación preparatoria del procedimiento de elaboración de normas), siguiendo, así, las advertencias realizadas anteriormente por el Consejo de Estado. Además, el Real Decreto de 2017 aumenta el ámbito objetivo de la norma, al contemplar los proyectos reglamentarios y legales, incluyendo los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes.

De otro lado, se incrementa el contenido necesario de la memoria, al añadir la detección y medición de las cargas administrativas, haciendo especial referencia a las pymes; la inclusión de otros impactos; la adecuada mención al Análisis Coste Beneficio desligado de la medición de las cargas administrativas, como una metodología de evaluación, aunque otorgándole un carácter potestativo; la indicación del contenido referido al impacto por razón de género se amplía a la infancia y adolescencia y la familia; y la inclusión de la evaluación *ex post*.

Finalmente, el Real Decreto establece la necesidad de incluir una ficha con el resumen ejecutivo de la norma, elevándose, en consecuencia, a rango normativo esta exigencia (ya que, anteriormente, se incluía en un instrumento de *soft-law* como es la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo); y se dispone la aprobación de una nueva Guía metodológica de desarrollo del Real Decreto, que, sin embargo, no se ha materializado aún, aplicándose la existente, que tiene una relación de coherencia con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

686 En su apartado 1 se establece que: "El Gobierno aprobará anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente". Al respecto, sin perjuicio de que debería, en mi opinión, haberse excluido la aprobación de los Decretos-leyes, dado su carácter de legislación extraordinaria y de urgente necesidad, se puede frustrar la finalidad del plan si no se realiza una consulta pública previa, ya que se estaría predeterminando, también, la opción normativa. Para solucionar esta situación, podría valorarse la idoneidad de un Plan de consultas públicas a realizar en un corto espacio de tiempo, seis meses o un año, o, un plan en el cual se recojan las distintas iniciativas que pudieran adoptar la forma normativa ante determinados problemas o asuntos, en consonancia con la validación de las propuestas realizadas por las Direcciones Generales en el ámbito de la Unión Europea. Por otro lado, este instrumento genera dudas en su aplicación, no solo por la aplicación de la excepción de la justificación en la MAIN de la aprobación de una propuesta normativa sin incluirse en el Plan (*ex* artículo 25.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), sino también por lo que afirma Santamaría Pastor (2016) al manifestar su escepticismo sobre la efectividad práctica del Plan, entendiendo la dificultad de que la aprobación de dichos Planes "abarque la mayoría (…) de las disposiciones que luego sean aprobadas", puesto que el incumplimiento de este mandato carece de sanción alguna.

3.1.2. *La calidad normativa desde la perspectiva autonómica*.

La mejora regulatoria ha tenido una implantación similar en las Comunidades Autónomas respecto a la llevada a cabo en la Administración General del Estado. Así, el inicio de la calidad normativa a nivel autonómico ha sido impulsado por la búsqueda de soluciones económicas especialmente dirigidas a las empresas. En virtud de esto, se han aprobado distintas medidas de reducción de cargas y simplificación administrativas[687]. En este sentido, son destacables las iniciativas de las Comunidades Autónomas de Cataluña[688] y Castilla y León[689].

En un primer momento, la mayoría de las Comunidades Autónomas ha integrado la calidad normativa dentro del procedimiento de elaboración de normas, y, positivizado tal cuestión en la normativa que regula estos procedimientos. Sin embargo, desde esta perspectiva, actualmente coexisten dos modelos en el derecho comparado autonómico: uno, por el cual se regula esta materia dentro del procedimiento de elaboración de normas, siguiendo el criterio de la tradición jurídica española, y que es el modelo adoptado por la Administración General del Estado, modificándose la normativa que regula dicho procedimiento para adaptarla a la realidad del cambio hacia la *better regulation*[690]. Otro, en el que las Comunidades Autónomas han adoptado recientemente una regulación con la que han incorporado aspectos de la mejora regulatoria en normas donde se regula el derecho de acceso a la información y el gobierno abierto[691], todo ello, sin perjuicio de que la

687 Afirma D. Canals i Ametller (2009), «Mejora normativa y reducción de cargas administrativas», *Informe Comunidades Autónomas*, 2009, págs. 43-67 (págs. 54 y 60), que son "muchas las comunidades autónomas que han establecido legalmente o reglamentariamente estas medidas de simplificación y reducción de cargas administrativas, la mayor parte de ellas con anterioridad a su regulación con carácter básico en la LRJPAC", para después identificar los supuestos en el Derecho autonómico.

688 Aprobó el Decreto 93/2008, de 29 de abril, de reestructuración del Departamento de la Presidencia, donde se creó la Dirección de Calidad Normativa, *DOGC* núm. 5123, de 2 de mayo de 2008; el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica (especialmente su artículo 4), *DOGC* núm. 5131, de 15 de mayo de 2008; en el año 2009 las Directrices en materia de evaluación del impacto normativo, para la reducción de las cargas administrativas; y el Acuerdo de Gobierno 63/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la Guía de Buenas Prácticas para la elaboración y revisión de la normativa con incidencia en la actividad económica, *DOGC* núm. 5609, de 16 de abril de 2010. Posteriormente, aprobó la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (*DOGC* núm. 5686, de 5 de agosto de 2010), teniendo en cuenta especialmente, a estos efectos, los artículos 59 a 70. También, hay que señalar la disposición final 3.ª que modifica la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno (*DOGC* núm. 5256 de 12 de noviembre de 2008), especialmente su artículo 36.3.

689 Al aprobar la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública (especialmente, sus artículos 38 a 42), *BOCYL*, núm. 55, de 22 de marzo de 2010; el Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, *BOCYL*, núm. 198, de 13 de octubre de 2010; la Orden ADM/1835/2010, de 15 de diciembre, por la que se aprueba la Guía metodológica de mejora de la calidad normativa, en aplicación de dicho Decreto, *BOCYL* núm. 15, de 24 de enero de 2011; y el Manual de Calidad Normativa.

690 Por ejemplo, esto se produce en la Comunidad Autónoma de Cantabria, concretamente en los artículos 117 a 121 de la Ley 6/20002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, *BOC* núm. 242, de 18 de diciembre de 2002.

691 Este es el caso de la Comunidad Foral de Navarra, que recogía los principios de buena regulación en los artículos 4.j)

mayoría tiene regulado el procedimiento de elaboración de normas en una norma distinta, acentuando una situación de dispersión normativa como elemento contraproducente en el desarrollo de la mejora regulatoria.

3.2. **El ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa por parte del Gobierno.**

3.2.1. *La confluencia de los títulos competenciales en su ejercicio. Posición cambiante de la jurisprudencia constitucional: necesidad de overruling sobre la cuestión.*

Respecto del ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa, se viene reconociendo la confluencia de ámbitos de acción pública, ya que, en su momento, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, según Garrido Falla[692], desbordaba "en mucho el campo estricto del Procedimiento para ser, realmente, un proyecto de ley sobre acción administrativa". La aprobación de la Constitución plantea, entonces, la disyuntiva entre el mantenimiento del *statu quo* existente en la situación preconstitucional con dicha Ley o la apertura al ámbito autonómico del procedimiento de elaboración de normas, en virtud del modelo de distribución de competencias establecido en nuestra Carta Magna. La STC n.º 15/1989 se pronuncia sobre la competencia de la Comunidad Autónoma respectiva en relación con su consideración de procedimiento administrativo como procedimiento especial, de forma que pueden disponer de la competencia de elaboración de normas propias. Esto generó, como más adelante se verá, una discusión doctrinal, en la consideración, por un lado, del procedimiento administrativo especial, y, por otro lado, en la determinación de la existencia de títulos competenciales propios del Estado aplicables al respecto, especialmente, en relación con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución ("bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas" y el "procedimiento administrativo común").

En este contexto, no puede perderse de vista el marco jurídico que han ido creando las leyes procedimentales que se han aprobado hasta llegar al Título VI de la LPAC. Así, la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, supuso una regulación parcial del ejercicio de la potestad pública normativa, al referirse a "los principios generales de legalidad, jerarquía, publicidad e inderogabilidad singular de los reglamentos" (como afirma la exposición de motivos, n.º 10, primer

y 56 de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, *BON* núm. 125, de 28 de junio de 2012.

692 F. Garrido Falla (1958), «Ante el proyecto de Ley de Procedimiento administrativo», *Documentación Administrativa*, 7, págs. 45- 54 (pág. 54).

párrafo en relación con el capítulo I, del título V), así como a otros aspectos relativos a la validez de las disposiciones administrativas de carácter general (artículo 62.2 en relación con el 102). La cuestión es que la Ley no deroga de forma expresa la Ley de Procedimiento Administrativo, sino que coexiste el capítulo I del título VI de esta última, que regula el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, hasta la aprobación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que sí la deroga[693].

Posteriormente, se produce una cierta recentralización de competencias, a través de la LES (concretamente el capítulo I del título I), dictada por el Estado con carácter básico e*x* artículo 149.1.18.ª CE[694].

No obstante, es la LPAC la que da un salto cualitativo, ya que a la regulación comentada que realizaba al respecto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se une lo previsto en el Título VI que, sobre la base de los apartados 13.ª, 14.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE, va más allá de la regulación de la LES, incluyendo aspectos que podrían entenderse propios del procedimiento de elaboración de normas, como son los trámites de participación ciudadana.

En este sentido, ya en la tramitación de la LPAC, hay que resaltar la crítica negativa realizada por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015 sobre la técnica empleada, ya que "acumular diversos títulos competenciales sin establecer ninguna jerarquía entre ellos ni especificar a qué preceptos o grupos de preceptos ofrecen amparo", es especialmente trascendente en esta norma cuyo contenido se refiere a distintos aspectos de la realidad sobre la que incide, además de ser tautológico respecto de un elemento tan importante, a estos efectos, como es la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[695].

De hecho, el Tribunal Constitucional, como se verá a continuación, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión al resolver los recursos de inconstitucionalidad n.º 3628-2016 y 3865-2016, interpuestos, en este orden, por la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno de

693 Así, lo establecen, respectivamente, la disposición derogatoria, apartado 2, letra b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la disposición derogatoria única, apartado 1, letra d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.
694 De este modo, lo prevé la disposición final 1.ª de la LES, concretamente en su apartado 1, párrafo 3.º que afirma: "Los capítulos I (…) del título I, (…) tendrán carácter básico al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, que atribuye al Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común, salvo aquellos preceptos que se refieran exclusivamente a la regulación del régimen estatutario, régimen jurídico y funcionamiento de órganos estatales".
695 De hecho, la Guía Metodológica (pág. 19) establece, como regla general, la determinación de "un título competencial prevalente a cada uno de los preceptos", aunque, "excepcionalmente, podrá fundamentarse la concurrencia de dos títulos respecto del mismo precepto, atendiendo a sus peculiaridades".

Canarias, en las Sentencias n.º 55/2018 y 110/2018, respectivamente. En relación con el primero de los pronunciamientos (ya que la STC n.º 110/2018 se remite al mismo), se confirma la aplicación del título competencial correspondiente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, desechando los demás adicionados por el Estado para su aprobación, siguiendo con el planteamiento de la STC n.º 91/2017.

La consecuencia inmediata de lo anterior es la necesidad de realizar un análisis de los diferentes títulos competenciales aducidos por el Estado para aprobar el título VI de la LPAC, a fin de entender el fundamento competencial de esta regulación, y abordar las bases competenciales aplicables a la potestad normativa que nos ocupa, en clave de *better regulation*:

A) Artículo 149.1.13.ª CE.

El artículo 149.1.13.ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las "bases y coordinación general de la planificación general de la actividad económica".

El título no solo se refiere a la planificación general de la actividad económica (a sus bases y coordinación general), sino que comprende, también, la "ordenación del conjunto de la economía"[696] y "de cada sector o subsector de la actividad económica", tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC n.º 11/2015, FJ 4).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que la coordinación supone "la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades", tanto estatales y comunitarias, "en el ejercicio de sus respectivas competencias", para que "se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema"[697], tal y como ha puesto de

696 STC n.º 152/1988, FJ 2: "dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector". El Tribunal Constitucional diferenció, en un principio, la competencia del artículo 149.1.13.ª CE y la competencia estatal sobre la "ordenación de la actuación económica general", esta última fundamentada en una competencia reconocida al Estado como límite a la asumida por la Comunidad Autónoma (STC n.º 29/1986, FJ 4), para, después, en una interpretación consolidada lo incluyese dentro de aquel precepto (SSTC n.º 186/1988 y 31/2010, FJ 84).

697 Se trata de una facultad, según la STC n.º 86/2014, FJ 5, que supone la determinación de "sistemas y procedimientos que propicien la integración de las partes del conjunto, para lo cual se ejerce un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado". Sobre este concepto, téngase en cuenta la sentencia n.º 76/1983. Asimismo, véase A. Hernández Lafuente (1993), «Relaciones entre administraciones públicas», en AA.VV., *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* (págs. 61-72), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

manifiesto en su STC n.º 79/2017, FJ 3 (con remisión a las SSTC n.º 32/1983, FJ 2 o 144/1985, FJ 4).

No obstante, esa coordinación no debe agotar las competencias autonómicas existentes (SSTC n.º 45/1991 y 220/1992)[698], de forma que debe realizarse un examen caso por caso atendiendo a la finalidad y objetivo predominante, para no falsear el reparto competencial existente en materia económica, con la oportuna salvaguarda de las competencias de las Comunidades Autónomas en este ámbito[699]. En este sentido, debe tenerse en cuenta la STC n.º 79/2017, FJ 3, cuyo objeto era la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, y, en particular, sus artículos 14 y 23, referidos, respectivamente, a la cooperación en la elaboración de proyectos normativos y el sistema de intercambio electrónico de información, donde el Tribunal afirma que estos preceptos quedan encuadrados en el artículo 149.1.13.ª CE "ya que establecen un mecanismo de relación entre administraciones referido a la elaboración de aquellas normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado", indicando que, respecto de la "facultad de coordinación" (con cita en la STC n.º 26/2016, FJ 6), es "una facultad que guarda estrecha conexión con las competencias normativas, de modo que el titular de estas últimas ostenta aquella facultad como complemento inherente"; y, además, se encuentra implícita en una "competencia básica" (con cita en la STC n.º 81/2005, FJ 10), cuyo límite es no impedir el efectivo ejercicio de la competencia autonómica, lo cual para el Tribunal queda salvaguardado, al establecerse una obligación de "dar información en aquellos concretos procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado"[700].

698 En la STC n.º 29/1986, FJ 4.º se señala que la actuación del Estado no puede llegar "a un vaciamiento de las competencias asumidas por la Comunidad en materia de planificación".

699 STC n.º 11/2015, FJ 4:«"el posible riesgo de que por este cauce se produzca un vaciamiento de las concretas competencias autonómicas en materia económica obliga a enjuiciar en cada caso la constitucionalidad de la medida estatal que limita la competencia asumida por una Comunidad Autónoma como exclusiva en su Estatuto, lo que implica un examen detenido de la finalidad de la norma estatal de acuerdo con su objetivo predominante, así como su posible correspondencia con intereses y fines generales que precisen de una actuación unitaria en el conjunto del Estado [por todas, STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 d)] (STC 143/2012, de 2 de julio, FJ 3) (…) 'el Estado retiene ciertas capacidades en aquellos aspectos sectoriales de la economía que pudieran ser objeto de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas pero que deben acomodarse a las directrices generales mediante las que aquél fija las bases de la planificación económica y coordina la misma', no lo es menos que 'dichas facultades de supervisión no pueden suponer en ningún caso que se desfigure un reparto constitucional y estatutario de competencias en el que las Comunidades Autónomas han recibido importantes responsabilidades en materia económica' (STC 77/2004, de 29 de abril, FJ 4)". (STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 3)».

700 El Tribunal Constitucional en el FJ 3, termina diciendo que: "El establecimiento de un sistema de intercambio electrónico de información y, más concretamente, la obligación, impuesta a las autoridades competentes por el artículo 14.2 de la Ley 20/2013, de poner a disposición del resto de autoridades determinada información en aquellos procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, supone la fijación de medios y sistemas de relación que hacen posible la información recíproca con la finalidad de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado, y no suponen, en modo alguno, la sustitución de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias. No estamos propiamente, por tanto, ante un mecanismo de control *ex ante* o de tutela de la Comunidad Autónoma como afirma el recurrente, sino ante un mecanismo de información que supone el desarrollo de la facultad de coordinación en un ámbito como es el de la garantía de la unidad de mercado. Resulta constitucionalmente admisible que el Estado, al ejercer una competencia horizontal como la reconocida en el artículo 149.1.13 CE, pueda condicionar el

Por otro lado, en relación al término "bases", debe distinguirse de la competencia sobre las bases en una determinada materia, de forma que lo primero implica "(el) establecimiento de las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos" y "las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector, admitiendo así que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza", dirigidas "al logro de tales fines, entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado o de la unidad económica", junto con "el de incidir en principios rectores de la política económica y social" y "alcanzar los objetivos de la economía general o sectorial"[701] (para esto último, véase la STC n.º 96/1990, FJ 3, y en el mismo sentido las SSTC n.º 80/1985, FJ 1, y 188/1989, FJ 5), incluida la "desregulación" del mercado, al fomentar su "funcionamiento más libre", mediante la imposición de "mayores condicionamientos y restricciones" a la capacidad de intervención de los poderes públicos en la economía (STC n.º 79/2017, FJ 2).

No obstante, y centrándonos en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de este título competencial del Estado para dictar el Título VI de la LPAC, entiende el Alto Tribunal que este no es de aplicación, puesto que el contenido y finalidad de dicho título trasciende del ámbito económico. Y, en todo caso, es necesario llevar a cabo un examen de la aplicación de la norma en cuestión, atendiendo a la finalidad de su contenido y si esta tiene una "incidencia directa y significativa" sobre la actividad económica (STC n.º 11/2015, FJ 5).

Al respecto, para el Tribunal, estamos ante un título competencial que no tiene carácter prevalente, siguiendo lo ya establecido en la STC n.º 91/2017, FJ 5 en relación con el capítulo I del título I de la LES, y las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas en el contexto de la calidad normativa[702], sin perjuicio del importante carácter económico de la

ejercicio de las competencias autonómicas siempre que ello se haga sin limitar más de lo necesario el efectivo ejercicio de la competencia autonómica".

701 Tribunal Constitucional (Secretaría General) (2020), *Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario)*, accedido el 23 septiembre 2020, de http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Jurisprudencia%20en%20materia%20competencial.pdf.

702 La sentencia establece que: "Es cierto que los preceptos que nos ocupan se incluyen, como se ha dicho, en un título referido a la 'mejora del entorno económico', dentro de una Ley con numerosas medidas económicas (...). Sin embargo, los artículos 4 a 7 se dirigen a regular los principios generales a los que debe someterse la iniciativa normativa de las Administraciones públicas para mejorar la calidad de las normas, con independencia del contenido, económico o no, de las mismas. Por tanto, a efectos de encuadrar la competencia, consideramos prevalente el artículo 149.1.18 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, así como sobre el procedimiento administrativo común".

aprobación de las normas.

En este sentido, debe destacarse el argumento de la Abogada de la Generalidad en el recurso interpuesto contra la LPAC, al afirmar que el título tiene como "objeto característico la actividad económica privada, más que la racionalización de las estructuras administrativas"[703] [STC n.º 41/2016, FJ 3 c)], incardinándose "la eficiencia en el uso de los recursos públicos" primariamente en el ejercicio de sus potestades de autoorganización y "competencias sobre organizaciones, procedimientos, empleados, bienes y haciendas públicos" [SSTC n.º 214/1989, FJ 6 y 41/2016, FJ 3 c)], descartándose su aplicación en regulaciones orientadas a dichos fines [STC n.º 55/2018, FJ 3 a)][704], llegando el Tribunal Constitucional a la misma conclusión que la Abogada de la Generalidad.

Sin embargo, en mi opinión, no es posible compartir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional por los siguientes motivos: en primer lugar, porque este realiza un ejercicio forzado en la aplicación de un solo título competencial del Estado en relación con el título VI (las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas), lo cual, como expondremos en el Capítulo IV, no tiene que ser así.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional circunscribe el contenido del ejercicio de la potestad normativa en dos ámbitos con carácter generalizado: por el lado autonómico, en el ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre el procedimiento administrativo especial, y el lado estatal, en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, dejando a un lado otros títulos competenciales estatales que inciden en ámbitos materiales de especial importancia como es el económico. Por lo tanto, la regulación general estatal es escasa, a pesar del carácter transversal e instrumental del ejercicio de la potestad normativa en materias específicas en las cuales sí existe competencia estatal. Esto último posibilita, que el legislador estatal se encuentre, en cierta medida, obligado a utilizar

703 En contraposición, la STC n.º 55/2018, FJ 3 "señala en este sentido que los objetivos de la Ley son 'mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad'; evitar la 'aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedimientos administrativos demasiado complejos'; impulsar 'una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico' que permita 'ahorrar costes a ciudadanos y empresas', y propiciar, a través de la Better Regulation, 'los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica', la simplificación de 'los procesos' y la reducción de las 'cargas administrativas'".

704 El Abogado del Estado está de acuerdo con lo afirmado por la Abogada de Generalidad al respecto (STC 55/2018). Sin embargo, este planteamiento choca con la posición de la Abogacía del Estado en relación con el recurso de inconstitucionalidad 6642/2011 interpuesto por el Gobierno de Canarias contra varios artículos de la LES, justificando la utilización del título competencial estatal contenido en el artículo 149.1.13.ª de la Constitución (STC 91/2017, FJ 3), en virtud de "la acusada importancia que tiene en el desarrollo económico la mejora de la calidad de la regulación que persiguen los preceptos recurridos permite entroncarlos con el artículo 149.1.13, en tanto sus previsiones pueden también considerarse manifestaciones de la política de dirección de la actividad económica mediante directrices".

regulaciones específicas referidas a títulos competenciales propios que afecten a la regulación general de la iniciativa normativa: se trataba de una cuestión que, en cierta medida, quería solucionar el legislador estatal con la LPAC[705]. Así, se puede poner como ejemplo lo establecido en relación con el impacto en la infancia, adolescencia y familia[706].

En tercer lugar, y atendiendo a la regulación final establecida, en línea con elementos trascendentales de la calidad normativa, puede reconocerse la existencia de instrumentos jurídicos más específicos dictados en distintos ámbitos a los que, sin embargo, hay que reconocer una gran vinculación o afectación sobre lo económico y su necesario encuadramiento en una regulación general. Así, puede hacerse referencia, por ejemplo, a la metodología de medición de cargas administrativas, las fechas comunes de entrada en vigor y la realización de un auténtico análisis de impacto económico en los proyectos normativos. En este contexto, debe destacarse la utilización de una metodología común en España para la detección, medición y reducción de cargas administrativas, como es el Método Simplificado de Medición de Cargas Administrativas y de su Reducción, y que respondería, en mi opinión, en la práctica, a la actuación de coordinación del título derivado del artículo 149.1.13.ª CE mencionada anteriormente[707], trascendiendo la mera determinación consensuada para compartir e implantar una metodología común[708]. A ello debe añadirse, respecto de la conexión con el título competencial que comentamos, el contenido económico de esta Metodología (que, en mi opinión, está fuera de toda duda, si consideramos su inclusión en un principio dentro del

705 En el apartado III, antepenúltimo párrafo de su Exposición de Motivos se determina que: "la regulación de esta materia venía adoleciendo de un problema de dispersión normativa y superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí, de lo que es muestra la sucesiva aprobación de normas con incidencia en la materia".

706 La necesidad de llevar a cabo un impacto de las normas en la infancia y adolescencia se dicta por norma estatal en virtud del título competencial recogido en el artículo 149.1.8.ª CE. Por otro lado, la realización del impacto de las normas en la familia se establece por norma estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.1.ª, 7.ª y 17.ª CE, *ex* disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

707 Y que, en cierta medida, es demandada por la OCDE (2011 b: 211 y 212).

708 Dicho Acuerdo se integró como Anexo V a la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, como establece E. Gamero Casado (2014 b), «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado», *IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Santiago de Compostela*, 7 y 8 de febrero de 2014, accedido el 10 octubre 2019, de http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-838-Ponencia-del-Prof-Gamero-Casado.aspx. A través de distintos Convenios de colaboración, diferentes Comunidades Autónomas se han adherido al Modelo Simplificado de medición y reducción de cargas establecido por la Administración General del Estado, como desarrollaremos en el Capítulo IV. No obstante, algunas de ellas han reconocido normativamente su aplicación como es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Canarias, que en su artículo 11.1, párrafo 2.º del Decreto 68/2015, de 30 de abril, por el que se establece el marco general para la innovación y mejora de los servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, *BOC* núm. 90, de 13 de mayo de 2015, afirma que, en relación con sus órganos administrativos, para la eliminación y reducción de cargas en las actuaciones administrativas de su competencia, "llevarán a cabo la medición de las cargas administrativas utilizando el método simplificado de medición de cargas administrativas y de su reducción, compartido por las distintas Administraciones Públicas" (en parecidos términos se pronuncia, también, la Comunidad Autónoma de Galicia, en su artículo 6.3 de la Orden de 12 de enero de 2012 por la que se regula la habilitación de procedimientos administrativos y servicios en la Administración general y en el sector público autonómico de Galicia, *DOG* núm. 10, de 16 de enero de 2012.

impacto económico en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, y su relación con el principio de eficiencia *ex* artículo 129.6 de la LPAC) y que se fundamenta en que "facilita la identificación y medición homogénea de las cargas administrativas por todas las Administraciones Públicas"[709].

La metodología de medición de cargas entraría dentro de la de "aquellas normas y orientaciones" para la "definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial, así como la adopción de medidas necesarias para garantizar la realización de los mismos" (SSTC n.º 186/1988, 141/2014 y 79/2017), constituyendo un instrumento común para identificar, medir y reducir cargas administrativas, evidenciando que las mismas suponen un coste a tener en cuenta especialmente para la medición de la riqueza económica de un país, ya que aquellas actividades informativas que son obligatorias, al reducirse o eliminarse, pueden permitir invertir el dinero o el ahorro de tiempo de los operadores económicos. Sin duda, este enfoque puede generar una mayor productividad u otros elementos de crecimiento de las empresas o ahorro de costes, beneficiando no sólo a la empresa, sino, también a toda la ciudadanía, en el conjunto de un país.

En mi opinión, la metodología de reducción de cargas se convierte en un elemento esencial que puede tener cabida fácilmente en el título competencial considerado, siempre que en su determinación no se agote la competencia autonómica sobre procedimiento administrativo especial, lo cual no se produciría en la actualidad, ya que varias Comunidades Autónomas, a través de distintos medios jurídicos, han llevado a cabo, en la práctica, un reconocimiento de lo que el Estado ha establecido mediante instrumentos de derecho blando, y en los que ha ejercido una "coordinación de facto", propia de este título competencial considerado[710].

709 Como fue anticipado en el documento Gobierno de España (2008), *Plan de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas*, accedido el 14 noviembre 2021, de http://www.cepco.es/Uploads/docs/Plan%20de%20Accion%20para%20la%20%20Reduccion%20de%20Cargas%20Administrativas%20.pdf. Dicha aplicación común era la principal virtualidad práctica del modelo.

710 Sobre el alcance del término "coordinación" como título competencial, véase J. Guillén Caramés (2018), «Artículo 149.1.13.ª», M Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II (Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución)* (págs. 1336-1338), Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. Afirma Betancor Rodríguez (2009: 211-213) la posibilidad de la *soft coordination,* todo ello "sin el concurso de ningún centro político-administrativo bajo el mandato de la Administración General del Estado". Aunque, el propio autor reconoce la posibilidad de que las Comunidades no impongan "los mismos requisitos" y que ello podría generar una competición *to bottom line* en los mismos términos que se produce en Estados Unidos, generando una "especie de minoración o disminución de estas reglas para evitar la deslocalización de actividades", lo que, en cierta medida, recuerda a la fundamentación de la garantía de la unidad de mercado. Esta competencia podría ser provechosa, siempre que sea "benéfica", pues, de otro modo, podría generar, junto otras cuestiones, el empobrecimiento de unas regiones españolas con respecto a otras, con clara incidencia sobre la competencia. Así, uno de los factores de la *relocalización* es "la reducida burocracia": véase Gabinete de Estudios de UGT-Navarra (2007), *Situación económica de la industria navarra: pautas de actuación ante los procesos deslocalizadores* (pág. 25).

En cuarto lugar, de la regulación del título VI de la LPAC, existe un contenido que afecta al ámbito económico, concretamente lo previsto en sus artículos 129.6 y 130.2. En el primero, la STC n.º 55/2018 identifica el principio de eficiencia con simplificación y racionalización, aspecto que concordaría con la parte del artículo 129.6 referido a "racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos"; no obstante no comparto esa visión interna del ejercicio de la potestad normativa, movida por una concepción de la política pública y de las normas en el cual se pone en el centro de las mismas a la propia Administración, antes al contrario, debe producirse un cambio de paradigma en la concepción *ad extra* de la Administración, en la que tenga cabida la mencionada racionalización y simplificación, dado que estamos ante un objetivo económico cuando se trata de reducir los "mecanismos de control" en la actividad económica, afectando a los operadores económicos, así como el cambio de una Administración compleja a una simple como bien establece la STC n.º 79/2017, FJ 7[711]. Pero, además, es cuestionable que la STC n.º 55/2018 deje a un lado en su identificación del principio de eficiencia la parte del artículo 129.6 referido a "la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias", pese a que tiene un claro carácter externo o *ad extra*, que afecta a toda la ciudadanía. De hecho, la OCDE[712] reconoce su directa conexión con una adecuada aplicación de la política de calidad normativa, de forma que las cargas administrativas son parte de la misma, que puede afectar a un factor de desigualdad como es la riqueza. Desde esta perspectiva, es claro que puede ser de aplicación el artículo 149.1.13.ª CE al incidir en principios rectores de la política económica y social (STC n.º 95/2002, FJ 7). De hecho, en la regulación específica, se produce el reconocimiento de este enfoque, a través de soluciones como la regla *uno dentro-uno fuera* (*one in-one out)*[713] plasmada en el artículo 37 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (*BOE* núm. 233, de 28 de septiembre de 2013), dictada en virtud del título competencial estatal del artículo 149.1.13.ª CE. Dicha medida establece el mandato a todas las Administraciones Públicas de que, "en el ejercicio de sus respectivas competencias", si crean nuevas cargas administrativas para las empresas

711 Así, dicha sentencia establece que en relación con el artículo 149.1.13.ª CE se puede "fijar una determinada modalidad de intervención administrativa con la finalidad de dinamizar la actividad económica", pudiendo prever las "condiciones de ejercicio de la actividad económica cuyo cumplimiento siempre podrá ser controlado con posterioridad". Así, lo puso de manifiesto la Generalidad de Cataluña en el apartado I del preámbulo del Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, donde se afirma que: "Si la regulación no se diseña correctamente puede imponer costes excesivos a las empresas y a la ciudadanía y afectar negativamente a la productividad". Así, dicho Decreto tenía como objeto "principalmente introducir medidas de simplificación administrativa para facilitar a las empresas el ejercicio de la actividad económica" (artículo 1), entre dichas medidas se encontraba la "evaluación de las propuestas normativas" (artículo 4).

712 OCDE (2011 b: 205).

713 Véase E. Gamero Casado (2014 a: 67), además se remite (pág. 34) para conocer mejor este principio al documento ya reseñado del Department for Business Innovation & Skills (2011).

"eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente"[714].

En íntima conexión con esta cuestión, debe hacerse referencia al artículo 17.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, al prever la minimización en el uso de las autorizaciones administrativas, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, para, según el preámbulo de la Ley (apartado I, antepenúltimo párrafo), "seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas", afirmando que la reducción de cargas administrativas es un "objetivo económico" (STC n.º 79/2017, FJ 7)[715]. Por tanto, no es una novedad del Título VI acudir a fundamentos de carácter economicista como los del art. 149.1.13.ª CE para justificar la regulación estatal.

Además, en necesaria conexión con lo previsto en el artículo 129.6, se encuentra lo establecido en su apartado 7, como desarrollaremos en el Capítulo IV referido a los principios de buena regulación, en virtud de la remisión obligada a la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, siendo los títulos competenciales prevalentes para aprobar dicha Ley los derivados del artículo 149.1.13.ª y 14.ª CE[716], incluido el principio de

714 El precepto tiene su proyección, en el ámbito de la Administración General del Estado, en el Acuerdo por el que se aprueban medidas para reforzar el seguimiento de la aplicación del principio de compensación de cargas administrativas, adoptado por el Consejo de Ministros el 30 de enero de 2015, accedido el 26 octubre 2019, de https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/simplificacion/doc-referencia/08_Acuerdo_30_01_2015.pdf.pdf.

715 En esta sentencia se establece que: "Es por tanto conforme con la norma fundamental que el Estado promueva el objetivo económico de que se reduzcan las cargas administrativas para el acceso y ejercicio de una actividad económica, sin que ello suponga el menoscabo de aquellos intereses a proteger, pues la norma permite bien el establecimiento de mecanismos de control distintos que tendrán lugar con carácter previo (declaración responsable, comunicación previa), bien el establecimiento de condiciones de ejercicio de la actividad económica cuyo cumplimiento siempre podrá ser controlado con posterioridad. En consecuencia, debemos desestimar la impugnación del apartado primero del artículo 17 de la Ley 20/2013". Para el Tribunal Constitucional ello supone una cierta desregulación del mercado que, sin embargo, es compatible con la Constitución, pues es "legítimo que el Estado (…) establezca un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional" (FJ 2). En mi opinión, los principios de necesidad y proporcionalidad representan una aplicación de la famosa tercera vía entre una regulación excesiva y una desregulación, como ya se ha comentado, reiteradamente, en este Trabajo.

716 La mención del artículo 135 de la CE como título competencial se debe a la observación realizada por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 164/2012, apartado V, letra C, número 3, apartado 1 donde afirma que la "vigente redacción del artículo 135 de la Constitución ofrece fundamento suficiente para la aprobación del presente anteproyecto de Ley orgánica", entendiendo que no "resulte necesario -ni tampoco sea aconsejable- la mención de los títulos competenciales del artículo 149.1.11ª, 13ª, 14ª y 18ª de la norma fundamental". Ante dicha "habilitación constitucional a las Cortes Generales" como menciona J. García Roca y M. A. Martínez Lago (2015), «La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad Presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre», *Revista Española de Derecho Europeo*, 54, págs. 89-153 (pág. 92), se procedió a una vuelta atrás en dicha sentencia, con respecto a la jurisprudencia existente como son las SSTC n.º 134/2011 y 157/2011, con independencia de que el único que puede aprobar leyes orgánicas sean las Cortes Generales, todo ello de conformidad con la aplicación en España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, atendiendo al orden de distribución de competencias. Véase, al respecto, S. Ruiz Tarrías (2014), «De la discusión sobre un «título competencial» a la afirmación de un «mandato constitucional». Comentario a las SSTC 134/2011, de 20 de julio, y 157/2011, de 18 de octubre», *Revista Española de Derecho*

estabilidad presupuestaria considerado "orientación de la política económica" general del Estado [STC n.º 134/2011, FJ 8.a)][717].

En mi opinión, además, el artículo 149.1.13.ª CE puede considerarse fundamento de previsiones como las del artículo 130.2 de la LPAC, que resalta la importancia del aspecto económico que deriva de los fundamentos de la calidad normativa, y del Análisis Económico del Derecho al afirmar que las "Administraciones Públicas (...) cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica", cuestión, esta, que se planteaba ya por parte de la OCDE en su informe emitido en el año 2000 como un "objetivo a largo plazo"[718].

En quinto lugar, se debe realizar una interpretación acorde con el nuevo contexto social y de pensamiento neoliberal existente, fuertemente marcado por la normativa de la Unión Europea y los postulados de la OCDE y de los países del entorno de España, y que, incluso, se ha adoptado por algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña. La OCDE[719] establece la necesidad de tener en cuenta el "impacto económico de la legislación, más allá de las consecuencias financieras", en la medida en que la "cultura de la Administración Pública se encuentra en un proceso de adaptación y cambio", ya que, según dicha Organización, "sigue predominando una cultura legalista, que obstruye el aumento de la transparencia y la eficiencia, así como la aplicación de una perspectiva más económica a la gestión legislativa" en el contexto de una Unión Europea que ha establecido medidas al respecto y objetivos a alcanzar como compromisos a cumplir por los Estados miembros[720]. Pero, además, tanto por LPAC como la

Constitucional, 100, págs. 331-364.

717 Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su STC n.º 41/2016, FJ 3 c) afirma que "el art. 149.1.13 CE, respecto del que hay que evitar 'una lectura excesivamente amplia' que pudiera 'constreñir de contenido o incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas'", según su remisión a la STC n.º 141/2014, FJ 2 c), será de aplicación cuando tenga "como objeto característico la actividad económica privada, más que la racionalización de las estructuras administrativas". No obstante, como se ha demostrado la racionalización de procedimientos, la imposición de cargas, tienen efectos directos en el ámbito privado, respondiendo al criterio del Tribunal Constitucional para medir el "impacto económico que las actuaciones que sea prevean puedan tener en los sectores productivos —que sin duda se ven afectados por la regulación de los usos del suelo—, así como en las haciendas públicas, debido al gasto que implica la ejecución" en este caso "de las actuaciones urbanizadoras y la implantación y mantenimiento de infraestructuras y servicios", como indica dicha STC n.º 141/2014, en su FJ 8 D b), siendo de aplicación el artículo 149.1.13.ª y 14.ª CE como títulos competenciales estatales al respecto.

718 Véase OCDE (2011 b: 115), aunque no referido, propiamente a dicho Análisis Económico del Derecho, sino en relación con una metodología de decisión como es el "análisis de coste-beneficio".

719 OCDE (2011 b: 20 y 24). Ya en el informe de la organización supranacional sobre la misma cuestión realizado para España en 2000 se afirma que: "El análisis de impacto normativo puede ser un útil instrumento (…) para impulsar la calidad legislativa, proporcionándoles a los responsables de la política mejor información sobre las consecuencias de la legislación en la economía".

720 Así, un ejemplo lo encontramos en la aplicación de la metodología de medición de cargas, de la cual España forma parte de la Red del Modelo de Costes Estándar junto con otros países europeos. Afirma la OCDE (2008: 48) que la red

LRJSP, según Prieto Romero [721] se "fundamentan en la necesidad de garantizar la competitividad de la economía", con apoyo, como señala dicho autor, en el Plan Nacional de Reformas de 2014, para "racionalizar la actuación administrativa, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar la competitividad". En el mismo sentido, Rodríguez-Zapata Pérez[722] afirma que debe contemplarse este título competencial (junto con el establecido en el artículo 149.1.14.ª CE) con una mente abierta al cambio y no comparándolo con épocas pasadas, concretamente con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En definitiva, y sin perjuicio de que estemos ante un título competencial estatal transversal[723], es clara su proyección e incidencia sobre el Título VI de la LPAC, siendo necesario insistir en que la interpretación del Tribunal Constitucional plantea un cierto riesgo de dispersión normativa, que, en mi opinión, debería contrarrestarse con la aprobación de una regulación específica sobre calidad normativa, que desempeñara el papel de instrumento normativo de cabecera de esta política. El Título VI de la LPAC se encuentra en esta dirección, y de ahí la relevancia de contar con suficientes anclajes en lo que a los títulos competenciales del Estado se refiere.

B) Artículo 149.1.14.ª CE.

El artículo 149.1.14.ª CE atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre la "Hacienda general y Deuda del Estado", y su invocación en relación con el Título VI de la LPAC se plantea sobre el hecho de que la referencia a la "Hacienda general" se encuentra íntimamente conectada

informal tenía "el compromiso de utilizar la misma aproximación metodológica a la hora de medir las cargas administrativas y la simplificación con una base cuantitativa", siendo sus cifras conseguidas "consistentes en todos los ámbitos de actuación política". Al respecto, véase dicho estudio comparado, de forma esquemática, en su Anexo 2 (págs. 115-117).

721 Prieto Romero (2016: 337).

722 J. Rodríguez-Zapata Pérez (2015), «La iniciativa legislativa y la potestad para dictar Reglamentos», *Nueva revista de política, cultura y arte*, 154, págs. 225-236 (pág. 234), sostiene que: "En 1992 no regía el nuevo artículo 135 de la Constitución, su desarrollo en la Ley 2/2011 de economía sostenible tampoco existía, ni los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (…) o las recomendaciones del grupo Mandelkern sobre mejor regulación de 13 de noviembre de 2001".

723 Sobre la utilización excesiva de los títulos competenciales del Estado recogidos en el artículo 149.1.13.ª y 14.ª CE, véase Martínez López-Muñiz (2016: 312), quien afirma que es una "invocación competencial inicialmente no poco sorprendente", debido al carácter transversal de dichos títulos, utilizados recurrentemente por parte del Estado, adquiriendo una *vis attractiva*. Así, en el mismo sentido, afirma M. Carrasco Durán (2005), «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª de la Constitución)», *Revista de Derecho Político*, 62, págs. 55-94 (pág. 91) que "la interpretación amplia de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica ha puesto a disposición del Estado un vasto arsenal de argumentos mediante los cuales justificar la atracción a su espacio competencial de la facultad para dictar normas o llevar a cabo actuaciones sobre actividades económicas acerca de las cuales las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias enunciadas como exclusivas en sus Estatutos de Autonomía. Ello ha dado lugar a una práctica en la que el Estado ha llevado a cabo una intensa actividad normativa".

con el desarrollo económico y, por tanto, con la calidad normativa.

Este título competencial, según el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015, recogiendo, al respecto, lo establecido por la jurisprudencia constitucional, consiste en regular su Hacienda y las instituciones comunes a otras Haciendas, otorgándole funciones de coordinación dirigida a su consecución y mantenimiento, desde las perspectivas de los ingresos y los gastos públicos. Además, se trata de un título en cuya virtud es difícil delimitar las normas de régimen jurídico (dictadas *ex* artículo 149.1.18.ª CE), de las correspondientes a las plasmadas en virtud del artículo 149.1.14.ª CE, para lo cual habrá que estar al carácter, sentido y finalidad de los preceptos impugnados[724]. Para el Consejo de Estado "(…) la disposición examinada no puede encontrar anclaje constitucional en el mencionado precepto", ya que "no se establecen en ella derechos y obligaciones económicos de los sujetos públicos ni medidas concretas de protección o preservación de la hacienda estatal, autonómica o local".

El título competencial estatal de la "Hacienda general" es, principalmente, un título de coordinación[725], en los supuestos en los que, según la STC 79/2018, FJ 4:

> "(…) su objeto o finalidad principal (de la normativa estatal) sea la regulación de instituciones comunes a las distintas haciendas o dictar medidas de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas de las corporaciones locales; salvaguardar la suficiencia financiera de las haciendas locales garantizada por el artículo 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocida SSTC n.º 233/1999, FJ 4 b)][726]; 150/2012, de 5 de julio, FJ 4, *a sensu contrario*, y STC n.º 41/2016, de 3 de marzo, FJ 3 b)]; regular los derechos y obligaciones de contenido económico de las administraciones públicas; proteger o preservar los recursos públicos que integran las haciendas [SSTC 130/2013, FJ 5, 135/2013, FJ 3 c), y 41/2016, FJ 3 b)]; o adoptar las medidas orientadas a la contención o control del gasto local (STC 41/2016, FJ 12)".

En todo caso, y a los efectos de este Trabajo, interesa señalar la existencia de un cierto conflicto entre el título competencial que estamos analizando en relación con el título VI de la LPAC y la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18.ª CE. Para el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 55/2018, FJ 3 b), este título competencial es externo al contenido del título VI de la LPAC, ya que la materia hacienda general comprende "las relaciones entre las distintas

724 Véase las SSTC n.º 135/2013, FJ 3 c) y 41/2016, FJ 3 b).
725 Tribunal Constitucional (Secretaría General) (2020: 256).
726 Con fundamento en las SSTC n.º 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FF JJ 2 y 3; y 171/1996, FJ 5.

haciendas: estatal, autonómicas y locales (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 5) y el sistema de ingresos públicos: tributarios o de otro tipo (STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 6)". De forma particular, la Sentencia afirma lo siguiente:

> "(…) la doctrina constitucional ha admitido que el artículo 149.1.14 CE puede llegar a dar cobertura a normas estatales relativas a la hacienda pública desde la perspectiva del gasto. Ahora bien, lo ha hecho con cautela para considerar amparadas en ese título competencial regulaciones sobre 'la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio); y control (art. 136 CE)' [SSTC 130/2013, FJ 5, y 41/2016, FJ 3 b)].
>
> (…) Las normas que promueven la 'buena regulación' durante la elaboración de proyectos de reglamento y anteproyectos de ley (…), escapan a la órbita de la 'hacienda general' como título competencial (art. 149.1.14 CE). También las destinadas a agilizar la acción de las administraciones públicas y a descargar de burocracia la actividad privada, aunque puedan producir ahorros y eficiencia en la gestión de los recursos públicos. No disciplinan la actividad financiera de las entidades públicas ni sus derechos y obligaciones de contenido económico. Tales normas deben encuadrarse en las competencias estatales sobre la organización y el procedimiento de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE)".

Sin embargo, pese a lo rotundo de la Sentencia citada, disiento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional por varios motivos, vinculados, en esencia, a la conexión entre lo económico y la calidad normativa. Así, en primer lugar, junto al hecho de que la falta de regulación general genera dispersión, y el nuevo contexto de la regulación de la calidad normativa, que tiene un carácter manifiestamente económico, como ha afirmado Mora Ruiz[727], con la clara influencia del Análisis Económico del Derecho en la calidad normativa[728], existe la necesidad de una memoria o documento que evalúe el impacto presupuestario, pues su no realización podría llevar a una situación en la que se impidiera vislumbrar aquello que supone un coste o un ingreso público en un instrumento de la importancia de un proyecto normativo, que innovará el ordenamiento jurídico. Esta es una preocupación compartida no solo por el

727 Mora Ruiz (2016: 518).

728 En contraposición, parte de la doctrina comparte el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la elección del título competencial aplicable. Este es el caso, por ejemplo, B. Rodríguez Villar (2016), «La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 226 -253 (págs. 247-249 y 253) llegando a afirmar que "la mención de los apartados 13 y 14 del artículo 149.1 no es ni correcta ni necesaria".

legislador, sino por la doctrina y por la jurisprudencia. En el ámbito legislativo, se puede destacar en la Administración General del Estado, el artículo 26.3.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que incluye el impacto presupuestario como parte del contenido necesario de la MAIN (aun en el nivel del Estado), desarrollado por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre (art. 2.1.2.º y 3.2), en el que se establece que el análisis "comprenderá, al menos, una referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos y que incluirá la incidencia en los gastos de personal, dotaciones o retribuciones o cualesquiera otros gastos al servicio del sector público". En el ámbito autonómico, en la misma línea se sitúa Cataluña, a través de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña [téngase en cuenta su preámbulo y artículo 64.3.a) y 4], así como lo previsto en la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, artículos 36 a 38, que establecen distintas menciones al impacto presupuestario de las normas. Por otro lado, el Consejo de Estado[729] resalta la necesidad de controlar el gasto público, a través de la antigua memoria económica o actual impacto presupuestario, y a ello se suma la jurisprudencia, destacando la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (SSTS ROJ n.º 129/2015, FD 2.º y 1225/2012[730]) y por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2014, FJ 8 b).

En mi opinión, la falta de un análisis de impacto presupuestario o su falta de realización de forma adecuada no es baladí, porque puede producir una disfunción en la adopción de una determinada decisión pública, ya que no contemplaría los gastos e ingresos públicos que podrían suponer, afectando directamente al funcionamiento de la hacienda. De hecho, la idea estereotipada de que la norma no produce impacto presupuestario, siendo una carga que debe plantear el recurrente en vía contenciosa-administrativa[731], no facilita la existencia de una hacienda saneada. En este sentido, es llamativo que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado con anterioridad sobre la oportunidad del título derivado del artículo 149.1.14.ª CE, tal y como ejemplifica la STC n.º 141/2014, FJ 8 D b), en relación con el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*BOE* núm. 154, de 26 de junio de 2008), en el que establece la necesidad de un informe o memoria de sostenibilidad económica en los instrumentos de ordenación de las actuaciones

729 Consejo de Estado (2000: 94 y 95) y dictamen n.º 783/2020 donde una adecuada evaluación del impacto presupuestario es necesario para "preservar el rigor en la gestión de los ingresos y gastos públicos", adquiriendo un carácter esencial sus observaciones sobre una ausencia o deficiente valoración.

730 Sobre la incidencia presupuestaria en otras Administraciones Públicas, véase la STS ROJ n.º 5372/2016, FD 7.º.

731 Téngase en cuenta la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 129/2015, FD 4.º que afirma que: "Esta Sala ha declarado repetidamente (sentencia de 27 de noviembre de 2006, y las que en ella se citan) que esa fórmula, u otras semejantes, es aceptable si la parte recurrente no ha acreditado que aquella apreciación era incorrecta (STS de 10 de marzo de 2003), de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario".

de nueva urbanización y aquellos instrumentos de reforma o renovación de la urbanización y de las actuaciones de dotación. Según el Abogado del Estado, dicho informe o memoria "encuentra cobertura, (...) en las competencias estatales sobre hacienda general y coordinación de las haciendas estatal y autonómicas (art. 149.1.14 CE), así como para establecer las bases de ordenación de la economía (art. 149.1.13 CE)". Así, el Tribunal Constitucional desestima la interposición del recurso con fundamento en la racionalidad económica de las actuaciones, con independencia del sector material al que afecte, al afirmar que "(…) la norma establece, en suma, una directriz relacionada con los usos productivos y una regla de preservación de la racionalidad económica de las actuaciones de urbanización y del gasto público, encontrando, en consecuencia, cobertura en los arts. 149.1.13 y 149.1.14 CE".

Junto a ello, debe valorarse la importancia de determinados principios de buena regulación a estos efectos, como es, por ejemplo, el de eficiencia, junto a lo establecido en el apartado 7 del artículo 129 de la LPAC, que afirma que las iniciativas normativas que afecten a los "gastos o ingresos públicos presentes o futuros se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", en conexión con el artículo 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera [732], especialmente lo establecido en su artículo 7.3. De esta forma, los principios de buena regulación referidos a la existencia de ingresos y gastos públicos podrían quedar amparados, también, bajo el título competencial del artículo 149.1.14.ª CE (STC n.º 215/2014, FJ 7[733]).

Con todo, quizás la cuestión es discernir si pueden aprobarse normas que no afectan a los gastos e ingresos públicos, para lo cual es esencial el análisis de impacto presupuestario. En todo caso, el debate en torno a la legitimidad del artículo 149.1.14.ª como fundamento competencial del Título VI evidencia, en mi opinión, una visión estática del Tribunal

732 *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2012. Al respecto, Rodríguez-Zapata Pérez (2015: 234 y 235) señala la importancia de esta Ley, al indicar que: "Como ha dicho el ATC 160/2011, de 22 de noviembre, la reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país".

733 De hecho, la sentencia establece que: "Únicamente cuando las medidas dirigidas al cumplimiento de ese mandato sean inexistentes o insuficientes y, sólo entonces, será cuando el Estado, en el ejercicio de sus facultades de dirección general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), como titular de la potestad de coordinación de las haciendas autonómicas (art. 156.1 CE) y garante del equilibrio económico general (arts. 131 y 138, ambos CE), y como responsable del cumplimiento *ad extra* de los objetivos de estabilidad presupuestaria (arts. 4.3 TUE, 126.1 TFUE y 3 del protocolo núm. 12 anejo al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), podrá proponer a las Comunidades Autónomas la adopción de determinadas medidas de cara a impedir que quede 'sin efecto el objetivo de estabilidad' y, por consecuencia, las competencias del Estado 'a cuyo través éste ha de garantizar el equilibrio de la política económica general' (STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 11)".

Constitucional y anclada en determinadas épocas anteriores[734], que exige un replanteamiento de la cuestión, teniendo en cuenta la evolución de nuestro ordenamiento a partir del citado artículo 135 CE, y su desarrollo por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, de forma que se tengan en cuenta en las iniciativas normativas si las mismas afectan "a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros", mediante un análisis presupuestario del proyecto normativo, que daría entrada a la aplicación no reticente del art. 149.1.14.ª[735].

C) Artículo 149.1.18.ª CE.

El título competencial establecido en el artículo 149.1.18.ª CE, incluye distintas materias, interesando a los efectos de este Trabajo las "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" que, "en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas" y el "procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónoma". Ambos están concebidos para la "unidad" de las Administraciones Públicas[736], si bien su delimitación no ha estado exenta de dificultades[737]:

Así, por el título competencial estatal bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas podemos entender el establecimiento de un "común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad Autónoma podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido" (STC n.º 49/1988, FJ 24). Estas bases son dictadas con la finalidad de "asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales" y "no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad" [STC n.º 225/1993, FJ 4 B), con cita en las SSTC n.º 1/1982, 44/1982 y 13/1989]. Esa "unidad fundamental" (STC n.º 48/1988, FJ 3) debe ser de "aplicación a todo el territorio nacional"

734 Rodríguez-Zapata Pérez (2015: 234) insiste en que no deben contemplarse "estos títulos competenciales con resistencia cultural al cambio ni comparándolos, por ejemplo, con los que empleó el legislador al dictar la Ley 30/1992", teniendo en cuenta la importancia de la mejora regulatoria a nivel europeo y su incardinación en el Derecho español.
735 *Ibíd.*, págs. 235 y 236. El autor afirma que "Cuando el objeto de la regulación no sean derechos y obligaciones de contenido económico pero sí la protección o preservación de los recursos públicos que integran las haciendas, nos encontramos ante preceptos que tienen su anclaje en el artículo 149.1.14.ª CE (STC 130/2013, de 4 de junio (FJ 5)".
736 Así lo afirma M. Baena del Alcázar (1987), «Comentario al artículo 15», en S. Muñoz Machado (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía* (págs. 389-395), Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas e Instituto de Estudios de Administración Local (pág. 390).
737 Véase F. López Ramón (1993), «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, 130, págs. 97-130 (págs. 106-107).

(STC n.º 147/1991, FJ 4), "dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad"[738] (STC n.º 197/1996, FJ 5).

Según el Tribunal Constitucional[739] los elementos que integran ese régimen unitario son:

> "(…) (los) principios y reglas básicas sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas, garantizando un régimen jurídico unitario para todas ellas (SSTC 32/1981, de 28 de julio; 227/1988, de 29 de noviembre y 50/1999, de 6 de abril). Comprende la regulación de la composición, estructura y competencias de las administraciones públicas, esto es, la regulación básica de la organización de todas las Administraciones Públicas (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 38), fijando principios básicos de aplicación en todo el territorio. Igualmente se extiende a la determinación del régimen general de las potestades administrativas que se les atribuyen (STC 227/1988) así como la regulación de los principios que presiden las relaciones entre las Administraciones públicas (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 18)".

Para el Tribunal Constitucional[740], este planteamiento tiene dos consecuencias: de un lado, una relación directa de proporcionalidad entre la incidencia externa de las materias reguladas y la necesidad de su tratamiento común; y, de otro, la posibilidad de que respondan a "otros intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas", más allá de la garantía de dicho tratamiento común.

Respecto del título competencial estatal del procedimiento administrativo común, no se trata de una competencia para dictar bases, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 23/1993, FJ 3, al afirmar que:

> "La Constitución, en su art. 149.1.18, emplea diversas técnicas de distribución competencial, y de reserva de competencias al Estado. El precepto reserva al Estado las 'bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios'. Pero no emplea el mismo criterio (distinción entre bases y desarrollo) al reservar in toto al Estado la competencia sobre 'procedimiento administrativo común'. Es ésta, pues, una competencia exclusiva del Estado, y no reducida al establecimiento de bases o normas básicas".

En relación con el procedimiento administrativo común, destaca la STC n.º 72/2003, en cuyo

738 Ya que dichas bases atienden a "aspectos más estructurales que coyunturales" (STC n.º 1/1982, FJ 1), de forma que "pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto" (STC n.º 49/1988, FJ 16).
739 Tribunal Constitucional (Secretaría General) (2020: 326).
740 *Ibíd.*, pág. 328.

FJ 4 se consolida la idea de asociar la competencia de la regulación del procedimiento a la correspondiente para regular el régimen sustantivo respectivo, al ser ese un elemento conexo a este[741]. Aunque, a diferencia de lo señalado en la STC n.º 15/1989, aquella termina afirmando que, en todo caso, debe respetarse las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias[742].

Sobre esta cuestión, existe una posición doctrinal que interpreta el procedimiento administrativo común asimilándolo al título competencial de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Esto último ha sido criticado por parte de la doctrina, como es el caso de Martín-Retortillo Baquer[743], quien afirmaba que interpretar como una competencia estatal básica el claro tenor literal de lo establecido en la Constitución sobre el procedimiento administrativo común, se debe no solo al devenir de la organización territorial del Estado, especialmente de las Comunidades Autónomas, sino de su fundamento en la corriente jurisprudencial establecida a partir de la STC 227/1988, FJ 32[744].

No obstante, según Murillo de la Cueva[745], hay que tener en cuenta ciertos límites con respeto a las competencias autonómicas, como recuerda la STC n.º 166/2014, en los términos siguientes:

> "- No interferir en la organización interna de éstas, señalando los órganos competentes para determinados trámites como por ejemplo la presentación de solicitudes [STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11 a)].

741 Por lo cual afirma que "cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla". Con anterioridad a dicha sentencia hay que señalar la STC n.º 227/1988, FJ 32 que indica que la competencia de establecimiento del régimen de los "procedimientos administrativos especiales" aplicable *rationae materiae* a las distintas formas de la actividad administrativa es "conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración".

742 Con remisión a las SSTC n.º 227/1988, FJ 32 y 98/2001, FJ 8.b).

743 S. Martín-Retortillo Baquer (1993), «Reflexiones sobre "el Procedimiento Administrativo Común"», *Revista de Administración Pública*, 131, págs. 7–33 (págs. 14 y 32).

744 La STC, en su FJ 32 afirma "sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del «procedimiento administrativo común», que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia -lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.ª-, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa ratione materiae. (…) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias".

745 E. L. Murillo de la Cueva (2015), *Voto particular formulado al informe del CGPJ al anteproyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, accedido el 1 noviembre 2021, de https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-Anteproyecto-de-Ley-del-Procedimiento-Administrativo-Comun-de-las-Administraciones-Publicas.

-No imponer órganos estatales de control frente a los propios de las Comunidades Autónomas, como pueden ser el Consejo de Estado (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5) o la Intervención General del Estado (SSTC 150/2012, de 5 de julio, FJ 11, y 130/2013, de 4 de junio, FJ 12).

- No regular un concreto modo de ejercer las competencias autonómicas (STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 6) o, en general, establecer una regla competencial 'específica en la materia' (STC 94/2013, de 23 de abril, FJ 6) por las competencias específicas y propias de las Comunidades Autónomas".

Este procedimiento administrativo común debe diferenciarse de los procedimientos administrativos especiales, que son los que contienen las "reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*", que la "Constitución no reserva en exclusiva al Estado", siendo, en consecuencia, "una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración" [SSTC n.º 227/1988, FJ 32 y 98/2001, FJ 8 b)]. No obstante, el propio Tribunal finaliza con la idea de que la competencia autonómica, debe respetar, en todo caso, como se ha mencionado, las reglas del procedimiento determinadas por la normativa estatal en su ámbito competencial.

De otra parte, el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general viene considerándose como un procedimiento administrativo especial, según la STC n.º 15/1989, FJ 7 c), negándosele el carácter de procedimiento administrativo común que pretendía el Abogado del Estado en el recurso contra determinados preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[746] (en particular, respecto de su artículo 22 relativo a la audiencia preceptiva de las asociaciones de consumidores y usuarios en unos determinados supuestos preceptivos). Por tanto, la sentencia evidencia el carácter instrumental de la regulación de este procedimiento respecto de la materia sobre la cual se va a regular (por ejemplo, la mencionada STC n.º 72/2003, FJ 4), pero dejando de lado la competencia del Estado en el procedimiento administrativo común, de forma que las Comunidades Autónomas pueden disponer de él, en los términos que acaban de señalarse[747].

746 *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 1984.
747 En Andalucía, el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas es una competencia exclusiva que le corresponde a la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1.1.ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía, respecto del "procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma". Este precepto sustituye al artículo 13.4 del antiguo Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Gran parte de la doctrina ha criticado el planteamiento de la STC n.º 15/1989, al tener una visión equívoca del concepto de *procedimiento especial* y que ha producido un perjuicio enorme, al afectar a la seguridad jurídica del ordenamiento, tal y como han señalado Ponce Solé[748] y López Menudo[749].

Todo ello ha generado, como afirman Fernández Pastrana y Garrido Falla[750], una tensión entre la unión que representa el procedimiento común y la disgregación que suponen los procedimientos especiales, y que tampoco quedó solucionada con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no derogar los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento[751].

No obstante, a partir de este momento, son numerosas las Sentencias del Tribunal Constitucional que van reconociendo la competencia estatal sobre determinados trámites en la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Baste citar en este sentido, la STC n.º 204/1992, en cuyo FJ 4 se reconoce que el informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma[752] se eleva "en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)", ya que, en virtud de "los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada"; o la STC n.º 61/1997, en cuyo FJ 25 se afirma, en relación a la información pública y la audiencia a la Administración del Estado y a las Entidades locales afectadas, que "(…) el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º C.E.), entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que

748 Ponce Solé (2003: 124).
749 F. López Menudo (1992), «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, 129, págs. 19 – 76 (pág. 70).
750 J. M. Fernández Pastrana y F. Garrido Falla (1995), *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas,* Madrid: Civitas (pág. 283).
751 Véase E. García de Enterría (1993), «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», *Revista de Administración Pública*, 130, págs. 205-219 (pág. 208). El autor resaltó "alguna omisión completamente injustificada, como la del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, procedimiento que tiene hoy relevancia constitucional, art. 105.a) —lo que, contra lo que ha podido decir incidentalmente el Tribunal Constitucional, extiende sus reglas a la potestad reglamentaria autonómica y de Entidades Locales— y que deja incomprensiblemente vigente todo un capítulo de la Ley de 1958, o el error deslegalizador de abrir un campo que puede ser capital a los Reglamentos, lo que la antigua Ley evitó, con lo que ello supone también de riesgo descodificador".
752 Porque la sentencia establece que dicha "(…) garantía procedimental debe cohonestarse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 C.E.), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas que se derivan del principio de autonomía organizativa [arts. 147.2 c) y 148.1.1 C.E.]".

hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos".

Desde un punto de vista normativo, se han producido algunas regulaciones con las que dar carta de naturaleza al procedimiento de elaboración de normas. En primer lugar, destacaría la aprobación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regulaba dicho procedimiento en sus artículos 22 a 27, aunque a nivel de Administración General del Estado. Y, en segundo término, se intenta abordar una regulación por el legislador estatal en ejercicio de su competencia exclusiva, estableciendo elementos comunes de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria con la aprobación de la LES, concretamente en su capítulo I del título I, denominado "mejora de la calidad de la regulación", sin precisar entre las competencias del artículo 149.1.18.ª CE referidas a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común, según su disposición final 1.ª, apartado 1, párrafo 3.º.

Por último, como ya se ha señalado, es innegable la novedad del Título VI de la LPAC, sobre la "iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones"[753], sin perjuicio de que, como señala Martínez López-Muñiz[754], puedan reconocerse los antecedentes del Título en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley, (apartado II, párrafo 4.º), establece que el título competencial, de los previstos en el artículo 149.1.18.ª, sobre el que se apoya el Título VI es el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, suponiendo un eje fundamental de la reforma ya que pretende mejorar las relaciones (tanto las *ad intra*, como las *ad extra*) con las Administraciones Públicas y la ciudadanía.

No obstante, se entremezclan los dos títulos competenciales del artículo 149.1.18.ª, cuando en el párrafo 3.º del apartado IV del Preámbulo de la LPAC, se afirma que esta norma tiene un carácter básico para adecuar la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria con el objeto de asegurar, según el párrafo 5.º del apartado II de dicho Preámbulo, el ejercicio de "los derechos y garantías mínimas que corresponden a todos los ciudadanos respecto de la actividad

753 En la Exposición de Motivos de la LPAC, concretamente en su apartado IV, párrafo 3.º se señala su carácter innovador al establecer "por primera vez (...) las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas".
754 Martínez López-Muñiz (2016: 308-312).

administrativa" en general y, de forma particular, "de la potestad reglamentaria e iniciativa legislativa".

En todo caso, la regulación estatal refuerza el título relativo al procedimiento administrativo común, demostrando el giro interpretativo que ha existido sobre el alcance de ese título desde la aprobación de la Constitución hasta la actualidad, como ya indicaba en su momento Martín-Retortillo Baquer, y, además, esto puede justificar el movimiento pendular del Estado a la hora de regular la potestad normativa y la iniciativa legislativa, pasando de la inactividad regulatoria a integrar estas cuestiones en el procedimiento administrativo común, aunque sea mínimamente.

Con todo, el debate doctrinal sigue abierto entre aquellos autores que se decantan por considerar que el Título VI se ancla en la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común y aquellos otros que, atendiendo al contenido del título, lo consideran como propio de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En relación con los primeros, Rodríguez-Zapata Pérez[755] afirma que estamos ante un "procedimiento común singular (STC 45/2015, FJ 6), especial por razón de la materia pero aplicable a todo el territorio nacional (STC 130/2013, FJ 3)", afirmando según esta última Sentencia (FJ 8) que "la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimiento especiales". En la misma línea, se sitúa Vaquer Caballería[756], al reconocer la existencia de normas sobre procedimiento administrativo común como "(…) comunes a todos los procedimientos de la misma categoría o tipo".

Por contra, otros autores consideran que el título competencial aplicable es el relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, puesto que, como señala Mora Ruiz[757], el título VI establece una regulación básica formal de mínimos. De hecho, el Consejo de Estado se pronunció sobre esta cuestión en su dictamen 275/2015, apartado n.º 4.a) sobre el anteproyecto de ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al considerar que no es adecuada la cobertura del título competencial del procedimiento administrativo común para aprobar la regulación del Título VI, debido a su carácter especial, siendo, incluso, no equiparable al procedimiento administrativo[758].

755 Rodríguez-Zapata Pérez (2015: 35).
756 Vaquer Caballería (2016: 11).
757 Mora Ruiz (2016: 517).
758 El órgano consultivo afirma que la "definición del procedimiento administrativo común de la que el Tribunal

La STC n.º 91/2017, en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por parte del Gobierno de Canarias (n.º 6642-2011)[759], contra la LES, y respecto de los artículos 4 a 7 del capítulo I del título I y el cuestionamiento de que el mismo se aprobara sobre el fundamento relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, arrojó algo de luz sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional concluye, así, que el Estado no puede utilizar el título referido al procedimiento administrativo común, ya que del contenido de dichos preceptos se desprende que no contienen normas procedimentales, ni "definen siquiera de forma genérica, la estructura a la que ha de acomodarse la realización de esta actividad jurídica, ni la forma de elaboración o requisitos de validez y eficacia de las normas". Por el contrario, la cobertura jurídica de la norma impugnada se encontraba en el título referido a las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", dado el carácter programático del contenido de los artículos y teniendo en cuenta la "incidencia externa" de la actividad normativa de las Administraciones Públicas, que establece un mínimo común denominador que responde a "intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas".

De hecho, este es el planteamiento asumido por la STC n.º 55/2018[760], y afirma (FJ 4 en relación con la STC n.º 50/1999, FJ 3) que dicho título permite "establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas", estableciendo un "común denominador normativo" (STC n.º 130/2013, FJ 6) para garantizar como objetivo fundamental un tratamiento común ante las Administraciones Públicas (o, también, la consecución de los mencionados intereses generales superiores), pero sin alcanzar "un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo" (STC n.º 130/2013, FJ 6).

No obstante lo anterior, la STC n.º 55/2018, en su FJ 4 b), también afirma que la

Constitucional parte para delimitar la extensión de la competencia estatal en la materia se identifica, por tanto, con la noción clásica de este concepto", no obstante, sus "nítidos perfiles institucionales impiden extenderlo al procedimiento a través del cual discurre la actividad de la Administración orientada a la producción de normas jurídicas reglamentarias.". Debido al carácter de procedimiento especial y no equiparable a procedimiento administrativo, "ni quedar subsumido en él a efectos de justificar la competencia del Estado para regularlo de forma común y uniforme". Al respecto, "las Comunidades Autónomas tienen también reconocida, en términos idénticos al Estado, la función de innovar el ordenamiento jurídico a través de sus propias normas".

759 Publicación oficial de la admisión a trámite del recurso, *BOE* n.º 313, de 29 de diciembre de 2011, y de la sentencia, *BOE* n.º 191, de 11 de agosto de 2017.

760 Tanto es así que la sentencia, en su FJ 6, b), señala que el artículo 1.2 se refiere a los trámites "adicionales o distintos" de los del "procedimiento común" de elaboración de "actos administrativos" y descarta que se vincule al procedimiento administrativo de elaboración de normas.

"competencia estatal relativa al 'procedimiento administrativo común' (…) habilita la aprobación de 'normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos' [STC n.º 45/2015, FJ 6 c)]", aunque sólo lo plantea en relación a la potestad reglamentaria, a la que me referiré más adelante.

En mi opinión, el planteamiento del Tribunal Constitucional respecto de las bases del régimen jurídico de las Administraciones puede ser matizable en pro del procedimiento administrativo común por diversos motivos. De un lado, porque no puede perderse de vista el contexto jurídico actual en el cual se utilizan conceptos jurídicos inadecuados, propios de una época preconstitucional[761]. Así, la STC 15/1989, FJ 7 atribuye "competencia exclusiva" cuando "cree Derecho objetivo en el ejercicio de las competencias estatutarias", siendo un "procedimiento administrativo especial", gozando las Comunidades Autónomas "competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general", de forma que el procedimiento tiene carácter instrumental respecto de lo sustantivo. Dicha competencia es exclusiva en relación con los procedimientos de carácter general, siendo diferentes de los procedimientos administrativos específicos. Esto se proyecta en la regulación del procedimiento de elaboración de normas que han realizado las Comunidades Autónomas a través de sus leyes, asumiendo lo general como lo común de los procedimientos de elaboración de normas en el ámbito autonómico. De hecho, la terminología es equívoca hasta el punto de que el procedimiento sancionador, que tenía la consideración de especial en la Ley de Procedimiento Administrativo [762], actualmente ha mutado a una especialidad del procedimiento administrativo común según la LPAC.

De otra parte, existe un reconocimiento del título del procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, no solo de forma implícita en virtud de la interpretación de la STC 91/2017, al determinar que en su FJ 5 que el "Estado puede establecer normas

761 Así, afirma Ponce Solé (2003: 124) que "la desafortunada STC 15/1989, de 25 de enero, FJ 7.c), excluyó la competencia estatal sobre el procedimiento para la elaboración de reglamentos, en base a un deficiente manejo de las categorías (vinculadas a la LPA de 1958, preconstitucionales, por tanto, y ancladas en la estructura, ya no existente, de un Estado centralizado) de «procedimiento administrativo general» y «procedimiento administrativo especial», distintas y distantes de las que deben manejarse en la actualidad de conformidad con la CE y los Estatutos de Autonomía, esto es: «procedimiento administrativo común», «desarrollo» autonómico de éste y «procedimiento sectorial» (que no tiene nada que ver con el concepto de procedimiento especial, tal como se entendió bajo la vigencia de la LPA de 1958)". Sobre dicha confusión terminológica, afirma López Menudo (1992: 70) que "viene a difuminar el auténtico concepto de lo «común», confundiéndolo con lo «genérico», contraponiéndolo a su vez, por tanto, a lo «específico» o «particularizado», lo cual supone admitir que no pertenecerá a la categoría de lo «común» todo aquello que no se encuentre en el patrón general u ordinario de resolver los asuntos, lo que minimiza el superior alcance que sin duda tiene la previsión constitucional (…) introduce la dinámica propia del binomio «común-especial», lo que hace peligrar el sentido del adjetivo «común» que la Constitución concibe como Derecho estatal de aplicación directa y no subsidiaria".

762 Afirma López Menudo (1992: 70) que la inclusión en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, "que son procedimientos «especiales» en el esquema de la LPA de 1958", contradice el criterio de la STC n.º 15/1989.

comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*", poniendo como ejemplo la STC 61/1997, FJ 25 c), lo que incide en la calidad normativa "con independencia del procedimiento concreto en que la actividad normativa se materialice", lo que hay que poner en relación con la regulación propia de dos trámites de participación ciudadana como son la audiencia y la información públicas con carácter común para todo tipo de procedimiento en la LPAC, como se expondrá. Este planteamiento debe conectarse con el régimen positivo establecido por el Título VI de la LPAC, en el que, constantemente se hacen alusiones a elementos procedimentales, a saber: primero, en relación con los distintos trámites de participación ciudadana [763]; segundo, los principios de buena regulación que deben manifestarse en el procedimiento, como afirma Mora Ruiz [764] (aun siendo favorable a la aplicación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas) resaltando su importancia en el procedimiento, al ser un elemento vertebrador de los distintos trámites del mismo[765]; y tercero en la exigencia de informe en la realización de una evaluación *ex post*[766]. Esto ha generado, en mi opinión, una desnaturalización jurídica de los elementos propios del procedimiento, que ya ha podido ponerse de manifiesto en relación con ciertos trámites del procedimiento, como el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en virtud de la importancia del asunto y del órgano, tal y como señala la STC n.º 204/1992, FJ 4, ya citada.

Además, el cuestionamiento del planteamiento del Tribunal Constitucional también se apoya en el contenido procedimental del título VI de la LPAC, al no ser equiparable al capítulo I del título I de la LES, de forma que la STC n.º 55/2018 no puede remitirse, en mi opinión, a la STC 91/2017. Junto a ello, se produce un desapoderamiento de una competencia estatal, llegando al contrasentido que se genere una situación de falta de determinación de trámites comunes por el Estado, y sí exista la posibilidad de establecer normas procedimentales competentes por razón

763 Así, la STC n.º 55/2018, FJ 7 c) cita a la STC 91/2017, FJ 6 que se reputan bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas las previsiones siguientes de la LES: a) Artículo 4.6, al afirmar que: "se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa". b) Artículo 5.2, al determinar que las Administraciones Públicas "prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos". La STC n.º 61/1997, en cuyo FJ 25 afirma en relación con la "información pública (se entiende que a los ciudadanos) y la audiencia a la Administración del Estado y a las Entidades locales afectadas", referido al planeamiento urbanístico que: "En todo caso (…), el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º C.E.), entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos".

764 Mora Ruiz (2016).

765 Tan es así, que el cumplimiento de los principios de buena regulación debe incluirse en la documentación preparatoria, no solo del Estado, sino de las Comunidades Autónomas, véase, al respecto, el Capítulo IV.

766 En la STC n.º 55/2018, FJ 7 c) se afirma que el contenido del artículo 130.1 de la LPAC, "tiene un contenido muy general", que no debería desbordar lo básico (con apoyo en la STC n.º 91/2016, FJ 6), pero que no es aplicable a las normas de rango legal de las Comunidades Autónomas.

de la materia. El problema es que no hay solución en el supuesto de que no exista o sean incompletas[767], y ello genera una dispersión de los trámites del procedimiento dependiendo no solo de la Comunidad Autónoma, sino de la materia en sí, con riesgo, en algunos supuestos, de falta de realización de algún trámite de importancia como el de audiencia[768] y el informe de impacto de género. Así, en relación con la audiencia, que tiene su fundamento en los artículos 9.2, 23.1 y 105.a) CE[769], se estaría condicionando su aplicación a su regulación legal específica[770], pese a ser directamente aplicable como manifiesta el Tribunal Constitucional (y se expondrá en el Capítulo IV): es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Cantabria. De otro lado, esta falta de regulación específica del procedimiento ha generado que se acuda, en la práctica, al procedimiento administrativo común de los actos administrativos o la legislación estatal general como supletoria (aunque, como se desarrollará en este Capítulo, ello no es posible por el carácter de completitud de la regulación autonómica)[771]. Por lo tanto, debe atribuirse una competencia estatal sobre el procedimiento común respecto de la regulación autonómica del procedimiento administrativo general de elaboración de normas[772], teniendo en cuenta que la competencia estatal relativa al procedimiento administrativo común es para todo tipo de procedimientos como ya se ha mencionado en la STC n.º 45/2015, FJ 6 c).

A todo lo dicho debe añadirse como argumento que cuestiona la postura del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento administrativo común, la necesidad de superar una interpretación restrictiva del procedimiento administrativo, que avala o refleja el dictamen 275/2015, apartado III.C), n.º 4.a) del Consejo de Estado, no equiparando la elaboración de normas al procedimiento administrativo. Como se ha señalado, se trata, en mi opinión, de un

767 Establece López Menudo (1992: 70) que "no porque la LPA incardine el procedimiento de elaboración de reglamentos entre los especiales, es aquél menos troncal que lo del resto de la Ley", ya que la propia Ley no lo configura como un procedimiento administrativo especial tipo de elaboración de normas, así lo afirma J. Barnés Vázquez (2015), «El procedimiento administrativo. Análisis histórico y comparado», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), L. Rodríguez Rodríguez (dir.) y M. C. Rodríguez Martín-Retortillo (coord.), *Curso de Derecho administrativo iberoamericano* (págs. 203-294), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 223).

768 Según López Menudo (1992: 70), siendo una de las "garantías que traducen principios constitucionales de información y participación ciudadana".

769 Afirma J. L. Bermejo Latre (2004), «Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 124, págs. 611-632, que: "Los arts. 9.2 *in fine*, 23.1 y 105.a) de la Constitución contienen las claves participativas de la configuración de la producción normativa de las Administraciones públicas".

770 En la STC 15/1989, FJ 7 se realiza una aplicación desafortunada, en mi opinión, del trámite de audiencia a las organizaciones de consumidores y usuarios, ejecutándose lo establecido en el artículo 51.2 CE como principio rector de la política social y económica, en vez de aplicar lo previsto en los artículos 9.2 y 105.a) CE.

771 Que recuerda a lo establecido en el artículo 1.º.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958,

772 Véase J. A. Carrillo Donaire (2016), «Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados», en H. Gosálbez Pequeño (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (págs. 19-77), Madrid: El Consultor-Wolters Kluwer (pág. 28), al afirmar que le corresponde la competencia al Estado sobre el procedimiento administrativo común, "con independencia de quien ostente la competencia sobre una materia y cualquiera que sea el procedimiento específico de que se trate".

planteamiento equivocado, ya que el concepto de procedimiento administrativo debe referirse no solo a los actos administrativos, sino al ejercicio de la potestad normativa, como desarrollaremos en el epígrafe siguiente de este Capítulo, en términos parecidos a lo que establece la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana de 1946 respecto del procedimiento para el ejercicio de la potestad normativa, y que fue una clara influencia en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Además, en el procedimiento administrativo debe incluirse, no solo el procedimiento de elaboración de normas, sino también la evaluación de impacto normativo. Tanto la evaluación previa al inicio del procedimiento de elaboración de normas, como la evaluación *ex post*, que no se incardinan dentro del procedimiento de elaboración de normas (esta última una vez aprobada la norma)[773]. Estas evaluaciones no son propiamente trámites de un procedimiento de elaboración de normas, pero deben incardinarse en un procedimiento administrativo común ampliamente considerado (como ocurre con el ejercicio de autotutela sobre las disposiciones administrativas como establece el artículo 106 de la LPAC). Pero, también, habría que incluir la planificación normativa, aunque tanto el dictamen del Consejo de Estado n.º 275/2015, apartado IV, observación n.º 42, como la STC n.º 55/2018, FJ 7 c) declaran de aplicación exclusiva al Estado, ya que el artículo 132 de la LPAC, tiene un marcado carácter procedimental al descender "a cuestiones de detalle (periodicidad[774], contenido y lugar de publicación del plan normativo)", desconociendo su importancia como instrumento ordenador del ordenamiento jurídico para evitar la hipertrofia normativa y el impulso quizás no controlado de solucionar problemas de la sociedad a través de normas, así como su carácter de "proceso" como bien recalca el preámbulo del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, que justificaría la inclusión en el procedimiento administrativo común. A mi juicio, a los efectos de ampliar el término procedimiento administrativo, y para ser más concreto, y así evitar, también la dispersión normativa, sería conveniente adoptar el concepto de procedimiento administrativo común singular[775] en los términos de la STC n.º 130/2013, FJ

773 Tan es así, que el tenor literal del artículo 130.1 y 3 de la LPAC menciona expresamente a las Administraciones Públicas, y no al Gobierno, en la revisión periódica de su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación".

774 Así, lo anticipó el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en su enmienda n.º 58 al Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOCG*, Cortes Generales Serie A, núm. 155-2, de 28 de julio de 2015, 121/000155, en el que propone la sustitución de anual por "periódicamente", ya que a las "Administraciones territoriales competentes" es "a quienes corresponde determinar y precisar (...) el momento adecuado para publicitar sus proyectos legislativos".

775 El procedimiento administrativo común singular regula aquellos institutos jurídicos que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 130/2013, FJ 8 d), "no constituyen una 'materia' a efectos de la distribución constitucional de competencias", como es el caso de las subvenciones, ya que "cada subvención concreta se inserta en la materia a que la misma se destina y se somete, por tanto, al reparto competencial correspondiente (así, la agricultura, el turismo, la asistencia social o cualquier otro)". Sin embargo, es posible que el Estado, a través del artículo 149.1.18 CE,

8 d), como afirma Vaquer Caballería[776], quien justifica la existencia de "un régimen común diferenciado sobre el procedimiento reglamentario, el sancionador, el de contratación o de subvención" (véase la STC n.º 130/2013, FJ 8). Esto supone incidir en la inadecuada distinción por parte del Tribunal Constitucional entre común y general[777]. Esto justificaría, en mi opinión, el recurso a cuestiones como la familia de los distintos procedimientos[778], como instrumento de ordenación de los mismos. Con todo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el tratamiento competencial estatal respecto del procedimiento de elaboración de normas supone un agravio comparativo con los actos administrativos, pese a que la Constitución no distingue entre uno y otro, teniendo en cuenta la necesidad de poner en común el procedimiento de aprobación de normas jurídicas creadoras de actos administrativos.

Además, a mi parecer, se produce una inadecuada consideración del ejercicio de la potestad normativa y del procedimiento, ya que el procedimiento tiene una proyección externa, negada por la sentencia, al constituir una relación *ad extra* entre Administraciones y administrados, y, que se encuentra referida al ejercicio no solo de la potestad reglamentaria y de la iniciativa legislativa, como menciona la MAIN del Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[779], sino también de la aprobación de normas con rango de ley por el Gobierno. A ello cabe añadir que el procedimiento, que supone un límite en el ejercicio de la potestad reglamentaria, incide en la formación de la voluntad del órgano que, por su importancia, como afirma López Menudo [780] pertenece "de iure al procedimiento administrativo común que corresponde asegurar al Estado". Así, la finalidad de

regule los aspectos claves de este tipo de procedimientos, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan establecer especialidades en atención a sus competencias materiales. Al respecto, se produce una "situación de concurrencia competencial", porque, por un lado, y de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, "el Estado puede regular, desde una perspectiva general y abstracta", el procedimiento administrativo común singular, y las "Comunidades Autónomas pueden establecer las 'especialidades derivadas de la organización propia'" y, por otro lado, la regulación de los procedimientos *rationae materiae "*corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas en función de la distribución de competencias que establece el art. 149.1 CE en cada sector o materia, si bien el ejercicio de esa competencia por las Comunidades Autónomas ha de hacerse respetando siempre las reglas establecidas en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común (por todas, SSTC 227/1988, FJ 32; 98/2001, de 5 de abril, FJ 8 y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 8)".

776 Vaquer Caballería (2016: 11), establece que: "Las normas sobre procedimiento administrativo común (*rectius*: normas comunes sobre procedimiento administrativo) no deben ser necesariamente comunes a todos los procedimientos administrativos, pero sí deben ser comunes a todos los procedimientos de la misma categoría o tipo, esto es, en los que la relación jurídico-administrativa se traba, estructura y desarrolla de forma similar".

777 *Ibíd*., pág. 11: "todos los procedimientos sectoriales deben acomodarse (…) a esta disciplina común, que no es completa ni uniforme, de modo que sus reglas particulares podrán completarla y particularizarla (por ejemplo, fijando los plazos dentro de los mínimos o máximos comunes, o determinado la forma de iniciación del procedimiento y qué trámites preceptivos deben componer la instrucción en cada caso) pero no desplazarla".

778 Véase E. Gamero Casado (2017), «Capítulo I. La estructura de la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público y sus criterios de aplicación», en E. Gamero Casado (dir.), S. Fernández Ramos (coord.) y J. Valero Torrijos (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (págs. 153-263), Valencia: Tirant lo Blanch.

779 Versión 9 enero 2015, págs. 2 y 3.

780 López Menudo (1992: 70).

determinar o verificar el acierto de la disposición conlleva una nueva configuración de los instrumentos para alcanzar dicha decisión, situándose la evaluación de impacto normativo en primer plano, para lo que se precisa el establecimiento de distintas fases para su desarrollo[781]. De esta manera, la legitimidad funcional y el conocimiento en la formación de la voluntad del órgano para decidir debe ser un aspecto preponderante. Lo llamativo es que esto no es nuevo, sino que el propio Tribunal Constitucional ya reconoció esta legitimidad al valorar la emisión del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente debido a su "función cualificada".

De otra parte, la posición del Tribunal Constitucional puede ser cuestionada porque implica un inadecuado reduccionismo en torno a los instrumentos que desarrollan las políticas públicas, puesto que identifica como único instrumento del ejercicio de las políticas públicas a las normas [STC 55/2018, FF JJ 3, 4 y 7 c)], obviando que estas se pueden plasmar a través de otros instrumentos jurídicos como hemos expuesto. Así, puede hacerse referencia al Plan Estratégico de Subvenciones (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1010/2021, FD 3.º), coincidiendo con el Plan Anual Normativo, en el sentido de que ambos son instrumentos de planificación de las políticas públicas, si bien el segundo tiene la particularidad de que su objetivo es la proyección normativa de las Administraciones Públicas con carácter previo a su aprobación.

Asimismo, la falta de aplicación del título "procedimiento administrativo común" da lugar a la diferenciación del concepto de bases, de aquello que no lo son. De este modo, la determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ha supuesto que, en relación con los trámites de participación ciudadana, se haya declarado la inconstitucionalidad del artículo 133, en el FJ 7 c), con excepción de su apartado 1, primer inciso ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") y apartado 4, párrafo primero, y ello sobre la idea de que las "demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico; vulneran por ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en relación con la elaboración de sus propias disposiciones administrativas". Difiero, sin embargo, de este pronunciamiento, no solo porque la consulta pública no es un trámite propio del procedimiento de elaboración de normas, sino, también,

781 Barnés Vázquez (2015: 245 y 258) establece cuatro fases del procedimiento de elaboración de reglas o normas al respecto: por un lado "la investigación, el estudio y el análisis del problema que se pretende afrontar", por otro "la formulación o esbozo de ideas provisionales acerca de las reglas o reglamentos que se pretende afrontar" y en tercer y cuarto lugar "el contraste, examen y debate de esas ideas; y, en fin, la propuesta definitiva", reconociendo que la actual regulación estatal del procedimiento administrativo es "clásica", al centrarse en "funciones ejecutivas".

porque se declara la constitucionalidad de los supuestos de excepción de los tres instrumentos de participación ciudadana recogidos (previo y dentro del procedimiento de elaboración de normas), siendo difícil de conciliar dicho argumento cuando la constitucionalidad de los supuestos de excepción supone, en mi opinión, un mayor grado de concreción o determinación del ámbito procedimental que, por ejemplo, lo establecido en el apartado 3 que dispone, con un carácter general, las condiciones de acceso a los trámites de participación ciudadana (consulta, audiencia e información públicas), teniendo en cuenta que la STC considera que estos trámites proporciona a los "destinatarios de la iniciativa la 'posibilidad de emitir su opinión', previo acceso a 'los documentos necesarios', que serán 'claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia'".

A ello se suma que no puede perderse de vista la necesaria articulación de la participación ciudadana activa en el procedimiento que nos ocupa, como parte del principio de transparencia, según el artículo 129.5 (el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015 menciona que el Estado tiene suficiente respaldo constitucional para fijarlos, haciendo referencia a las consideraciones generales del apartado III y el dictamen n.º 215/2010 de este órgano en relación con el anteproyecto de LES).

Por último, es difícil realizar una necesaria separación entre procedimiento administrativo de elaboración de normas que corresponde a las Comunidades Autónomas y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas al Estado, como hemos manifestado. No obstante, en el marco de las bases podría establecerse un catálogo diferenciado de derechos de la ciudadanía y de los interesados para el procedimiento de elaboración de normas y de evaluación de impacto. Así, y a modo de ejemplo, se podrían establecer, los siguientes: el derecho al trámite, especialmente el de participación; la contestación a las alegaciones realizadas en el expediente; a conocer la documentación de elaboración de la norma y el estado de tramitación en la cual se encuentra; a la motivación de la norma; a la garantía del procedimiento (especialmente en relación con los decretos legislativos y los decretos leyes); el respeto de los límites en el ejercicio de la potestad normativa; a la aprobación en plazo de la norma; a utilizar los medios de defensa que permitan revisar la norma; y, en definitiva, a la buena gobernanza y administración.

En definitiva, la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.18.ª CE puede considerarse intensiva y extensiva del procedimiento, al reconocerse la competencia del Estado si se trataba de regular un ámbito específico y su procedimiento general,

en una utilización inapropiada de los conceptos, sin tener en cuenta que se ha producido una desaparición de las competencias estatales que se ha intentado solucionar en primer lugar, con una interpretación inadecuada de la competencia del procedimiento administrativo común a bases, difícil de conciliar con el claro tenor literal de nuestra Constitución, a la aplicación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. El resultado es la consideración reduccionista y descentralizada del procedimiento administrativo como instrumento adecuado para la formación de la voluntad del órgano, en un agravio comparativo con los actos administrativos, y alejado de un nuevo contexto regulatorio en el que el conocimiento y la información deben generar buenas decisiones sobre los problemas públicos. En mi opinión, debe reconocerse que en el ejercicio de la potestad pública no sólo está el título competencial derivado del artículo 149.1.18.ª, sino que deben concurrir de forma inexcusable y mantenerse en la LPAC los referidos al artículo 149.1.13.ª y 14.ª, sin perjuicio de la aplicación de otros como el artículo 149.1.8.ª CE[782].

Lo anterior nos lleva a plantear una adecuada consideración del procedimiento administrativo común, que incluya el de elaboración de normas y los procesos de evaluación de impacto, e, incluso, la planificación normativa, plasmándose convenientemente a nivel competencial; debiéndose conservar también, en mi opinión, la competencia estatal del procedimiento administrativo común en el título VI de la LPAC. Junto a ello, debe llevarse a cabo una regulación íntegra, como demandó el Consejo de Estado en su dictamen n.º 274/2015, para evitar, entre otros aspectos, la inseguridad jurídica, todo en el marco de la regulación como plasmación de una auténtica política de calidad normativa.

3.2.2. *El procedimiento administrativo de elaboración de normas: situación y contexto.*

A) El ejercicio de la potestad pública normativa y la iniciativa legislativa. La cuestión no tan superada de la consideración de su *iter* como auténtico procedimiento.

La LPAC distingue, respecto del objeto del Título VI, *De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones,* entre la aprobación de reglamentos y normas legales distintas a las leyes (decretos-leyes y decretos legislativos)[783], reconociendo que

782 Incluye dentro de la competencia exclusiva sobre "Legislación civil", en todo caso, "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas", entendiendo, sin más ambages como "todo aquello que se concrete en disciplinar la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo" (STC n.º 14/1986, FJ 6).
783 Así lo establece el artículo 127 de la LPAC, donde sus dos primeros párrafos hacen referencia al ejercicio ordinario

estamos ante una auténtica potestad pública[784], y, por otro lado, la mera iniciativa legislativa, que parece situarse por el legislador al margen del concepto de potestad, en contraposición con lo que afirman numerosos autores como Rallo Lombarte[785], Merino Merchán[786] y Santamaría Pastor[787], concretamente este último lo considera como "el poder de poner en marcha el mecanismo de elaboración de leyes en las Cortes Generales sobre propuestas de textos normativos expresados en forma articulada"[788]. Se trata de una clara manifestación de la función de dirección política del Gobierno del artículo 97 de la Constitución *(Staatsleitung, indirizzo político)*[789], al igual que ocurre con la potestad reglamentaria[790], como afirma Rodríguez-Zapata Pérez[791], y viene reconociendo el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 238/2012, FJ 3[792].

de la iniciativa legislativa que lleva a cabo el Gobierno, estatal y autonómico, como uno de los sujetos que puede llevarla a cabo según el artículo 87 CE. Esta declaración, que supone una novedad en su determinación por normativa básica (ya que ni la LES, ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hacían referencia a esta), no aporta ningún valor añadido a la regulación jurídicamente existente (como ya señaló el Consejo de Estado en el dictamen n.º 275/2015), puesto que la normativa específica regulaba ya este aspecto, de forma más pormenorizada.

784 Así, lo menciona expresamente para la primera, por ejemplo, en la rúbrica del artículo 128 y para las segundas en la denominación del artículo 127 de la LPAC.

785 A. Rallo Lombarte (1993), «La iniciativa legislativa en el Derecho autonómico: algunos datos críticos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 81, págs. 261-290 (pág. 244).

786 J. F. Merino Merchán (1983), «Rasgos definidores de la iniciativa legislativa prevista en el artículo 87 de la Constitución (I)», *Revista de Derecho Político*, 17, págs. 43-84 (págs. 50 y 51).

787 J. A. Santamaría Pastor (1985 a), «Artículo 87», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs. 1251-1266), Madrid: Civitas (pág. 1253).

788 En el mismo sentido, véase P. García-Escudero Márquez (2000), «La iniciativa legislativa en la Constitución Española de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, págs. 57-91 (págs. 63 y 64), quien afirma que: "Nos situamos así en la línea de Larcher, cuando afirma que lo que caracteriza al poder de iniciativa es que «una Cámara compelida por una proposición de uno de sus miembros o por un proyecto del Gobierno, no puede liberarse de la obligación de actuar, sino cuando se retira la proposición o el proyecto por su propio autor o bien cuando el resultado de la votación es adverso»". Al respecto, véase E. Larcher (1896), *L'initiative parlementaire en France*, Paris: Arthur Rousseau (pág. 31).

789 Según J. L. Pérez Francesch (1993), «Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 79, págs. 209-226 (pág. 212), dicho precepto constitucional asigna al Gobierno una genérica competencia de dirección política, sin distinguir las funciones gubernamentales.

790 La atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno de las Comunidades Autónomas se establece en los artículos 152.1, 153.1.c) y 161.2 CE. Al respecto, véase García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 215 y 216), que determina que el Gobierno es "el único órgano con competencia reglamentaria asignada por la Constitución", no requiriendo previa habilitación legal para su ejercicio. Además, supone el reconocimiento de un ejercicio *genérico* de la potestad reglamentaria, ya que no se circunscribe, meramente, a determinados reglamentos como los ejecutivos.

791 Rodríguez-Zapata Pérez (2015: 228). Sobre la potestad reglamentaria, téngase en cuenta la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 6561/2008, FD 3.º, en cuya virtud "(...) la potestad reglamentaria se encuentra íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno". En la misma línea se sitúan los pronunciamientos de algunos órganos consultivos, como es el caso del Consejo Consultivo de Andalucía, que en su dictamen n.º 49/2006, establece que las: "Manifestaciones de esa potestad de dirección política son la dirección de la política interior en el ámbito de sus competencias; la dirección de la Administración y el ejercicio de la potestad reglamentaria (lo que, en la medida que venga subordinada a la Ley, se denomina con el nombre tradicional de "función ejecutiva"), la participación en los términos constitucionales, estatutarios y legales en los órganos y decisiones del Estado; el sometimiento a control parlamentario y el ejercicio de la iniciativa legislativa".

792 La sentencia citada afirma que "a través de la presentación de proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, excepcionalmente, al Senado (arts. 140 y 141 RS), el Gobierno activa las potestades en materia de dirección política que le son constitucionalmente reconocidas (art. 97 CE), y promueve la acción legislativa del Parlamento, sin que se prevea en la Constitución que tales potestades puedan verse limitadas por el hecho de que el Parlamento no acoja las iniciativas gubernamentales cualesquiera que sean las razones. Entre las funciones del Ejecutivo está la de ejercer la iniciativa legislativa y entre las del Parlamento aceptar o rechazar tal iniciativa, pero sin que ni unas ni otras se vean limitadas más que allí donde la Constitución así lo ha entendido preciso".

Por tanto, y este es nuestro punto de partida, la elaboración de normas por parte del poder ejecutivo constituye el ejercicio de una potestad pública, entendiendo por tal, como establece Santamaría Pastor[793], "aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de las cosas existentes", en aras de la consecución de un fin concreto[794], con el que atender el interés general[795].

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido una serie de elementos configuradores de esta potestad (por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 9898/1995, FD 3.º): se trata de un poder otorgado por el ordenamiento jurídico (condicionado al principio de legalidad, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, artículos 9.3 y 103.1 CE); de titularidad de las Administraciones Públicas; que sirve para la realización de determinadas acciones administrativas y su finalidad es la realización con objetividad del interés general como manifestación de la soberanía nacional, del que emanan los poderes del Estado, según el artículo 1.2 de nuestra Carta Magna[796].

Asumido, pues, que la elaboración de reglamentos, decretos legislativos, decretos-leyes y la iniciativa legislativa por parte del poder ejecutivo constituye un ejercicio de una potestad pública, para manifestar la decisión al respecto, es necesario identificar como elemento imprescindible el procedimiento o *iter* necesario para su ejercicio (como, por ejemplo, así lo afirma la STC n.º 227/1988). Se trata, pues, de un procedimiento[797], que se ha ido consolidando desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958[798], como ya se ha señalado.

---

793 J. Santamaría Pastor (1987), *Apuntes de Derecho Administrativo,* Madrid: Universidad Complutense (pág. 582). Al respecto define como potestad administrativa E. Gamero Casado (2021), «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (págs. 49-151), Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 73), aquel "*poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*".

794 S. Romano (1964), *Fragmentos de un diccionario Jurídico,* traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

795 Sobre el interés general, véase P. Acosta Gallo (2016), «El interés general como principio inspirador de las políticas públicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, 41.

796 En contraposición con este planteamiento, el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 275/2015, no las identifica como potestades, ni como meros procedimientos, sino como instituciones, compuestas de aspectos orgánicos, sustantivos y procedimentales, y critica la dificultad de la comprensión general de la ley y el oscurecimiento del conocimiento completo y unitario del régimen jurídico aplicable.

797 Afirma J. M. Baño León (2015), «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados», *Documentación Administrativa*. *Nueva Época*, 2, que "una ley de procedimiento debe ocuparse de lo que la Administración hace en toda su amplia variedad, y no solo una de sus formas, el acto administrativo y las disposiciones de carácter general".

798 Téngase en cuenta el parágrafo VII de su Exposición de Motivos, particularmente los apartados 1 y 2, en los cuales el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general se define como procedimiento especial y se recoge la finalidad del mismo que es "(…) asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, mediante los correspondientes estudios e informes previos, al mismo tiempo que permite conocer la opinión de los administrados a

Con todo, parte de la doctrina, ante la Ley de Procedimiento Administrativo, no siempre ha reconocido un auténtico procedimiento, pues, como ha señalado Muñoz Machado[799], la Ley estableció una serie de trámites mínimos que podían ser completados libremente por lo dispuesto en otras normas, o bien por la voluntad de la autoridad instructora del procedimiento, sin que se estableciera una secuencia temporal necesaria en el cumplimiento de dichos trámites. Según dicho autor, "la preocupación por la juridificación de este procedimiento se llevó a cabo recientemente, ya que no se seguía un procedimiento ordenado, y limitado a la producción reglamentaria, que continuaba en el subconsciente de que esta era una manifestación directa de la voluntad del monarca o del Gobierno"[800]. Sin duda, el constante ejercicio de la potestad normativa ha evidenciado la necesidad de dotar de las mayores garantías posibles en legalidad, acierto y oportunidad el desarrollo de esta.

La aprobación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y la LES consolidan la configuración de este procedimiento, como se ha mencionado con anterioridad, hasta llegar a la LPAC. La importancia de este procedimiento se refleja no solo en la parte expositiva de la norma de 2015 (en particular en el apartado V del Preámbulo, que da carta de naturaleza de procedimiento el relativo a la elaboración de normas[801]), sino, también, en su parte dispositiva donde se establece, a estos efectos, la consideración de procedimiento, al disponerlo así los artículos 129.4, párrafo 2.º y 133 (concretamente, en este último en su rúbrica y en su apartado 4, párrafo 2.º)[802]. A ello se suma que, en el ámbito de la Administración General del Estado, se reconoce la condición de procedimiento al de elaboración de normas, tal y como se recogía en varios artículos de la originaria Ley 50/1997, de 27 de noviembre (Exposición de Motivos

través del trámite de información que, con las naturales cautelas, se prevé".

799 S. Muñoz Machado (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (pág. 287).

800 Por su parte, afirma J. González Pérez (1963), «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *Revista de Administración Pública*, 40, págs. 9-31 (pág. 10), que "no se trata de un procedimiento administrativo en sentido propio. Pues no es un procedimiento a través del que se realice una función administrativa, sino la función normativa o legislativa en su más amplio sentido. Es el procedimiento a través del cual se realiza por el Gobierno y la Administración la función normativa".

801 Este apartado establece lo siguiente: "Junto con algunas mejoras en la regulación vigente sobre jerarquía, publicidad de las normas y principios de buena regulación, se incluyen varias novedades para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas".

802 El artículo 129.4, párrafo 2.º de la LPAC, establece que: "Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley". Dicho precepto, como se ha mencionado, según el Tribunal Constitucional no es aplicable a las normas, y sí a los actos administrativos. Por otro lado, el artículo 133 tiene como rúbrica "Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos", además en su apartado 4, párrafo 2.º se establece lo siguiente: "(…) Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella".

antepenúltimo y penúltimo apartados, y, artículos 22 y 24) y se mantiene tras la modificación de la LRJSP (los mencionados apartados de la parte expositiva y artículos 26 y 27).

Finalmente, este reconocimiento también se produce a nivel autonómico, y no sólo en relación con la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, sino, también, respecto de las demás normas con rango de ley que aprueben los Gobiernos de las Comunidades Autónomas[803].

De otra parte, a la vez que se produce la consolidación del procedimiento de elaboración de normas en el derecho positivo, se lleva a cabo su reconocimiento por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Así, por ejemplo, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha dictado múltiples sentencias reconociendo el carácter procedimental que estamos considerando, destacando las Sentencias n.º ROJ 8261/1986, FD 1.º y 14092/1987, FD 5.º y 6.º. En esta última sentencia, se reconocía la existencia de distintos trámites que conforman el procedimiento de elaboración de normas, de manera que, al producirse el ejercicio de una potestad pública, debe instrumentarse de conformidad con el procedimiento establecido, siendo este y las formas uno de los elementos reglados a que ha de someterse el ejercicio de dicha potestad por la Administración correspondiente[804]. De hecho, aunque el titular de la potestad es el poder ejecutivo en su papel de Gobierno[805] (ejerce la iniciativa legislativa, es titular de la potestad reglamentaria o aprueba el resto de normas con rango de ley), según el Tribunal Constitucional

803 En relación a la potestad reglamentaria de las Entidades Locales se produce ese reconocimiento en el artículo 128 de la LPAC (no poseen potestad legislativa), el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, distingue entre entidades territoriales (municipios, provincias e islas), las cuales tendrán, en virtud de su condición, la potestad reglamentaria y de organización (art. 4.1 de dicha Ley); y las entidades no territoriales (comarcas u otras entidades que agrupen a varios municipios, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios), la ejercerá cuando la concrete las leyes autonómicas o lo determinen sus estatutos (para las mancomunidades, si no se establece se ostentará siempre que sea precisa para el cumplimiento de su finalidad y de acuerdo con la legislación aplicable), *ex* artículos 4.2 y 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. La "actividad administrativa concretada en la elaboración de una Ordenanza es una manifestación de la autonomía municipal" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 18593/1992, FD 1.º. 2).

804 Señala el FD 5.º que "poniendo de manifiesto lo incompleto del mismo por ausencia de determinados informes y preceptivos trámites, en el proceso de elaboración de la disposición combatida no consta, (...), que aparezcan cumplidas las formalidades exigidas por el Título VI, Capítulo Primero, de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues faltan, efectivamente, los estudios e informes previos que requiere el artículo 129.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. (...) incidiendo, por tales causas, la disposición impugnada en la nulidad establecida en el artículo 47.1, e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, en razón a que las infracciones de los preceptos, que sobre elaboración de disposiciones generales recoge la Ley acabada de citar, conlleva la nulidad de la disposición administrativa así elaborada, pues la Administración en su obrar está anudada al pleno sometimiento de la Ley y al Derecho (artículos 9.1, 97 y 103.1 'in fine' de la Constitución) y sin que la Administración pueda actuar sus potestades al margen del procedimiento establecido".

805 El artículo 128.1 de la LPAC dispone los sujetos titulares de la potestad reglamentaria son los órganos de gobierno del Estado, aspecto que ya se establecía en la normativa como, por ejemplo, en el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (así lo entiende el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015). Competencia que no es delegable [en virtud del artículo 9.2 LRJSP, en términos idénticos al artículo 13.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre], ya que en su ejercicio confluyen la persona que lo ejercita y su titular, siendo irrenunciable. Su carácter básico se debe, en este caso, a la relevancia y especificidad de la naturaleza del objeto a delegar. La prohibición de la delegación interorgánica no debe confundirse con la posibilidad del Gobierno de poder "delegar singularmente" en los ministros el ejercicio de aquella, mediante una habilitación contenida en la norma reglamentaria aprobada por el Gobierno, como establece la STC n.º 133/1997, FJ 7.

(sentencia n.º 91/2017, FJ 6), "ello no obsta a que su ejercicio conlleve una actividad administrativa típica orientada a la preparación, redacción y elaboración de las normas".

No obstante lo anterior, debe indicarse que no estamos ante una cuestión pacífica, como lo demuestra la posición del Consejo de Estado, en su dictamen 275/2015, [apartado III.C)4.a)], señalando que: "(...) en el ejercicio de su función normativa, la Administración ha de encauzar su actuación a través de ciertos trámites que aseguren una recta formación de su voluntad -entre los que cobra particular relevancia el trámite de audiencia-", para afirmar que "ello no determina per se que ese conjunto de trámites pueda equipararse, mutatis mutandis, al procedimiento administrativo" como tampoco, "por tanto, que tal equiparación permita justificar una regulación por parte del Estado del procedimiento de elaboración de normas que, al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, pueda imponerse a todas las Administraciones"[806]. No obstante, el dictamen es contradictorio al respecto, al afirmar la necesidad de una regulación unitaria de una "institución jurídico-administrativa" en la cual se incluyen aspectos procedimentales[807].

En la misma línea parece situarse el Tribunal Constitucional, con su Sentencia n.º 55/2018, como se ha expuesto en el epígrafe anterior, al afirmar que "impropiamente podría hablarse de un procedimiento destinado a la aprobación de normas que, en todo caso, revestiría un carácter específico", tal y como se indicó en el apartado anterior[808].

De otro lado, la misma Sentencia (FJ 3), con fundamento en la STC n.º 41/2016, FJ 4, identifica que la atribución de potestad normativa "significa, principalmente, el reconocimiento

806 En este sentido, hay que referirse al voto particular emitido por Murillo de la Cueva (2015) al cual se adhieren varios miembros del Consejo General del Poder Judicial en la emisión del informe sobre el anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común, en el que se afirma: "No se trata propiamente del procedimiento administrativo común, sino de las actividades preparatorias del ejercicio de una potestad netamente gubernamental (sea el producto resultante un reglamento o la iniciativa legislativa)". Además, dicho reconocimiento del procedimiento administrativo lo confirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015, en relación con el procedimiento prelegislativo al afirmar que "siendo evidente que tales tareas corresponden al aparato administrativo gubernamental", sin perjuicio de que impere su exclusión debido a que la iniciativa legislativa es una función constitucionalmente reconocida al Gobierno (art. 87 CE).
807 Así, lo remarca su doctrina previa como establece Consejo de Estado (2000: 92 y 93), al afirmar que "se trataría, en definitiva, de refrenar la inclinación modificadora del ordenamiento sujetándola a las pautas legales de procedimiento. De esta forma pueden diagnosticarse mejor las insuficiencias de las normas que se pretenden cambiar y conocerse más ampliamente las perspectivas de los sectores afectados (…) La Ley del Gobierno no concibe el alumbramiento de una norma como algo instantáneo y sin gestación previa, sino como fruto de un 'proceso'".
808 Es llamativo que esta postura del Tribunal Constitucional sea coincidente con el planteamiento del recurso presentado por la Generalidad de Cataluña, pues contrasta con la posición mantenida por el Consejo de Garantías Estatutarias, en su dictamen 23/2015, de 17 de diciembre, sobre la LPAC, al reconocer como "procedimiento administrativo" el derivado de la potestad normativa en el ejercicio de su autonomía política, afirmando "la Generalitat, en uso de su autonomía política, ha regulado los órganos y las condiciones de ejercicio de la potestad reglamentaria en los artículos 39 a 41 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, y también el procedimiento administrativo para la elaboración de las disposiciones reglamentarias (título IV de la Ley 26/2010)".

de su capacidad para decidir políticamente fines y orientar hacia ellos la regulación de una materia". Al respecto, el Tribunal Constitucional realiza un ejercicio mental de paralelismo entre la capacidad normativa y la política, ya que "está elaborando políticas" y "desarrollando el genuino sentido de que la Constitución le haya atribuido competencias en el ámbito regulado", de forma que, para el Tribunal Constitucional, el "Estado llena así de contenido político la competencia que tiene formalmente habilitada en la materia correspondiente".

En consecuencia, podría desprenderse que la potestad pública normativa se asimila con funciones políticas de los entes que las ejercitan, situándose en el ámbito de las relaciones propias del Derecho Constitucional, más próximas a los actos políticos. Este enfoque confirmaría un cierto alejamiento del procedimiento de elaboración de normas del Derecho Administrativo, al prescindir de su consideración de procedimiento administrativo. En mi opinión, se trata de un planteamiento que parece no tener en cuenta que el ejercicio de las políticas públicas se puede llevar a cabo también al dictar un acto administrativo, o al no dictar una norma (el no hacer nada) ante un determinado problema. Todas estas decisiones materializan a la postre una determinada política.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional (STC n.º 55/2018, FJ 4) excluye, con cita de la STC n.º 91/2017 (FJ 4), de la "iniciativa normativa" la legislativa (y por extensión el procedimiento legislativo)[809] y considera inconstitucionales los artículos 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 (salvo apartado 1, primer inciso, y apartado 4, párrafo 1.º) de la LPAC [FJ 7 b)]. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que estos preceptos "se refieren al ejercicio, por parte de los gobiernos nacional y autonómico, tanto de la potestad reglamentaria como de la iniciativa legislativa", de forma que su aplicación a las iniciativas de rango legal de las Comunidades Autónomas supone la invasión de "las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes", debiendo estimarse el recurso y declarar en consecuencia la invasión competencial que denuncia el Gobierno de Cataluña.

No obstante la postura del Tribunal Constitucional en cuanto a la invasión competencial de la iniciativa legislativa, debe replantearse si la misma se mueve en el ámbito de los actos

809 Así lo señala la STC n.º 91/2017 (FJ 4) en relación con la LES, que en algunos de "los preceptos impugnados, cuando aluden al 'ejercicio de la iniciativa normativa', están haciendo referencia a la potestad reglamentaria ejercida en el doble ámbito estatal y autonómico", y "el procedimiento legislativo debe considerarse excluido de su ámbito de aplicación, ya que nada en el tenor literal de los preceptos impugnados hace pensar que se refieran a dicho procedimiento", ya que "sus destinatarios" son "las Administraciones públicas y en ningún caso las Cortes Generales ni las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, titulares de la potestad legislativa".

políticos del Gobierno o, por el contrario, estamos ante una actuación que, sin embargo, no puede quedar al margen del Derecho Administrativo, como ya planteara García de Enterría[810] al reconocer la relación entre "Política y Administración" sin perjuicio de su "diferenciación cualitativa" de carácter material, resaltando que la diferenciación de régimen jurídico no puede conllevar la "definitiva exclusión del Derecho Administrativo de todo un sector de actos que inicialmente se nos presentan como actos propios del sujeto en que la Administración consiste". En este sentido, es posible destacar alguna jurisprudencia que refuerza el reconocimiento de elementos de naturaleza administrativa en actuaciones de carácter político, posibilitando un cierto control, tal y como señala la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8102/1998, FD 3.º, al señalar que no existe una "incompatibilidad entre los actos de dirección política del Gobierno y el control jurisdiccional", junto con la existencia de elementos reglados, que permiten el control de la discrecionalidad en la motivación de las decisiones y a la comprobación de la razonabilidad de la decisión y el control de los principios y valores constitucionales, siendo todos estos "elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presupongan un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros". Como señala Garrido Mayol[811], cuyo planteamiento comparto:

> "(…) los actos que articulan las decisiones políticas deben producirse con respeto de las disposiciones normativas que regulan su producción, de tal manera que no se podrá fiscalizar la decisión política como tal, pero sí la resolución o el acto administrativo correspondiente. Dicho de otro modo, no puede controlarse la decisión de impulsar un proyecto de ley sobre medidas contra la violencia doméstica, por ejemplo, pero sí el acto, —el Acuerdo—, aprobatorio del correspondiente proyecto de ley, porque el legislador ha querido establecer un procedimiento específico para la elaboración de los proyectos de Ley, adornado de una serie de garantías que se han de respetar. De otro modo carecería de sentido la regulación de tal procedimiento; sería tanto como negar eficacia al artículo 22 de la Ley 50/1997, del Gobierno y a muchas disposiciones legales que inciden en la conformación de un proyecto de ley"[812].

Finalmente, en lo que toca a los Decretos-Leyes (artículo 86 CE) y Decretos-legislativos (artículo 82 CE), son normas con rango de ley aprobadas por el Gobierno. En ambos casos, el

810 Véase García de Enterría (2011: 61 y 62). El autor insiste en que, en términos de Derecho Administrativo, "no hay ninguna diferencia entre el acto más importante del Consejo de Ministros" con excepciones, "y el acto más nimio del último funcionario de la escala".

811 Garrido Mayol (2004), "Los vicios del procedimiento prelegislativo y su posible incidencia en la validez de la ley", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 15, págs. 321-337 (pág. 327).

812 *Ibíd*., pág. 327: el autor considera susceptible de control jurisdiccional la aprobación del proyecto de ley y determinados trámites esenciales del procedimiento prelegislativo, admitiendo que en el supuesto de la recepción de la iniciativa legislativa en sede parlamentaria los vicios del procedimiento se pueden convalidar por parte de esta.

procedimiento en sede administrativa tiene importancia, ya que se entiende consecuente con ejercicio de la potestad normativa por parte del Gobierno.

Tanto para las normas con rango de ley como para los anteproyectos de ley, se acrecienta la idea de que el *iter* necesario para adoptar la decisión normativa o el proyecto de ley se lleva a cabo por un procedimiento en sede administrativa, y ello por diversos motivos: a) por las actuaciones que se realizan en el mismo, que se residencian en vía administrativa, sin perjuicio de la consulta pública y la evaluación de impacto normativo *ex post* que se llevan a cabo fuera del procedimiento de aprobación de la norma con rango de ley o del procedimiento prelegislativo; b) la predeterminación de los trámites e impactos en el procedimiento que se determinan legalmente, homogeneizándose la regulación de todos los procedimientos en un precepto (sin perjuicio de diferenciar entre el procedimiento correspondiente a los anteproyectos de ley, proyectos de decreto legislativo y de normas reglamentarias[813], aspecto

813 Al respecto, el legislador relativiza la distinción de dichos productos normativos, como ya hiciese la STC n.º 18/1982, en su FJ 3, afirmando que: "La distinción entre Ley y Reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia (...)". A este procedimiento se le aplica dos tipos de tramitación; ordinaria o urgente. La primera atenderá a lo previsto en los apartados 1 a 10 del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 26 de noviembre, que contiene: la elaboración de los estudios y consultas cuando se estimen convenientes (apartado 1), la consulta pública (apartado 2), la elaboración de la MAIN, que tiene un carácter preceptivo (apartado 3); la elevación previa al Consejo de Ministros para que "decida sobre ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos"; siendo este trámite de aplicación a los anteproyectos de ley o proyectos de real decreto legislativo, siempre que el Consejo de Ministros no prescinda de estos (apartado 4); recabar los informes y dictámenes preceptivos y los estudios y consultas que se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto (apartado 5); los trámites de audiencia e información públicas (apartado 6); la emisión del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente cuando fuere preceptivo o se considere conveniente (apartado 7); una vez aprobados los trámites anteriores, se llevará a cabo la remisión del proyecto normativo a la Comisión General de Secretarios de Estados y Subsecretarios, para su posterior elevación al Consejo de Ministros para su aprobación, como establece el apartado 8; las actividades a realizar por el Ministerio de la Presidencia para asegurar la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno, en virtud del principio de seguridad jurídica (apartado 9); conservación en el expediente administrativo en formato electrónico, en consonancia con la implantación total y definitiva de la administración electrónica que pretende la LPAC y la LRJSP, y, en particular, de la siguiente documentación: la MAIN, "los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas". La tramitación urgente se regula en el artículo 27 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, siendo novedad su aplicación más allá de los anteproyectos de ley (artículo 22.5 de la anterior versión de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), ganando en una mayor concreción también respecto a su concepción anterior: se tasa una serie de causas en las que se aprecia la urgencia ("que fuere necesario para que la norma entre en vigor en el plazo exigido para la transposición de directivas comunitarias o el establecido en otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea" y "concurran otras circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido preverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente de la norma"), debiendo evitarse que la excepción se convierta en la regla general, interpretándose de forma restrictiva; debiendo dejarse constancia en la MAIN, de la existencia del acuerdo y de las circunstancias que le sirven de fundamento para la tramitación de urgencia; y la reducción de los plazos de todos los trámites a la mitad (incluidos los preceptivos a diferencia del artículo 22.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre); no será necesario la consulta pública (aunque, hay que tener en cuenta que es un trámite no propio del procedimiento), pero sí puede acudirse al trámite de audiencia y la información públicas, que se reducirán sus plazos; y el hecho de que la "falta de emisión de un dictamen o informe preceptivo en plazo no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su eventual incorporación y consideración cuando se reciba".

que se hacía en la práctica[814]; y otro, referido a los proyectos de decreto-ley[815]; c) en virtud de lo anterior, el poder legislativo al aprobar la regulación legal del procedimiento de elaboración de normas dirigida al Gobierno, debe, también, aplicarla; d) por la adecuada consideración de los trámites y los impactos que lo conforman en relación a su finalidad, esto es, obtener información adecuada, versada y necesaria para adoptar una determinada decisión, especialmente en el ejercicio de una potestad legislativa[816], adquiriendo especial relevancia los trámites de participación ciudadana en el procedimiento, debido a su afectación por las políticas públicas, según el argumentario del Tribunal Constitucional en la STC n.º 55/2018, lo cual supone su incardinación en el artículo 23 CE; e) la necesaria aplicación a los poderes públicos (ejecutivo y legislativo) de los principios generales del derecho establecidos en el artículo 129 de la LPAC, con independencia del sentido de dicha sentencia en relación a la plasmación de los mismos en la LPAC.

En consecuencia, en mi opinión, tanto la aprobación de reglamentos y normas con rango de ley, así como la iniciativa legislativa del Gobierno constituyen el ejercicio de una potestad pública, lo que ha sido ampliamente confirmado por la doctrina y la jurisprudencia. Y en este sentido, uno de los elementos que conforman el ejercicio de la potestad es el procedimiento y su ordenación (como se expondrá a continuación), en tanto que *iter* necesario por el cual se

814 Por ejemplo, ante ausencia legal del procedimiento de elaboración de Reales decretos legislativos, el Gobierno lo asimiló al de iniciativa legislativa (artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, versión previa a su modificación por la LRJSP), como así lo establece el dictamen n.º 813/2015 del Consejo de Estado, pero completándose con trámites del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias (artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), como el informe del Ministerio de Administraciones Públicas (apartado 3).

815 Esto es una novedad, un procedimiento para la tramitación y aprobación de los decretos-leyes, ya que antes existía un reconocimiento del ejercicio de la potestad, pero no del procedimiento para llevarlo a cabo [a diferencia de algunas Comunidades Autónomas como, por ejemplo, la Comunidad Valenciana en los artículos 44 a 51 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat (*DOGV* núm. 5956, de 17 de febrero de 2009), como, también, Cataluña en el artículo 38 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno]. En el procedimiento se exigen determinados trámites del procedimiento de iniciativa legislativa y de aprobación de reglamentos y decretos legislativos, con la especialidad del carácter de extraordinaria y urgente necesidad que tienen los decretos-leyes. Así, procede la aplicación de los apartados 1, 3 (referidos a la MAIN abreviada), 8, 9 y 10 del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, siendo más reducidos que la tramitación de urgencia, y no siéndole de aplicación lo establecido para esta en el artículo 27 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Sobre el uso adecuado del decreto-ley, véase E. Arana García (2013), «Uso y abuso del Decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 191, págs. 337-365, y M. Aragón Reyes (2016), *Uso y abuso del Decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Madrid: Iustel. Sobre la utilización del decreto-ley, afirma la STC n.º 199/2015, en su FJ 4 (con cita en la STC 183/2014, FJ 4) que "generalmente, hemos venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que hemos denominado como 'coyunturas económicas problemáticas', para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a 'situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.' (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8)".

816 Su importancia se eleva para evitar un uso fraudulento por parte del poder ejecutivo de una potestad propia del legislativo, por ejemplo, como resalta Arana García (2013: 365) al utilizarse "como blindaje normativo frente al control contencioso de las disposiciones del gobierno y, también, como mecanismo de huida de los procedimientos de elaboración de los reglamentos".

forma la voluntad del órgano para decidir, de carácter eminentemente administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con independencia del sujeto sea Gobierno o Administración, ya que atiende a la realidad y al objeto de las actuaciones que realiza, teniendo en cuenta la importancia de los trámites que lo conforman[817]. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el contraste de este planteamiento con la última postura del Consejo de Estado, de la Generalidad de Cataluña en el recurso contra la LPAC[818], y la posterior sentencia del Tribunal Constitucional, que contradicen una doctrina consolidada de aquel, y una jurisprudencia tradicional de este[819] y de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo al respecto, adoptando una concepción reducida del procedimiento administrativo, que desdibuja su importancia como garantía formal de la decisión, y parece acoger una postura justificativa a la consideración de actos políticos[820] que recuerda a épocas pasadas[821], pudiendo favorecer una cierta huida del Derecho Administrativo. De forma diferenciada, el carácter administrativo se desprende del procedimiento prelegislativo[822], con las singularidades establecidas en relación con la necesaria consideración del acto político en la remisión por el Gobierno del proyecto de ley al Parlamento, y debe tenerse en cuenta su regulación y los trámites que lo componen, tanto por el poder ejecutivo como, también, por el legislativo[823]. En ese contexto, la LPAC, y la Ley 50/1997, de

817 Importancia remarcada, de forma reiterada, por el Consejo de Estado, por ejemplo, Memorias de 2001, 2009 y 2011.
818 En el recurso contra la LPAC, afirma que el procedimiento "no resistiría la calificación de administrativo", justificándolo en que el mismo se "canaliza el ejercicio de la 'función constitucional' que la Constitución y los Estatutos atribuyen a los Gobiernos del Estado y de las Comunidades Autónomas, respectivamente".
819 Por ejemplo, la mencionada STC n.º 15/1989, FJ 7 que lo considera como "procedimiento administrativo especial".
820 Al respecto, establece E. García de Enterría (2011). *Democracia, Ley e Inmunidades del poder*, Cizur Menor: Aranzadi (pág. 64), la existencia, solamente, de dos supuestos "los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales, por una parte; y, en segundo lugar, los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores" (en términos parecidos, véase la SAN, Sala C-A, n.º 47/2015, FJ 2.º). De las relaciones entre el Consejo de Ministros con el Parlamento encontraríamos la "remisión de Proyectos de Ley". Véase, también, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 13187/1993, FD 2.º y la STC n.º 45/1990, FJ 2.
821 Así afirman García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 622) que era cotidiano antiguamente el "ejercicio de una potestad administrativa en función de un móvil político", que puede generar inmunidades en clara afectación, actualmente, a lo previsto en los artículos 9.1 y 106.1 CE. Así, el Consejo de Estado subraya dicha relación con normalidad, pero no alejada del necesario control legal, a lo cual resalta en insistir acerca de un instrumento del procedimiento administrativo de elaboración de normas como es la "memoria de impacto normativo" que tiene, entre sus finalidades, "la adecuación y la coherencia de las regulaciones proyectadas para la consecución de las políticas que se proponen a desarrollar" [(2010), *Memoria del Consejo de Estado 2009*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 193 y 196)] o que las memorias de dicho procedimiento "deben ser reflejo de los estudios de evaluación de las políticas públicas" (2012: 234).
822 En la STC n.º 108/1986, FJ 3 considera la aprobación de la iniciativa legislativa por el Gobierno como "procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo".
823 Existe una falta de completitud de los Reglamentos del parlamento respecto de los trámites susceptibles de exigencia del expediente de proyecto de ley por el poder legislativo en correspondencia con la ley o leyes aprobadas por este donde se determinan las reglas necesarias para que el Ejecutivo pueda conformar adecuadamente los distintos trámites del procedimiento prelegislativo. Así, en la STC n.º 238/2012, FJ 3 b) en relación con el procedimiento prelegislativo del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que desarrolla al artículo 88 CE afirma que "no significa que pueda ser utilizado por el Tribunal como parámetro directo de constitucionalidad", ya que el precepto que describe el procedimiento prelegislativo determina "de qué modo conformará el Consejo de Ministros su voluntad de activar una iniciativa legislativa", por lo cual: "(…) sólo podrá suponer un vicio de constitucionalidad formal de la ley (...) los fallos en la conformación de esa voluntad gubernamental implican que el Congreso de los Diputados, o el Senado (...) carezcan de los elementos necesarios para pronunciarse sobre esos proyectos". Todo ello, teniendo en cuenta la afectación a la confianza legítima ciudadana en que se va a seguir la tramitación establecida en virtud del principio de legalidad y que el propio Parlamento debe ser consecuente con dicha exigencia, aspecto que no es así, atendiendo a la falta de compleción,

27 de noviembre, realizan una regulación integradora de todos aquellos procedimientos de elaboración de normas, articulando la necesaria ordenación de los trámites del procedimiento, todo ello en aras del principio de legalidad, seguridad jurídica y eficacia funcional del Derecho[824].

B) Su carácter *ad solemnitatem* constantemente comprometido por la visión jurisprudencial de los vicios del procedimiento de elaboración de normas. Consecuencias.

El carácter *ad solemnitatem*[825] del procedimiento de elaboración de normas supone un requisito y límite formal del ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa[826], atendiendo a la finalidad que cumple ese procedimiento, y que implica una doble garantía[827], a saber: de un lado, asegurar el acierto, la legalidad, la calidad técnica y la oportunidad de la disposición[828], dando consistencia a la introducción en el ordenamiento jurídico de una norma que va resultar obligatoria para la Administración y para la ciudadanía, y, que se debe ofrecer en virtud de los principios constitucionales de eficacia, legalidad y objetividad, así como de seguridad jurídica; y, de otro, para el ciudadano supone una garantía de la obtención de un producto normativo de calidad, y que contribuirá al mismo mediante la participación informada en el procedimiento[829], así como fiscalizando la labor de la

al respecto, de los Reglamentos del parlamento.

824 La búsqueda de la eficacia en el proyecto de decisión pública normativa ha sido señalada por la doctrina alemana, por ejemplo E. Bülow (1996), «Capítulo XIV La Legislación», en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional* (págs. 727-765), Madrid: Marcial Pons (págs. 758 y 759), en consonancia con la Escuela de la Reforma del Derecho Administrativo en Alemania, yendo más allá de la sistematización del Derecho, atendiendo a otras realidades como "la organización y el procedimiento administrativos, e incorporando parámetros como la eficiencia y la aceptabilidad de las decisiones públicas", según S. Diez Sastre (2018), «Las instituciones jurídicas de nuestro tiempo: los conceptos claves», *Almacén de Derecho*, accedido el 24 marzo 2018, de http://almacendederecho.org/las-instituciones-juridicas-tiempo-los-conceptos-clave/, que tienen una relación directa con la realidad.

825 Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, el término *ad solemnitatem* se define como: "Dicho de un requisito o formalidad: que es exigible con carácter esencial para la validez".

826 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 222) afirman que el "procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria".

827 Así, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º establece una doble proyección del procedimiento: "una, de garantía ad extra en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone el ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; otra de garantía interna encaminada a asegurar no solo la legalidad sino también el acierto en la que se inscriben los dictámenes e informes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) LG".

828 Afirma J. M. Desantes Guanter (1958), «La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa,* 7-8, págs. 43-56 (pág. 44) que este procedimiento tiene como finalidad principal "asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de las disposiciones". Para García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 222) supone la garantía interna del procedimiento, a los que añade a los anteriores objetivos la "necesidad" de la disposición.

829 Desantes Guanter (1958: 44), consideraba la "opinión de los administrados a través del trámite de información" como una finalidad secundaria "que, en la mayoría de los casos, coincidirá con la principal". En mi opinión, esto es criticable no solo por su relevancia como desarrollamos en el Capítulo IV, sino, también, por la finalidad última de los trámites que es alumbrar la decisión.

Administración en la elaboración de la norma desde un punto de vista jurídico y de su oportunidad.

Se trata de un planteamiento, pues, fundamental, que consolida la consideración del procedimiento de elaboración de normas como procedimiento administrativo en los términos antedichos, y que cuenta con el respaldo de la doctrina[830] y la jurisprudencia[831].

La consecuencia inmediata de lo anterior es que las normas reguladoras de este procedimiento no son opcionales para la Administración Pública, ya que, según reiterada jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, es de "obligada observancia para la Administración, en cuanto su cumplimiento efectivo garantiza la legalidad y acierto de la norma reglamentaria, *pudiendo los legitimados para su impugnación alegar cuantas* infracciones del precepto legal puedan atribuirse a la tramitación concretamente seguida" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º).

En este sentido, la sujeción al procedimiento constituye una obligación exigible no solamente para el centro directivo competente en elaborar la norma o para el órgano competente en aprobarla, sino para todos aquellos que participan en dicho procedimiento. Su omisión o realización de forma inadecuada podría conllevar, en el ámbito de la potestad reglamentaria, un vicio de nulidad de pleno derecho (*ex* art. 47.2 de la LPAC)[832], ya que, según García de Enterría[833], el reglamento es un elemento que conforma el ordenamiento y su integridad es una

830 Véase García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 222), que aseveran que en "la elaboración de las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento en cuestión tiene un carácter formal *ad solemnitatem*".

831 Entre otras, téngase en cuenta las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º. 8215/2000, FD 4.º; 5662/2003, FD 3.º y 6451/2011, FD 4.º. Esta última afirma que "la observancia del procedimiento tiene un carácter formal 'ad solemnitatem', de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según jurisprudencia reiterada. El procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria".

832 Las causas de nulidad del artículo 47.2 de la LPAC son idénticas a las que se establecían en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, véase L. Mellado Ruiz (2017), «Capítulo XXXII. Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», en S. Fernández Ramos y J. Valero Torrijos (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público, vol. 1, tomo 2* (págs. *1929-1983)*, Valencia: Tirant lo Blanch, que "los supuestos, ya conocidos, de nulidad de pleno derecho de éstos, no sufren ninguna variación en relación con la previa ordenación de la LRJPAC". Estas causas son: la vulneración de normas superiores, atendiendo al principio de jerarquía (Constitución, leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior); la infracción del principio de reserva de ley, y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales contenido en el artículo 9.3 CE (véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 571/2001, FD 8.º).

833 E. García de Enterría (1959 a), «Recurso contencioso administrativo directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública, 29*, págs. 161-185 (págs. 167-169), sostiene que la "sanción de ilegalidad de un Reglamento" es "la nulidad de pleno derecho", a diferencia de los actos cuya regla es la "simple anulabilidad", de forma que la diferencia entre una y otra "puede justificarse cómodamente en que en el primer caso se defiende la forma de constitución del ordenamiento y la pureza de éste, en tanto que en el segundo se intenta proteger la seguridad de las relaciones concretas". G. Doménech Pascual (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 104 y 105), predica su nulidad de "cualquier ilegalidad que pueda afectar a una disposición general", ya que "si los reglamentos fueran anulables sólo podrían ser impugnados durante un determinado plazo de tiempo, transcurrido el cual se harían indiscutibles y sus efectos se convalidarían", produciéndose que "expirado aquel plazo, el

cuestión de orden público[834].

Doménech Pascual [835] establece una clasificación de las distintas ilegalidades de los reglamentos en virtud de los tipos de vicios: de contenido y de declaración de voluntad. Las primeras se identifican con las mencionadas en el artículo 47.2 de la LPAC. Las segundas, agrupan, a su vez, "los motivos, el procedimiento de preparación y formación de la voluntad, la voluntad propiamente dicha, su forma de manifestación, su autor, su fin". Este autor incluye en estos últimos los vicios de procedimiento y de forma, afirmando que la "observancia de un trámite de procedimiento no asegura que efectivamente se haya cumplido la finalidad última perseguida por el mismo", y pone, como ejemplo, que la emisión del informe del Consejo de Estado "no asegura que el reglamento finalmente adoptado sea acertado, ni siquiera que sea legal". Ciertamente es así, ya que el dictamen de dicho órgano es preceptivo y no vinculante, aunque es innegable la relevancia del trámite como garantía de la legalidad de la actuación, de forma que, si no se emitiese, se ampliaría considerablemente la discrecionalidad de la decisión pública en los proyectos normativos. Como afirma Torno Mas [836] en relación con los reglamentos, "las normas que regulan su procedimiento de elaboración tratan de establecer un procedimiento riguroso que garantice un correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa y el logro de la obtención de la mejor decisión posible". En mi opinión, estas afirmaciones, que hacemos nuestras, evidencian que el procedimiento de elaboración de normas conecta con la *better regulation*, los principios de buena regulación y el principio de buena administración.

Desde luego, en virtud de lo anterior, no es posible llevar a cabo una disociación entre vicios del procedimiento como meramente formales y los vicios sustantivos, ya que los primeros influyen en los segundos y a la inversa, como puede ocurrir en el caso de la vulneración de la

reglamento que infringe una ley tendría que prevalecer sobre la misma, de modo que dicha ley quedaría a partir de entonces privada de efecto".

834 Véase García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 249). Sin embargo, hay un sector doctrinal que es contrario a esta consideración. Así, afirma R. Entrena Cuesta (2003), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos (págs. 125 y 126), que el Tribunal Supremo declara que "la sanción de nulidad de pleno derecho que establecían los artículos 26 y 28 de la LRJ y 47.2 de la LPA (...) sustituidos por el artículo 62.2 LRJPAC, se dispone para defender la vigencia de la jerarquía normativa, *por lo que no es aplicable a cualquier tipo de infracción cometido al elaborar un reglamento* (S. 17.06.74, y, en fin, a reputar como simples irregularidades la inobservancia de determinadas exigencias procedimentales". También, Sánchez Morón [citado por C. Agoués Mendizábal (2017), «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (págs. 361-410), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 366)] afirma que: "La anulación de un reglamento basada únicamente en un vicio de forma y al cabo de muchos años resulta rigurosa y contraria a la equidad" o J. M. Fernández Pastrana y F. Garrido Falla (2000), *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992 y 4/1999),* Madrid: Civitas (pág. 217), que consideran que los vicios de forma y procedimiento son anulables.

835 Doménech Pascual (2002: 248-278).

836 J. Torno Mas (2019), «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos», *Revista de Administración Pública*, 210, págs. 123-136 (págs. 127 y 128).

reserva de ley, que se puede poner de manifiesto a través de los distintos trámites del procedimiento. En este sentido, Torno Mas reconoce la importancia de un correcto ejercicio de la potestad normativa, advirtiendo del "riesgo de relajar el cumplimiento de los requisitos formales", afectando, por ende, al fin de la satisfacción del interés general, como se ha comentado anteriormente.

Pese a la importancia del vicio, puede reconocerse el alto grado de inobservancia de las normas reguladoras de este procedimiento y de los distintos trámites que lo componen, en parte imputable a la falta de comprensión de la importancia de los mismos en la vida real, junto con la inercia histórica de cumplir con reiteración e indiferencia los trámites de este procedimiento[837] y la impulsividad del poder público de dictar estas normas sin una previa reflexión y basándose en criterios alejados de la necesidad e idoneidad[838].

La vinculatoriedad del procedimiento de elaboración de normas exige, además, que los trámites que lo componen se cumplan en el preciso momento y en la forma que las normas determinan[839], ya que no son una simple sucesión de trámites inconexos, sino que todos y cada uno de ellos han de realizarse en atención al fin determinado[840]. No obstante, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo no considera que este incumplimiento sea susceptible de causa de nulidad, ya que "su mera inserción temporal en el procedimiento de elaboración no puede considerarse, por sí sola, causa suficiente para acordar la nulidad de la disposición", todo ello con fundamento en una interpretación teleológica y en atención al carácter antiformalista del Derecho y del examen del principio de proporcionalidad al respecto (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2425/2017, FD

837 Así lo señala reiteradamente el Consejo de Estado, por ejemplo, indicando la "mala práctica administrativa consistente en elaborar informes aparentemente rutinarios sin incluir análisis de fondo sobre el anteproyecto o proyecto", criticando dicho órgano esta postura, ya que priva de esenciales elementos de juicio, para lo cual es necesario atender a un cumplimiento sustancial para conseguir, en términos literales, "un ordenamiento jurídico más claro y con más amplia y puntual observancia" [Consejo de Estado (2003: 76)].

838 Afirma Santamaría Pastor (2016), que la aprobación de las disposiciones reglamentarias es "consecuencia de ocurrencias impulsivas que muchos responsables políticos tienen en respuesta a noticias periodísticas o a impulso de presiones de todo tipo; y que otras normas cuya aprobación puede preverse anticipadamente no llegan al término de su procedimiento de elaboración por la oposición de otros departamentos, del partido o de la resistencia social que provoca su anuncio".

839 En la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º se indica que la recurrente afirma que el orden cronológico tiene un sentido, ya que no se dispone de información para poder pronunciarse. Así, en el supuesto concreto se señala: "Y, en el procedimiento seguido, el hecho de que dicho informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma y la memoria económica lleven fecha posterior a los informes de las distintas Secretarías Generales Técnicas y demás organismos informantes, demuestra que estos (sic) órganos, cuando emitieron sus preceptivos informes no dispusieron de dicha documentación, y, en consecuencia, carecían de la información exigida por la LG".

840 Así lo afirma, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen n.º 16/2001, como doctrina consolidada de este Consejo, entre otros, dictámenes 13/1995 y 63/1998. Asimismo, en el dictamen n.º 133/1999, se establece, a estos efectos, "(…) que las normas que disciplinan el procedimiento (...) no son de observancia discrecional por parte de la Administración, y que han de ser cumplidas en el preciso momento y en la forma que ellas mismas determinan, y no en cualesquiera otros que se decidan libremente".

5.º)[841]. En mi opinión, compartiendo el planteamiento de Ponce Solé, se trata de un enfoque jurisprudencial muy criticable[842], al relativizar el alcance del vicio procedimental en la elaboración de reglamentos, ya que el Tribunal Supremo considera que es necesario un examen de la relevancia del trámite y del defecto del mismo, llegando a la conclusión que solo se tendrá en cuenta como vicio de nulidad cuando su omisión o falta pudiera producir una alteración del contenido del reglamento o impida su aprobación[843].

En relación al argumento jurisprudencial sobre el carácter antiformalista, aunque el mismo fuese deseable para resolver asuntos concretos otorgando una mayor rapidez ante la ausencia de formalidades, no obstante, tomando las palabras de López Rodó[844], "en ocasiones, se ha dado el contrasentido de que, mientras la resolución de un expediente de mínima cuantía y trascendencia implicaba el cumplimiento de numerosos trámites y plazos", por contra "las disposiciones de carácter general, que afectan de ordinario a importantes intereses económicos, sociales o profesionales, podían surgir sin la necesaria madurez". Y, en todo caso, no puede

841 Al respecto, la Sentencia afirma que "cuando del plano de las declaraciones generales se pasa al más concreto de la exigibilidad o no de determinados trámites integrantes del procedimiento en un supuesto determinado al objeto de enjuiciar la legalidad o ilegalidad -y consiguiente nulidad (artículo 62 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común [LRJ y PAC], 23.2 LG y 47.2 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común [LPC])- de una determinada disposición general nuestra jurisprudencia evidencia los necesarios matices derivados del principio antiformalista que, con carácter general, inspira el Derecho Administrativo y que implica que las declaraciones de nulidades sean suficientemente ponderadas y justificadas, evitando tal declaración cuando el vicio cometido carezca de entidad suficiente para conllevar una consecuencia tan extrema como es la declaración de nulidad de una norma. En definitiva, nuestros pronunciamientos, a este respecto, tienen en cuenta el criterio de la proporcionalidad entre la infracción cometida, la influencia de la misma en la concreta disposición y las consecuencias derivadas de la nulidad. Esto es, se impone una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales en tanto las mismas se justifican no por el puro formalismo de su realización, sino por la finalidad a que responden, y de ahí que en su valoración hayan de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate". En este sentido, Ponce Solé (2003: 138) se pronuncia sobre la tensión entre formalismo y antiformalismo en el procedimiento que nos ocupa, en el sentido de que "la mayor formalización normativa del procedimiento reglamentario debería tener siempre en cuenta el objetivo de la simplificación, conectado con los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía, y con los legales de antiformalismo, celeridad y economía procesal (arts. 70, 71, 73, 74 y 75 LRJPAC, que entendemos han de ser también de aplicación en este caso). Simplificación que, a su vez, no debe comprometer la buena administración ni las garantías ciudadanas".

842 Esa permisibilidad jurisprudencial es criticada por Ponce Solé (*Ibíd.*, págs. 130 y 131), para el que "ni el más cuidado diseño normativo podrá contribuir a la buena administración y a la calidad reglamentaria si no se cumple por el titular de la potestad y si su incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia que pueda disuadirle en el futuro de comportamientos semejantes. A pesar de sus defectos y limitaciones, la LPA de 1958 hubiera podido ser mucho más efectiva si la jurisprudencia dominante hubiera sido más firme en el control de los vicios procedimentales".

843 Agoués Mendizabal (2017). En este sentido, téngase en cuenta Ponce Solé (2003: 133), ya que el autor considera que esta situación se asocia con el "«fetichismo» en torno al papel de la ley, denunciado por CASSESE; la creencia arraigada en el modelo de legitimación basado en el rol administrativo de «correa de transmisión», y la tradicional atención centrada en la decisión administrativa final (esencialmente el acto individual) a efectos de su impugnación, pueden haber ayudado a la poca consciencia judicial en este punto".

844 López Rodó (1958), «Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa*, 8-9, págs. 17-24 (págs. 22 y 23).

prescindirse, como la propia jurisprudencia[845] y la doctrina[846] han señalado, del hecho de que estamos ante vicios de orden público, puesto que se asocian a la nulidad de pleno derecho.

La legislación y jurisprudencia tradicional al respecto se fundamentan en el procedimiento de elaboración de normas y los distintos trámites que lo conforman, diferenciando, para su control, entre la documentación preparatoria del proyecto normativo, los distintos informes que se emiten y los instrumentos de participación ciudadana evacuados en el procedimiento de elaboración de normas:

En relación con la documentación preparatoria del proyecto normativo reglamentario, se han diferenciado distintos documentos, los cuales tienen un carácter estático y que responden al inicio del procedimiento, salvo las modificaciones atendidas a las distintas observaciones del procedimiento. Entre estos documentos, los de mayor relevancia y tradición son: la memoria económica[847], que consistía en un estudio presupuestario del gasto público del proyecto

845 Por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2974/2014, FD 4.º afirma que "nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal. Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen 'ex tunc', desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados (…) se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...) (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006). Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que 'no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación (…) de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) Esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, (...) tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho' (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación nº 1221/2009)".

846 Afirma Ponce Solé (2003: 137 y 138) que "una mayor formalización del procedimiento reglamentario podría tener asociados beneficios (...) un análisis más cuidadoso de las decisiones normativas a elaborar no sólo mejoraría las posibilidades de obtener regulaciones de mayor calidad, sino que además podría suponer un filtro eficaz para evitar nuevas regulaciones, cuando se compruebe que las mismas no son necesarias, contribuyendo así el procedimiento a poner fin a la marea reglamentista que nos invade".

847 Tenía su origen jurídico en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de agosto de 1979, donde se dispuso su elaboración en relación con los proyectos de determinadas disposiciones. Con posterioridad, se reguló en la Orden de 4 de febrero de 1980 por la que se aprueban normas para la elaboración de la Memoria económica justificativa de los proyectos de Ley y disposiciones administrativas (*BOE* núm. 35, de 9 de febrero de 1980), y, más tarde, se reguló legalmente en el artículo 30.3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1981 (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 1980), con pequeñas modificaciones respecto a aquella Orden. De dicho contenido, una parte es eminente presupuestaria y diferenciada del informe sobre su necesidad u oportunidad contenida en la memoria explicativa referida a la descripción de los antecedentes y la justificación de su necesidad, así como la evaluación económica y social de su aplicación. Al año siguiente, la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1982 (*BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 1981), estableció, en su disposición adicional 1.ª, la vigencia indefinida de dicho artículo 30.3. Con posterioridad, se aprueba la Ley 50/1997, de 27 de

normativo[848], y el informe de necesidad o memoria justificativa[849], en el cual se justificaba la oportunidad, legalidad y conveniencia de la norma, así como sus fines, evidenciando, según la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 7505/2006, FD 5.º, los aspectos positivos de la decisión para hacerlos patentes frente a los administrados, "(…) cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992".

El contenido de las memorias podía ser sucinto, ya que no se imponía extensión determinada[850], pero, en todo caso, debían cumplir la finalidad a la que responde (SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 129/2015, FD 3.º así como, también, la n.º 7505/2006, FD 5.º[851]), lo cual, sin embargo, ha sido objeto de un constante incumplimiento[852].

noviembre, que recoge la memoria en el artículo 22.2, para la iniciativa legislativa del Gobierno, y en el 24.1.a) para la elaboración de reglamentos, donde se establecían que en el contenido de esta memoria se llevará a cabo una estimación del coste a que dará lugar la norma.

848 Aportando los datos presupuestarios precisos para valorar adecuadamente su viabilidad, ya que si no se llevase a cabo se pondría en riesgo el equilibrio presupuestario en general de la Administración Pública en cuestión y, en particular, respecto de la aplicación práctica de la futura norma.

849 Véase la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º, letra B), que resume su doctrina jurisprudencial: "a) En un principio, en la década de los setenta y ochenta del siglo pasado, incluso, la omisión de los estudios previos no generaba, por si sola, la invalidez de la norma elaborada, puesto que era necesaria su concurrencia con otros vicios invalidantes. Bastaba con las indicaciones recogidas en la Exposición de Motivos de la propia norma para hacerse cargo de lo que los estudios e informes podrían decir al respecto, por lo que el principio de proporcionalidad -la falta de entidad real del vicio cometido- imponía el mantenimiento de la disposición administrativa. b) Esta doctrina fue corregida posteriormente. En efecto, partiendo de la finalidad atribuible a los estudios previos, esto es, garantizar la legalidad, acierto y oportunidad del reglamento en elaboración mediante una adecuada y bien formada voluntad del órgano administrativo que ha de dictarlo, este Tribunal, rectificando la postura anterior, ha decretado la nulidad de normas por la falta u omisión en el expediente de los estudios e informes previos. c) En cualquier caso, la orientación teleológica y la trascendencia de la omisión siguen siendo parámetros y criterios a utilizar para decidir sobre la nulidad o no de la disposición".

850 Véase STS, Sala 3.ª ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º. En la regulación general del procedimiento de elaboración de normas estatal no se hacía mención al contenido, salvo la escueta referencia a que la memoria económica contendrá "la estimación del coste a que dará lugar" [artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre], como tampoco la regulación anterior (véase artículo 30.3 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, donde establecía que debería ponerse "de manifiesto debidamente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución"). Una regulación más concreta de su contenido se puede encontrar en la regulación autonómica, así en Andalucía véase Decreto 162/2006, de 12 de septiembre, por el que se regulan la memoria económica y el informe en las actuaciones con incidencia económico-financiera (*BOJA* núm. 190, de 29 de septiembre de 2006) y Decreto 22/1985, de 5 de febrero, sobre elaboración de la memoria funcional y justificativa de las normas legales (*BOJA* núm. 16, de 19 de febrero de 1985).

851 La sentencia afirma que "en cuanto a la memoria económica, es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse (…) (la) Memoria Económica no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esa naturaleza. No contiene estimación alguna del coste a que dará lugar el reglamento, como impone el artículo 24.1.a) LGO, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento en que se redacta y que se trata de un coste que se cuantificará cuando se lleve a cabo el efectivo traslado de la CMT. La memoria reconoce que existirá un incremento del gasto público e incluso conoce los elementos que lo determinarán pero desprecia su cuantificación pese a que habría resultado relativamente sencillo hacerlo dentro de determinados márgenes. El Gobierno aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado le impone considerar, por lo que solo por esta razón procedería la estimación del recurso".

852 Afirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 2697/1998, apartado V, que: "la memoria justificativa no cumple de forma satisfactoria la función que le es propia", que es determinar "las razones que han llevado a adoptar el proyecto y,

No obstante, aun siendo necesarios estos documentos en el procedimiento de elaboración de normas, la jurisprudencia, oscilante, se ha pronunciado de forma distinta, dependiendo si nos encontramos ante un supuesto de ausencia o de deficiente realización, teniendo en cuenta que, en este último caso, se suele utilizar "automatismos inmotivados"[853] para justificar su falta de profundización en el análisis de la memoria, hasta el punto de que era necesario que el interesado en vía contenciosa demostrase lo contrario. En ambos casos, especialmente en el último de los reseñados, el vicio podría ser convalidado en una serie de supuestos movidos por el principio antiformalista y atendiendo a su finalidad (aportando los datos necesarios para adoptar dicha decisión)[854].

Por otro lado, en relación con los distintos informes que se emiten a lo largo del procedimiento de elaboración de normas*,* es posible establecer varias clasificaciones, de forma que aquí abordaremos la relacionada con su exigibilidad. Así, atendiendo a esta, los informes deben clasificarse en preceptivos y facultativos, existiendo una "abundante jurisprudencia que viene declarando la inexcusabilidad de los primeros y la discrecionalidad de los segundos, así como la imposibilidad de subsanar la omisión de informes preceptivos" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1357/2009, FD 3.ºB).

En consecuencia, los informes que serán valorados por la jurisprudencia a los efectos de su

sobre todo, a acoger las decisiones normativas incorporadas al texto". Pero, además, establece el Consejo de Estado (1988), *Memoria del Consejo de Estado 1987*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 45 y 46), que esta previsión exigida desde el artículo 129.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha sido constantemente incumplida al afirmar que "en algunos expedientes (…), ni tales estudios aparecen ni es fácil deducir de la Memoria -que en ocasiones falta- si han sido efectivamente realizados y cuál es su eventual contenido", considerándose, por el contrario, la "base inexcusable de todo proyecto normativo", suponiendo una "garantía primaria de que la iniciativa a adoptar es legal, acertada y oportuna". La cual se satisface mediante "la equilibrada ponderación de los problemas advertidos, de los objetivos pretendidos y del contenido material del proyecto, con examen analítico, si ha lugar, de las fórmulas técnicas posibles"; junto *"*con el estudio de los términos de su inserción en el ordenamiento jurídico y de sus efectos previsibles queridos o que, por no serlo, requieren adoptar prevenciones cautelares u obstativas", siendo la base para el primer borrador del proyecto de reglamento y de la memoria justificativa. Esta documentación es especialmente importante en las regulaciones *ex novo*, según el Consejo de Estado, por ejemplo, en su dictamen n.º 2828/1995. Junto a esto, se puede establecer los distintos trámites, por ejemplo, como el de participación ciudadana y los distintos informes que conforman el expediente.

853 Véase Consejo de Estado (2012: 231).

854 La STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7505/2006, FD 7.º establece la nulidad de la norma, ya que en la decisión adoptada existían argumentos no recogidos en la memoria justificativa, entendiendo tal circunstancia como una ausencia de la verdadera justificación: "Es evidente que en la decisión adoptada existen razones que no se han plasmado en la Memoria Justificativa y que deberían haberse exteriorizado en ellas, a fin de que sirvieran como verdadera motivación de aquella y parámetro para el enjuiciamiento por el Tribunal de las potestades ejercitadas. La ausencia de una verdadera justificación de la disposición impugnada determina que también por esta causa hayamos de declarar su nulidad". No obstante esta consideración, el Tribunal Supremo termina afirmando, en la misma sentencia, que se podía haber subsanado este defecto si se hubiesen proporcionado otros elementos que aportasen los datos necesarios para adoptar dicha decisión, en clara aplicación del principio antiformalista (FD 8.º). En este último sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar irrelevante, incluso, que las memorias no estén firmadas ni fechadas, por ejemplo en su STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4888/2008, FD 3.º .

consideración de vicios son aquellos que son preceptivos, de conformidad con lo que establezca la normativa de aplicación del procedimiento de elaboración de normas correspondiente, ya que entiende la jurisprudencia que esta cuestión no está determinada, ni complementariamente ni supletoriamente, por el artículo 80.1 de la LPAC [STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1357/2009, FD 3.º.4.A)][855]. Dentro de dicha preceptividad, se debe distinguir entre los informes que son aplicables, con carácter general, a los proyectos normativos y aquellos que lo sean por la especialidad de la materia. En todo caso, los informes y dictámenes preceptivos se inscriben en una "garantía interna, encaminada a asegurar tanto la legalidad como el acierto de la regulación reglamentaria" (SAN, Sala C-A, ROJ n.º 5112/2013, FD 3.º).

En relación con los primeros, destaca el informe de la Secretaría General Técnica o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónoma, ya que su emisión tiene un carácter esencial, aunque no sea vinculante[856]. Así lo pone de manifiesto la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 11517/1987, FD 4.º[857] (que resume, a estos efectos, la jurisprudencia anterior), en la idea de que se trata de un informe que permite el control interno sobre el proyecto en un momento procesal clave, cual es el previo a la aprobación de la norma[858]. Para Sebastián Lorente[859] el interés del

855 En el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, se afirma que: "Salvo que normativamente se establezca otra cosa, los informes preceptivos se emitirán en un plazo de diez días, o de un mes cuando el informe se solicite a otra Administración o a un órgano u Organismo dotado de espacial independencia o autonomía. El centro directivo competente podrá solicitar motivadamente la emisión urgente de los informes, estudios y consultas solicitados, debiendo éstos ser emitidos en un plazo no superior a la mitad de la duración de los indicados" anteriormente. En todo caso: a) Tendrán que "ser informados por la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes". b) Obtener la "aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas" en el supuesto de que "la propuesta normativa afectara a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal, a los procedimientos y a la inspección de los servicios", en todo caso "antes de ser sometidas al órgano competente para promulgarlos". En el supuesto de que "transcurridos 15 días desde la recepción de la solicitud de aprobación por parte del citado Ministerio no se hubiera formulado ninguna objeción, se entenderá concedida la aprobación". c) Recabar "informe previo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando la norma pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

856 También, es considerado por el Consejo de Estado como trámite esencial [al respecto, por ejemplo, véase Consejo de Estado (2007 a), *Doctrina legal 2004*, Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 154)]. Un supuesto en el que se establece que el informe de la Secretaría General Técnica es preceptivo y vinculante se encuentra en la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, concretamente, se prevé en el apartado séptimo.6 de la Orden Ministerial número 105/2002, de 22 de mayo, por la que se regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, *BOD* 104/2002, de 22 de mayo de 2002.

857 A estos efectos, la Sentencia afirma que "se trata de un dictamen preceptivo, pero no vinculante (art. 85), cuya inexistencia en la fase de elaboración resulta insubsanable después. Ha sido calificado jurisprudencialmente como «esencial» en numerosas ocasiones por las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo, y su omisión ha dado lugar siempre a la nulidad de pleno Derecho de la disposición/afectada".

858 El Consejo Consultivo de Andalucía, en su dictamen n.º 133/1999, establece que el momento para su emisión sería al final del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria. En términos parecidos, véase dictamen del Consejo de Estado n.º 602/1996. No obstante, en mi opinión, debe tenerse en cuenta la existencia de otros informes posteriores como son, en Andalucía, el emitido por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y, en su caso, el propio Consejo que será el último.

859 J. J. Sebastián Lorente (1998), «La información intraministerial de los proyectos normativos. El informe de la Secretaría General Técnica», *Actualidad Administrativa*, 16, págs. 20-26. Véase la crítica sobre el informe de la Secretaría General Técnica que no compartimos, sobre la base de la separación entre Gobierno y Administración, en L. Parejo Alfonso (2002), «Gobierno y Administración Pública en la Constitución Española», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y M. Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 89-160), Madrid: Instituto Nacional de

informe estriba en que proporciona a los órganos competentes para la aprobación de la norma "los juicios, valoraciones y criterios necesarios para la formación de la voluntad y la adopción de la correspondiente decisión", configurándose como un trámite que garantiza la legalidad de la norma reglamentaria[860].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha sido vacilante respecto a los efectos de la no evacuación de este informe, considerando en los primeros años, pero, también, en la actualidad, la nulidad de la disposición ante la falta del informe, por su carácter esencial, en contraposición con el período en el que se ha considerado que la falta de informe no es motivo suficiente para generar la nulidad radical y absoluta (SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1382/1999, 6704/1999 y 59/2014), en virtud de una "interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales" (STS Sala 3.ª, ROJ n.º 263/2013, FD 7.º con remisión a la "STS de 13 de septiembre de 1.996")[861], entendiéndose "convalidado" este requisito cuando el fin del mismo "se estima satisfecho por otros mecanismos informativos y de control" (SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 6112/1997 y 6704/1999), siendo necesario examinar caso por caso y determinar la trascendencia de dicha omisión desde este punto de vista teleológico, tal y como lo señala la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 6112/1997, FD 4.º. En mi opinión, este enfoque desvirtúa la importancia del mencionado informe y puede ser contraproducente para la calidad normativa y el buen gobierno, teniendo en cuenta el objeto de control de este informe, al margen de significar un incumplimiento claro de lo dispuesto por el legislador.

En todo caso, al tener un carácter preceptivo es clara su importancia. Además, al igual que en relación con la documentación preparatoria, debe distinguirse entre los supuestos de omisión del informe y el de su deficiente realización. A estos efectos, jurisprudencialmente se ha establecido una serie de casos de convalidación, especialmente en el segundo supuesto

Administración Pública (pág. 127).

860 Véase los artículos 65.1 y 68.1, párrafo 2.º de la LRJSP. Según el Consejo de Estado, por ejemplo, en su Memoria del año 1997, se trata de un "*staff*" de carácter interno que puede llevar a cabo "un apoyo técnico-jurídico suficiente en el proceso de preparación legislativa" (págs. 189 y 190), con cita C. Sagastume Asensio y M. J. García Viña (1991), «Órganos interministeriales e intraministeriales con funciones consultivas», *Documentación Administrativa*, 226, págs. 245-266 y L. Ortega (1991), «El Gabinete del Presidente del Gobierno», *Documentación Administrativa*, 226, págs. 199-243. En contraposición, parte de la doctrina ha afirmado que la jurisprudencia no es tan clara en cuanto a la relevancia del trámite: véase García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 224), quienes señalan que: "El informe de la Secretaría General, al ser este órgano subordinado del Ministro, tiene escaso valor y el Tribunal Supremo lo da por cumplido con cualquier fórmula general y hasta lo excusa cuando se trata de variaciones no sustanciales de normas que ya había informado dicha Secretaría, o incluso de Reglamentos que desarrollan otros anteriores ya informados por la misma (Sentencias 16 de mayo de 1983, 14 de febrero de 1984, 20 de septiembre de 1988, 25 de febrero y 2 de mayo de 1994, 2 de mayo de 1994, etc.)".

861 En este sentido, véase F. Santaolalla López (2002 b), «Comentario al artículo 24», en C. J. Fernández Carnicero (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno* (págs. 321-348), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 347).

reseñado[862] fundamentados en razones de economía procedimental y en una mal entendida eficacia para evacuar el trámite. Así, en relación a la ausencia del informe, cabe la convalidación cuando se traten de disposiciones interpretativas o que reproduzcan normas anteriores como simples variaciones no sustanciales (STS Sala 3.ª ROJ n.º 6112/1997, FD 4.º). El concepto "variación no sustancial" es, claramente, un concepto jurídico indeterminado, de forma que habrá que interpretarlo como una modificación que no altera profundamente el sentido real, atendiendo a su contenido, por lo que, desde un punto de vista sustantivo, no podría desvirtuarse el propio trámite[863]. Otro caso es el de la sustitución del informe de la Secretaría General Técnica del Departamento correspondiente (SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 11517/1987, FD 4.º), cuando el fin del requisito se estima satisfecho por otros mecanismos informativos y de control, como es la suplencia por informes de los organismos técnicos cualificados (SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 14516/1991, FD 2.º y 7700 y 7712/2003, FD 4.º[864]) o en el caso de que el proyecto normativo haya sido elaborado por la propia Secretaría General Técnica, como señalan las SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 8007/1993 y 16973/1993 (FD 4.º)[865].

En relación con la deficiencia del informe, los aspectos más comunes vienen referidos a un defecto temporal, por su evacuación fuera de plazo, que no ha tenido consecuencias anulatorias[866], así como respecto del contenido, en el sentido de que el mismo no está

862 J. J. Sebastián Lorente (1992), «La información y documentación administrativas de los proyectos normativos», *Actualidad Administrativa*, 24, págs. 255-266.

863 Ejemplo de nulidad por ausencia de informe de la Secretaría General Técnica en virtud de modificación sustancial, véase la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 6451/2011, FD 7.º. Ejemplo de no modificación sustancial, véase la STS, Sala 3ª, ROJ n.º 913/2002, FD 5.º que establece que: "Tanto el hecho de que el informe de la Secretaria General Técnica recayese antes de elaborarse el definitivo texto del Proyecto de Reglamento como la circunstancia de haberse introducido alteraciones después del dictamen del Consejo de Estado, no sugeridas por éste, tampoco invalidan el procedimiento de elaboración de aquél. Es cierto que la redacción definitiva del texto aprobado difiere del Proyecto remitido para informe a ambos organismos consultados, pero tales innovaciones no son sustanciales ni ajenas a los términos de las respectivas consultas, por lo que no era preciso nuevo informe".

864 Esta última señala que "en cuanto al defecto de informe de la Secretaria General Técnica (...) hemos de reiterar la doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 1988, 14 de mayo de 1991 y 3 de marzo de 1995, citadas en la recurrida, según la cual, cuando el órgano informante está subordinado al que decide, su finalidad es la de ilustrar y no la de controlar, por lo que su falta puede considerarse subsanada por otros informes, que en este caso aparecen emitidos por diferentes organismos y entidades, de manera que el denunciado defecto no tiene otro alcance que el formal, que sólo acarrea la anulabilidad del acto cuando éste no puede alcanzar su fin o se ha producido indefensión (artículos 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (sic) y 63.2 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), consecuencias que no se dan en este caso, por lo que no procede anular el Decreto aprobatorio del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales impugnado (...)".

865 La Sentencia afirma, así, que "resulta innecesario en casos como el presente, en el que la norma reglamentaria fue elaborada por obra de las propias Secretarías Generales interesadas y en el que, además, se ha seguido un procedimiento participativo y plural con estudio en varias sesiones sucesivas de mesas sectoriales en las que se integran los diversos órganos administrativos afectados (cuyas actas han sido aportadas al ramo de prueba de la demandante), con un resultado en el que estimamos suficientemente atendidas las finalidades a que sirve la exigencia de los informes cuya omisión se denuncia". Con todo, el Consejo de Estado (1998: 168), con remisión a su dictamen n.º 4818/1997, viene recomendando la realización del trámite.

866 El plazo de emisión del informe no se establecía en la normativa por razón de la materia de forma expresa, por lo que parte de la doctrina ha acudido a lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo común (actualmente de

predeterminado normativamente, debiendo atender a su finalidad, aunque sea un informe sucinto, como se ha reconocido por la jurisprudencia, estableciendo que su falta no puede ser apreciada en función de la mayor o menor extensión del mismo. Abundando más en esta jurisprudencia, las SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 700/1999[867] y 806/1999, FD 4.º no exigen que se realice una exposición exhaustiva de las razones que determinan la legalidad, acierto y oportunidad del texto del proyecto normativo, sino que se entenderá cumplido con la declaración de su validez y acierto. No obstante, existe una jurisprudencia vacilante, en la cual hay una intención de colmar las lagunas normativas respecto del contenido del informe. Así, en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5631/1998, FD 3.º, se afirma que del contenido del informe se debe deducir que se ha analizado en profundidad el borrador del proyecto dispositivo o debe ser un "informe suficiente sobre las características del nuevo texto normativo a fin de asegurar, cuando menos, su conformidad a derecho", y que debe ofrecerse al órgano competente para aprobar el proyecto normativo de un modo "razonado y documentado" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2370/1999, FD 6.º). La STS de esta Sala, ROJ n.º 5897/2009, FD 5.º establece de forma indubitada el fin del informe, señalando que: "(…) en él se razonan los aspectos competenciales en el procedimiento de elaboración", así como "el rango normativo de la disposición, y el cumplimiento de los trámites inherentes a ese procedimiento, con expresa mención de los informes requeridos y alusión a las observaciones presentadas".

Finalmente, debemos hacer referencia al dictamen del Consejo de Estado[868] u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas, que el Tribunal Constitucional ha identificado como básico dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como anteriormente se ha comentado[869], y en el marco del artículo 107 CE o los respectivos Estatutos

diez días por aplicación del artículo 80.2 de la LRJSP): véase M. C. Núñez Lozano (2003), «El Decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 62, págs. 337-358 (pág. 344). No obstante, la jurisprudencia (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1357/2009, FD 3.º.4.A) señala que la regulación de los distintos informes no viene determinado, ni supletoria ni complementariamente, por el artículo 83.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, sino que resulta directamente aplicable la normativa específica por razón de la materia, puesto que "cuando se regula el procedimiento de elaboración de normas específicamente por una ley autonómica con la amplitud suficiente para hacer innecesario acudir a otras normas, no procede la aplicación supletoria de la estatal". Tras la reforma de la LRJSP, el artículo 26.5, párrafos 2.º y 3.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, establece los plazos para la emisión de los informes preceptivos como ya hemos mencionado.

867 En relación con esta sentencia, FD 4.º, se afirma que "ha de entenderse que el informe existe, aunque no se encuentre suficientemente fundado, por lo que los reproches que se puedan formular al mismo no han de llevarnos tampoco a declarar la disconformidad a derecho del Real Decreto que se impugna".

868 El Consejo de Estado (1998), *Memoria del año 1997*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 97 a 195), dedica un monográfico a la elaboración de las leyes y el papel del Consejo.

869 La constitucionalidad de la creación de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas se produce en virtud de la STC n.º 204/1992, de 26 de noviembre, cuando se cuestionó el artículo 23.2 de la Ley Orgánica que regula el Consejo de Estado. A partir de esta sentencia se declaró constitucional la creación de órganos consultivos propios de las Comunidades Autónomas sentando la idea de que las mismas pueden perfectamente crear un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, en cuyo caso el dictamen preceptivo de este órgano se verá sustituido por el del autonómico correspondiente, criterio que ya había recogido el legislador estatal en el artículo 13.1 de la Ley de Bases del

de Autonomía[870]. A ello se suma el contenido jurídico de relevancia de sus dictámenes, debido al carácter esencial que institucionalmente tiene el Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de normas, como establece la jurisprudencia[871] y que se extendería a los supuestos no preceptivos (en virtud de la *auctoritas* que de ellos suele predicarse[872]):

Según el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, para el Consejo de Estado, el fin del informe es realizar un control de legalidad[873] (al velar "por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico")[874] y de oportunidad y conveniencia "cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante[875], así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines" (aunque se le otorga una mayor prioridad al control de legalidad, como afirma la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[876]).

Régimen Local y en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y que había adquirido carta de naturaleza en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Al respecto, téngase en cuenta la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 19752/1994, FD 2.º, sobre su evolución jurisprudencial.

870 M. J. Montoro Chiner (2004), «Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 43-73 (pág. 56), establece que "la intervención de los órganos consultivos en el procedimiento de elaboración y de creación del Derecho posee una vocación *cuasi* constitucional", debido "no sólo por el anclaje constitucional del Consejo de Estado en el artículo 107 de la alta Norma y la interpretación extensiva que de ello ha realizado el Tribunal Constitucional, sino también por el anclaje constitucional que el artículo 105 de la Constitución representa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones, o por la exigencia del artículo 88, también de la Constitución, respecto del principio de especialidad, en el caso de los proyectos de Ley y, por supuesto, por la mención y exigencias de los principios de objetividad y eficacia que el artículo 103 dedica a la actuación de las Administraciones públicas". La autora configura la intervención de los órganos consultivos en el procedimiento de elaboración de normas como una "garantía, en el ámbito del Derecho interno (...) como una forma de la autonomía institucional, principio que frente al Derecho comunitario ha sido desarrollado y completado por el Tribunal Europeo de Justicia para la ejecución del Derecho comunitario" (*Ibíd*., pág. 57), reconociendo como "garantía institucional inversa" o *ad intra* en conexión con la aplicación extensiva del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

871 También, parte de la doctrina, como es el caso de García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 224) han considerado este trámite como "sin duda, el más relevante" debido a "su independencia respecto de las Administraciones proponentes" y "su cualificación técnica reconocida". Sobre el control normativo que realiza el Consejo de Estado, véase OCDE (2011 b: 90), que señala que son los siguientes: "control de legalidad", "control de las competencias", "control de la conveniencia", "control del proceso para producir leyes y reglamentos", "control de calidad de la redacción jurídica" y "asesoría general sobre asuntos administrativos".

872 Véase Garrido Mayol (2006), «Técnica normativa en la elaboración de los proyectos de ley», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 131-152 (pág. 150).

873 Utilizando la palabra "control" en un sentido figurado como bien establece el Consejo de Estado (1993), *Memoria del Consejo de Estado 1992*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 89).

874 Desarrollando una labor de colaboración con el Gobierno en la conformación a derecho de sus decisiones [V. Garrido Mayol (2006: 148). Según el Consejo de Estado (1993: 96) "pone de manifiesto el carácter jurídico del dictamen, en la inteligencia de que no se limita sólo a apreciar la legalidad de la actuación administrativa singular, o la observancia de las reglas de procedimiento y la existencia de lo que algunos llaman la cobertura legal, si se trata de proyectos de disposiciones reglamentarias, sino que tiende a buscar la armonía del ordenamiento jurídico en su totalidad -normas, principios, conceptos, terminología y técnica legislativa-, sin perjuicio de que además se valoren, en su caso, los aspectos de oportunidad y conveniencia así como la eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines".

875 En relación con el examen de oportunidad, el Consejo de Estado (1998: 181-189) ha desarrollado esta cuestión profusamente. En contraposición, la valoración de la oportunidad y conveniencia se encuentra más limitada para algunos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, como es el caso del Consejo Consultivo de Andalucía, al que el artículo 3, párrafo 2.º de la Ley 4/2005, de 8 de abril, que lo regula (*BOJA* núm. 74, de 18 de abril de 2005), solo le permite entrar a conocer de dichos asuntos cuando "le sea solicitado expresamente".

876 Concretamente la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º, al referirse a "la función consultiva que ejerce el Consejo de Estado en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico". También, la STS, Sala

En relación con el carácter preceptivo (pero no vinculante[877]) de este dictamen, se trata de un aspecto condicionado por el objeto normativo respecto del cual se emite, de forma que la regla general es la obligatoriedad del mismo en relación con los supuestos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes (o como la doctrina tradicional denomina "Reglamentos de ley", según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º[878] con cita de la sentencia de 15 de julio de 1996), así como sus modificaciones[879]; pero no

3.ª, ROJ n.º 102/2000, FD 4, afirma que "la elaboración de disposiciones reglamentarias, sin desconocer la importancia de la función de valoración de la oportunidad y conveniencia, resulta de la mayor trascendencia la relativa a la garantía de la legalidad de la norma que se está elaborando (el control jurídico ex ante de la legalidad de la norma reglamentaria, en términos de STS de 14 de octubre de 1996, y sin perjuicio, claro está, del control de esta Jurisdicción)".

877 Como señala la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8373/1999, FD 3.º, con cita en la STS de dicha Sala, ROJ n.º 7565/1999 "el Gobierno (…) pudo proseguir las actuaciones - artículo 86.3 de la Ley de 17 de julio de 1958, y 83.3 de la Ley 30/1992-, ya que no estaba obligado a aceptarlo, sin perjuicio del ulterior control del Poder Judicial del posible ultra vires -lo que significa que la Generalidad podía separarse de él (...)". Así, afirma J. J. Lavilla Rubira (2009), «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 17-29 (págs. 25 y 26) que la "Administración General del Estado rara vez se arriesga a aprobar un texto reglamentario contra el parecer, formalizado en una observación esencial, del supremo órgano consultivo del Gobierno, y el Tribunal Supremo, por su parte, continúa dotando de forma sistemática de trascendencia invalidante a la omisión del dictamen de aquél". Pero, esto no solo es predicable en el Estado, sino en las Comunidades Autónomas, como es el caso, por ejemplo, de Andalucía, donde en el artículo 10 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía, aprobado por el Decreto 273/2005, de 13 de diciembre (*BOJA* núm. 250, de 27 de diciembre de 2005), señala que las disposiciones y resoluciones informadas por el Consejo incorporarán una de las siguientes fórmulas: "De acuerdo con el Consejo Consultivo», si se adoptan de conformidad con el dictamen; «oído el Consejo Consultivo", si se apartan de él. En este último caso, dicho precepto establece, además, que las resoluciones que se aparten de los dictámenes deberán ser motivadas, pero no lo menciona expresamente en relación con las disposiciones de carácter general, aunque, en mi opinión, debería hacerse.

878 Para la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8926/1991, FD 4.º, estamos ante este tipo de Reglamento siempre que desarrolle total o parcialmente una norma con rango de ley. Sobre las divergencias jurisprudenciales sobre la condición de reglamento ejecutivo, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3708/2006, FD 3.º.

879 En relación con el carácter preceptivo de la consulta, ya en la Ley de 17 de agosto de 1860, artículo 45, párrafo 1.º se exigía que necesariamente hubiera de ser oído y en pleno el Consejo de Estado, "sobre los reglamentos é instrucciones generales para la aplicación de las leyes y cualquiera alteración que en ellos haya de hacerse". Según M. V. Dios Viéitez (1988), «El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos ¿control o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 60, págs. 631-643, el carácter preceptivo de los dictámenes se funda en una interpretación literal del artículo 17.6.º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, por lo cual resultaba que la Administración podía no cumplir el trámite de informe del Consejo de Estado en los siguientes supuestos: a) En los proyectos de reglamentos de ejecución parcial de las leyes (no en los de carácter general, que son los que ejecutan toda la ley). b) Cuando en proyecto reglamentario modifique otro de carácter ejecutivo. c) Puesta en vigor de reglamentos provisionales, que son dictados de urgencia, sin la emisión, con carácter previo, del informe del Consejo de Estado. Dicha discusión siguió alimentándose con la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que esta adolece de cierta ambigüedad, al dejar a dichas normas su concreción. Al respecto, su artículo 130.3 establecía que: "Cuando alguna disposición así lo establezca o el Ministro lo estimen pertinente el proyecto se someterá a dictamen del órgano consultivo que proceda". En contraposición, téngase en cuenta la STS de 7 de mayo de 1971, que señalaba que "planteándose por consiguiente el problema de si tratándose de una modificación del reglamento y no de la elaboración de uno nuevo debe estimarse preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, entrando en juego según dice la diferencia entre los textos legales, contenidos en la Ley Orgánica del Consejo que enfoca los reglamentos generales que hayan de dictarse para la ejecución de las leyes y la Ley de Régimen Jurídico que contempla los reglamentos para la ejecución de las leyes, que aunque desconocer en la práctica la administración activa suelen aclarar la cuestión en un sentido restrictivo y reserva a la consideración de reglamento general al que desarrolle íntegramente una ley, no es menos cierto que una interpretación lógica de los términos en que plantea la cuestión el preámbulo de la Ley de Procedimiento Administrativo al referirse al procedimiento obligatorio de observancia para la elaboración de las disposiciones generales, al disponer que dicho procedimiento trata de asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, mediante los correspondientes estudios e informes previos, obliga a considerar que esa modificación parcial pero sustancial de un reglamento general a que se ha sometido al mismo preceptivo informe previo, si se quiere cerrar el paso al posible fraude que representaría la sustitución de un reglamento por otro, con el simple arbitrio de no efectuarlo en una sola disposición

para los reglamentos independientes[880], todo ello en virtud de los artículos veintiuno y veintidós de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril[881] (ya que la normativa general del procedimiento de elaboración de normas en el ámbito de la Administración General del Estado contenida en el artículo 26.7 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, no determina los supuestos para su emisión, haciendo mención, de forma lacónica, a que se recabará cuando fuera preceptivo o conveniente[882]). El dictamen contribuye a lograr la legalidad formal y material de la norma reglamentaria, así como a canalizar "la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de los fines" [STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4425/1996, FD 5.º a)], de lo cual se derivan, siguiendo la letra b) del FD, los siguientes aspectos: "auxiliar a la Autoridad" que eleva la consulta en el ejercicio de sus competencias, garantizar que el órgano consultante actúe dentro de los términos del artículo 103 CE[883] (y del mandato equivalente del Estatuto de Autonomía respectivo, que en el caso de Andalucía se encuentra recogido en el artículo 133) y constituir un "control" previo de la disposición reglamentaria en elaboración[884].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha identificado algunas excepciones al carácter preceptivo del dictamen que nos ocupa, a saber: a) La no realización de un nuevo dictamen ya emitido en un proyecto normativo en el cual se hace un "mero traslado y concreción" a título singular, en virtud de la "eficacia y el antiformalismo que

general sino en varias que lo modificarán parcialmente (…), por lo que alcanzada esta conclusión y apareciendo inobservando el procedimiento que para la elaboración del Decreto debió seguirse, al no haber sido sometido al informe del Consejo de Estado tal infracción produce la nulidad de dicho decreto".

880 Según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5322/2003, FD 3.º son reglamentos independientes (autónomos o *praeter legem*) aquellos que se mueven "en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad (Cfr. SSTS de 27 de noviembre de 1995 y 3 de julio de 1996)".

881 El artículo 21 establece la competencia del Pleno sobre: "Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo (apartado 2)"; "Proyectos de Decretos legislativos (apartado 3)"; "Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (apartado 7)"; "Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión (apartado 11)". El artículo 22 establece la competencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado para ser consultada preceptivamente sobre: "Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo (apartado 2)"; "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones (apartado 3)"; "Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas (apartado 4)". Además, téngase en cuenta la Resolución de 21 de junio de 2005, de la Presidencia del Consejo de Estado, por la que se dispone la publicación de la relación actualizada de disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo de Estado.

882 En términos parecidos la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, antes de su modificación operada por la LRJSP, se hacía mención expresa a este dictamen para el procedimiento de elaboración de reglamentos en el artículo 24.2, cuando indicaba "sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos."

883 Como lo determina la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º, ya que "con la intervención de dicho órgano consultivo se pretende hacer efectivo el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho que proclama el art. 103.1 de la Constitución (SSTS de 10 de mayo y 16 de junio de 1989), actuando como una garantía preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración (STS 23-12-2001)".

884 "Control preventivo de legalidad" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1499/2014, FD 1.º).

preside la actuación administrativa" y al no afectar a la "finalidad de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad" de las normas (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º); b) Disposiciones reglamentarias no ejecutivas y no innoven el ordenamiento jurídico (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º con cita en la sentencia ROJ n.º 1991/2004); c) "Modificaciones no sustanciales"[885] o cuando lo sean "consecuencia lógica del procedimiento" en virtud de los informes u observaciones emitidos en el procedimiento (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 8303/2006, FD 2.º en virtud de reiterada doctrina, "a la que se refiere la sentencia de 15 de diciembre de 1997", con cita en las "sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1.993, de la Sala Especial de Revisión de 6 de Octubre de 1.989, de 17 de Enero y 14 de Octubre de 1.996 y 28 de Abril de 1.997").

En todo caso, la consecuencia de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma es la nulidad de la norma, habida cuenta la finalidad de este dictamen[886].

Otro supuesto diferenciado es el de su deficiencia. Así, en cuanto al plazo para la emisión del dictamen, este se encuentra predeterminado normativamente, siendo el que prevenga la audiencia, y si no dos meses (artículo 128 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado[887]). No obstante, la doctrina ha señalado el constante requerimiento para que se emita con carácter urgente, produciendo un perjuicio en el adecuado ejercicio de la función consultiva[888]. Por otro lado, su contenido no viene concretado normativamente, no obstante, a diferencia, del resto, sus dictámenes suelen ser muy completos debido a su relevancia.

Por último, en mi opinión, aunque sólo se ha hecho referencia al informe de la Secretaría

885 Véase la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 853/2011, FD 5.º. Se declara la nulidad cuando suponga una modificación sustancial y no se haya emitido de nuevo dicho dictamen: STS, de dicha Sala, ROJ n.º 5532/1996, FD 4.º.

886 Esta es la posición de las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 10174/1991, FD 6.º y n.º 1991/2004, FD 1.º. Para conocer la evolución de la jurisprudencia al respecto, véase J. J. Abajo Quintana (1995), «La implementación de las normas. Las secuencias del proceso decisional», en A. Figueroa Laraudogoitia (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 29-92), Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública (págs. 61-65).

887 Este precepto dispone: "1. El plazo en que el Consejo debe emitir su dictamen cuando se trate de una consulta ordinaria será el que señale la disposición legal que prevenga su audiencia y, en su defecto, el de dos meses. 2. Cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior. 3. Si el plazo fijado fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno. 4. Los plazos señalados en los párrafos anteriores empezarán a contar desde el día siguiente a la entrada del expediente completo en el Registro del Consejo de Estado". Este precepto no se ve influido por la aplicación del artículo 26.5, párrafo 3.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que establece la emisión de urgencia de los informes en un plazo máximo de la mitad del establecido en este caso en su normativa específica.

888 Véase Lavilla Rubira (2009: 26).

General Técnica y el del Consejo de Estado, lo cierto es que debe insistirse en la relevancia de todos aquellos informes que sean exigibles por razón de la materia, atendiendo no sólo a su carácter transversal, sino, también, a la finalidad que cumplen, esto es, facilitar información adecuada en relación con las cuestiones específicas referidas a la materia de la que se trate en cada caso. Así, se ha pronunciado, recientemente, la Sala 3.ª del TS, ROJ n.º 1714/2016, FD 7.º, que anula el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética, al faltar el informe preceptivo específico por razón de la materia, en este caso de régimen jurídico local, del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, trámite exigido en el artículo 57 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía[889] (no pudiendo ser sustituido por el informe del Consejo Andaluz de Concertación Local, al ser dos órganos distintos).

Finalmente, el carácter *ad solemnitatem* del procedimiento de elaboración de normas se proyecta sobre los llamados instrumentos de participación ciudadana, centrándonos, en la audiencia e información públicas:

La audiencia pública tiene un papel esencial dentro del procedimiento administrativo de elaboración de normas, no solo por su carácter preceptivo, sino por la finalidad que tiene, al ser un instrumento de defensa de la ciudadanía afectada y de acercamiento de esta al poder público para que se tenga en cuenta su punto de vista en decisiones de carácter normativo que les puede afectar, como se verá en el Capítulo siguiente de este Trabajo. Se trata de una garantía *ad extra* del procedimiento y su carácter imperativo se encuentra amparado por los artículos 9.2 y 105.a) de la CE (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2425/2017, FD 5.º). En este sentido, el trámite puede considerarse una carga para la Administración, teniendo como destinatarios a los "ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la norma de que se trate" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 928/2002, FD 1.º) y a las organizaciones o asociaciones reconocidas legalmente que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se pudiesen ver afectados por el proyecto normativo y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

El incumplimiento del trámite de audiencia supone, con carácter general, la nulidad de la disposición (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7371/2009, FD 3.º). No obstante, esta no ha sido una cuestión pacífica, aunque es la solución que viene imponiéndose más recientemente[890]. Junto a

889 *BOJA* núm. 122, de 23 de junio de 2010.
890 La STS Sala 3.ª, ROJ n.º 5834/2008, FD 3.º determina que: "Sobre esta materia ha habido abundante discusión

ello, pese al carácter necesario de la audiencia, no puede desconocerse la aplicación de excepciones basadas en el principio de economía procedimental (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 928/2002, FD 1.º), sin perjuicio de las establecidas, actualmente, en el artículo 133.4, párrafos 1.º y 2º de la LPAC).

En segundo lugar, se encuentra la información pública, que, tradicionalmente, ha tenido un carácter facultativo como trámite del procedimiento general de elaboración de normas de la Administración General del Estado y de la mayoría de las Comunidades Autónomas, de forma que su incumplimiento no conllevaba la nulidad de la disposición (salvo en algunos supuestos, en los que sí tiene carácter preceptivo como se expondrá en el Capítulo IV).

La constante implantación de la calidad normativa se vincula directamente con el carácter *ad solemnitatem* del procedimiento que acaba de describirse y se encuentra en fase de transformación y consolidación en nuestro ordenamiento, especialmente tras la aprobación de la LPAC y la LRJSP. La razón de esta evolución es consecuencia de la relación del procedimiento con las exigencias de calidad normativa y, en consecuencia, con un cambio de paradigma en el tratamiento de los vicios del procedimiento de elaboración de normas, que se justifican en distintos aspectos y razones, a saber:

En primer lugar, se produce un cambio del objeto susceptible de vicio, en el sentido de que, se supera el plano de los trámites y documentos, para pasar en la actualidad a la consideración de los impactos y otros trámites, en una adecuada consideración del proceso de evaluación de impacto normativo[891]. De este modo, como se mencionará en el Capítulo IV, debemos fijarnos, como novedad, en el impacto, el cual puede estar incluido en el documento en el que se plasma y debe tenerse en cuenta el informe en el que se materialice, pudiendo modificarse a lo largo del procedimiento, lo que evidencia, así, su carácter dinámico. Estos impactos pueden estar compuestos de otros subimpactos, a los cuales la normativa otorga una especial relevancia, de

doctrinal y la jurisprudencia no ha sido uniforme, habiéndose apreciado cambios de orientación significativos. Sin embargo, en la actualidad puede considerarse como doctrina consolidada, a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1992, que la audiencia ciudadana y corporativa prevista en los arts. 105.a) de la Constitución, 130.4 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo y 24, apartado c), de la Ley 50/1997 del Gobierno, es exigible, so pena de nulidad de la disposición de que se trate, cuando estemos ante Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y que representen intereses de carácter general o corporativo conferidos o atribuidos por Ley". Por último, hay que reseñar que debe invocar la omisión quien la padeció y no un tercero, así lo establece la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (por todas, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 18334/1993) y al incurrir en el vicio invalidante, puede plantearse si afectará solamente a este trámite o a otros relacionados con este, pero con independencia de esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria afirman que supone la "invalidez del resultado final del proceso" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 9287/2000, FD 3.º).

891 Así, por ejemplo, lo establece la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 5451/2016, FD 4.º referido a la exigencia del impacto social.

forma que su ausencia o deficiencia provocan la nulidad, si bien la jurisprudencia es vacilante al respecto[892], como en otras cuestiones ya señaladas. Además, no puede obviarse que la infracción de los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129.1 de la LPAC, teniendo en cuenta su necesaria relación con los trámites del procedimiento[893], también nos sitúa en el plano de la nulidad.

En segundo lugar, debe atenderse a la finalidad del procedimiento, en el cual predomina una idea de mejora de la decisión pública a adoptar, obteniendo la máxima y mejor información al respecto, más allá de un instrumento de control de la decisión. De ahí la centralidad de la evaluación de impacto normativo que proponemos.

En tercer lugar, va imponiéndose un mayor tratamiento de la deficiencia de la realización de la evaluación del impacto o subimpacto y de los distintos trámites[894], puesto que existe una tendencia a predeterminar el contenido necesario de los mismos, constituyendo un elemento comparativo de extraordinario valor[895]. A la vez, esta predeterminación ha conllevado una

892 En la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2120/2020, FF DD 1.º y 3.º en relación a la deficiencia de la finalidad de su cumplimiento referida a la falta de realización del test pyme, el Tribunal lleva a cabo un ejercicio de subsunción de la parte del contenido del impacto, aunque sea deficiente no compromete el impacto económico, además con una justificación inadecuada de la falta de realización, aspecto remarcado por la normativa y fácilmente constatable como se desprenderá del Capítulo IV, otorgando carácter racional y justificativo en lo referente a que "ha de tenerse en cuenta el sector regulado a que se refiere la norma", en este caso la pesquería de atún rojo, debiendo hacerse, en mi opinión, una mayor argumentación en lo atinente a la justificación de dicha exención atendiendo, por ejemplo, al número de pymes afectadas, su consulta específica, los costes, beneficios e impactos generados, y si son o no desproporcionados. En consecuencia, no comparto esta interpretación jurisprudencial, ya que la importancia de los subimpactos se ven relegados a un segundo plano no comprometiendo la del impacto del cual pende, en este caso el económico, sin tener en cuenta que, con independencia de su sistematización, tienen relevancia no solo en la normativa interna, sino en el ámbito internacional, debido a su sustantividad y efectos en la sociedad, como es el caso de las pymes.

893 Ejemplo de nulidad parcial de la norma por vulnerar el artículo 129.3 de la LPAC, lo encontramos en la STSJ BAL, Sala C-A, ROJ n.º 1077/2020, FF DD 5.º y 6.º, en conexión con la infracción del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, referido a la modificación del artículo 34.4 de la Ordenanza reguladora de la publicidad exterior del municipio de Ibiza (*BOIB* núm. 156, de 13 de diciembre de 2018), por dos motivos: que la justificación otorgada por el Ayuntamiento no es tal, sino basada en consideraciones de "asesores municipales", "ausentes de cualquier documento justificativo", y no se ha planteado la posibilidad de establecer limitaciones al empleo de pantallas de publicidad que perjudican, según el Ayuntamiento, las emisiones acústicas y lumínicas, así como el orden urbanístico deseable, más allá de su directa prohibición. También, la nulidad en relación con la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 129.4 de la LPAC, como establece la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1946/2020, FD 3.º donde determina la nulidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (*BOE* núm. 314, de 29 de diciembre de 2018), al infringir el artículo 26.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (*BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 2014).

894 Así, el contenido de la MAIN hay que ponerlo en relación a su función, estableciendo la posibilidad de la nulidad de la norma, no solo en los casos "en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario", por ejemplo, "sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente" y, de este modo, "no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5372/2016 en su FD 7.º, a la cual se remite la STS ROJ n.º 5485/2016, FD 2.º).

895 No solo por lo establecido por la LPAC y la Ley 50/1997, de 27 noviembre, sino por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, y la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aspecto que se expondrán en el Capítulo IV. Sobre el carácter preceptivo de la Guía existe una jurisprudencia vacilante. Así, por un lado, la mencionada STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4762/2016, FD 3.º determina que su vulneración no es susceptible de nulidad, aunque existe una jurisprudencia más reciente que recalca la necesaria completitud de los contenidos normativos

mutación de los distintos documentos preparatorios. Así, la memoria económica se ha extendido más allá de lo presupuestario hasta los efectos económicos que puedan derivar del proyecto, tanto en el ámbito público como para el sector privado[896], como expondremos en el Capítulo IV, lo que en no pocos casos puede tener una importancia relevante para adoptar una u otra decisión (dictamen del Consejo de Estado n.º 2152/2008 y la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 129/2015, FD 2.º). Asimismo, la memoria justificativa comprende distintos apartados de la MAIN, como se desarrollará en el Capítulo IV. Por otro lado, la extensión de los informes debe establecerse en virtud de un parámetro de calidad a la hora de su emisión, determinando su proporcionalidad en virtud de la complejidad del asunto a tratar, de su contenido y del interés público a preservar, de forma que procede un examen exhaustivo de la cuestión en relación con la especialidad a la que atiende dicho informe[897].

Asimismo, en virtud de lo anterior, se recalca la necesidad de evitar las evaluaciones rutinarias[898] y la falta de motivación ante la ausencia, llegándose a determinar la inversión de la carga de la prueba, no solo en los supuestos de omisión, sino de su deficiente realización al no atender a su cumplimiento material con una suficiente profundidad que se desprenda de forma lógica[899] del expediente[900]. En este sentido, se intenta reducir a la mínima expresión los

establecidos, remitiéndose a la Guía, STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1389/2019, FD 3.º (referido, en este caso, al Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, y, en concreto, al supuesto de la memoria abreviada, aspecto que es aplicable, también, al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre), y que ya anticipó C. Pico Lorenzo en su voto emitido a la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1225/2012, FJ 8.º que establecía que aunque no tenga carácter dispositivo la Guía "constituye un instrumento metodológico que deberá seguirse, a tenor de lo determinado en la Disposición Adicional primera del RD 1083/2009, de 3 de julio, acomodándose al caso concreto de cada proyecto normativo".

896 Así, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4591/2012 (FD 2.º) invoca que la "(…) Sentencia de 13 de mayo de 2009 (...) establece que la memoria económica debe atender múltiples aspectos". Sobre la inadecuada asimilación entre impacto económico y presupuestario, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 129/2015, FD 2.º.

897 Al respecto, afirma J. A. Santamaría Pastor (2004 a), «La Administración como poder regulador», en F. Sáinz Moreno (dir,), *Estudios para la reforma de la Administración Pública* (págs. 375-446), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 422) que "ciertamente, expresar en línea y media que la Secretaría General Técnica no tiene nada que oponer al proyecto, como en ocasiones se hace, es cualquier cosa menos un informe".

898 En relación con el impacto de género, véase el dictamen del Consejo de Estado n.º 803/2006 (sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres), consideración 10.ª, letra c) donde establece que con "demasiada frecuencia, el informe en cuestión se limita a un escueto párrafo en el que se afirma -sin mayor razonamiento- que la norma proyectada afecta por igual a hombres y a mujeres", resaltando dicho Consejo que ha alertado "en distintas ocasiones sobre la futilidad de un informe de tal alcance, apuntando el contenido que ha de dársele en función del fundamento de su exigencia o censurando su carácter escueto o estereotipado, frente a la evidencia de un impacto sobre el que no se informa". Respecto del impacto presupuestario, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 5372/2016 determina que si un proyecto normativo estatal "afecta de una manera sustancial a las Comunidades Autónomas", infringe claramente la MAIN lo establecido en la Guía al no concretar, ni detallar, ni justificar "la incidencia presupuestaria" que la disposición "tendrá en las Comunidades Autónomas" no siendo adecuado, a estos efectos, utilizar expresiones genéricas.

899 Véase STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1839/2018, FD 2.º. Por otro lado, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4591/2012, FD 5.º afirma que resultan "rechazables los razonamientos estereotipados", remitiéndose a la especial posición del Consejo de Estado al respecto, y en concreto a lo establecido en su "Memoria 1999" en la cual considera "rechazables cualesquiera automatismos inmotivados que no informen de los efectos de una nueva norma sobre el gasto público", llegando a afirmar que no solo se trata "de una conducta contraria al ordenamiento jurídico sino de una actuación que puede llegar a generar consecuencias económicas negativas".

900 Esa quiebra de presunción de racionalidad se produce cuando en la documentación preparatoria "no indica las razones de la falta de impacto que incluye" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1068/2019, FD 3.º) dentro de la MAIN, afirmando que "se

supuestos de convalidación de su omisión, debiendo atender a la finalidad del trámite o impacto para una adecuada formación de la voluntad del órgano, teniendo en cuenta el principio de legalidad, que debe garantizarse en todo caso, pues de otro modo se vulneraría dicho principio, y el mandato sería ineficaz[901].

De otra parte, se unifica el régimen jurídico de los instrumentos de participación ciudadana, y se llega incluso a determinar el carácter preceptivo de ambos de forma general, según la LPAC. Esto debe conllevar que se armonice la determinación de la nulidad de pleno derecho para las deficiencias en la realización tanto de la audiencia como de la información pública, en aras de una mayor salvaguarda del carácter *ad solemnitatem* del procedimiento[902]. Además, debería existir un mayor desarrollo de los distintos aspectos de su realización, más allá de la determinación de los supuestos, plazos y medios, lo cual desarrollaremos en el Capítulo IV.

Además, se articula un instrumento de participación ciudadana de carácter novedoso[903] y que es anterior al procedimiento de elaboración de normas, la consulta pública previa, estableciéndose que su incumplimiento genera nulidad en la norma, al extenderse, posteriormente, al procedimiento de elaboración de normas[904]. Así, se establece en la STSJ NA,

---

dice que el Proyecto no tiene tal impacto, sin hacer añadir motivación alguna sobre ello", referido al "informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad". Otro supuesto, referido al impacto de las normas en la familia, es el establecido por la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1140/2018, FF DD 3.º y 7.º, donde existe un pronunciamiento expreso de un órgano de relevancia en este sentido como es el Consejo de Estado, véase, también, F. García Mengual (2017), «Los informes de impacto en la infancia y adolescencia y en la familia: aplicabilidad en el ámbito normativo», *Revista Española de la Función Consultiva*, 27, págs. 149-173 (pág. 160).

901 Así, por ejemplo, de los supuestos de convalidación mencionados referidos a la ausencia del informe de la Secretaría General Técnica: en el supuesto de disposiciones que reproduzcan normas anteriores, habrá de atender a la realidad, por lo cual no solo hay que asistir a una variación sustancial del contenido, sino de las circunstancias que lo rodean y de la posible información si atiende al nuevo momento temporal. Por otro lado, su sustitución por otro órgano debe responder a unas funciones similares a la de la Secretaría General Técnica, órgano especializado de gran prestigio que difícilmente puede existir un organismo de carácter técnico cualificado equivalente que lo sustituya, porque si no fuera así se desvirtuaría el trámite de este informe y, por ende, el mandato parlamentario de su exigencia. Sobre el prestigio de dicho órgano, véase M. Barrio Andrés (2015), «La Secretaría General Técnica: un órgano con un horizonte muy prometedor para la reforma administrativa», *Documentación Administrativa*, 2. Véase, también, L. Morell Ocaña (2002), «Los órganos centrales de la Administración General del Estado: los Ministerios», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y M. Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 247-276), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (págs. 274 y 275). Sobre su valía para la emisión de este informe, véase P. Trillo-Figueroa Martínez-Conde (2002), «Los servicios comunes y los órganos coordinadores de la Administración del Estado», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y M. Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 277-290), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 284), que afirma "la importancia histórica de este órgano, legitimado por el ejercicio de su relevante tarea de producción normativa y de coordinación tanto en el ámbito interno", como también, en el "externo".

902 Así, respecto de las deficiencias en la realización de la audiencia pública véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 5035/1999, donde se establece como un vicio no invalidante y, por contra, sí en relación con la información pública preceptiva en el ámbito local, STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3597/2012, FD 5.º, referido tanto al plazo como a la forma de su realización.

903 Así lo señala el dictamen n.º 151/2017 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

904 Véase las diferentes posiciones doctrinales en relación con los efectos de la omisión de la consulta pública previa en L. Casado Casado (2020), «Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, págs. 29-45.

Sala C-A, ROJ n.º 141/2019, FD 2.º, en cuanto a su configuración: la Sentencia parte de la conexión existente con el principio de transparencia del artículo 129.5 de la LPAC, para reconocer que no se ha realizado el "trámite" de consulta pública previa y la "falta de justificación por parte del órgano gestor", lo que supone que "el trámite se ha de considerar inobservado sin causa legal para ello", para afirmar que "no es susceptible de subsanación". En mi opinión, sería contradictorio con el fin del "trámite" su realización posterior, careciendo de sentido en tal caso [905] o su sustitución por la "publicación posterior y sometimiento a información pública" o por el trámite de audiencia, puesto que estamos ante un instrumento de consulta anterior y distinto a los señalados, que garantiza la participación ciudadana recabando, previamente a la redacción de la norma, "la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias".

En todos estos supuestos, se aprecia la nulidad de pleno derecho de la norma, así como en los supuestos de realización en la forma legalmente establecida, pero de manera deficiente (como dentro de un plazo inadecuado o no quedando constancia de este) (STSJ CL, Sala C-A, ROJ n.º 4943/2018, FD 4.2).

En octavo lugar, debería concretarse los vicios del proceso de evaluación de impacto normativo *ex post*, teniendo en cuenta que se encuentra extramuros del procedimiento de elaboración de normas. No obstante, considerando que la información que genera sirve para retroalimentar, en su caso, al procedimiento de elaboración de normas, el vicio que se produjese en la evaluación de impacto normativo *ex post* se transmitiría a aquel procedimiento (al igual que ocurre con la consulta pública previa).

905 Sobre dicha cuestión, también, se ha pronunciado, en los términos de declarar la nulidad de la norma por la falta de consulta pública previa, la STSJ AR, Sala C-A ROJ n.º 642/2019, FD 4.º (con cita en la sentencia ROJ n.º 630/2019, FD 3.º), así como la STSJ CAT, Sala C-A, ROJ n.º 4110/2019, FD 3.º. En contraposición, véase Prieto Romero (2016: 359 y 360) que entiende la consulta pública como "trámite duplicado del trámite de audiencia e información pública", por lo cual de "inobservancia trascendente" [esta última expresión es utilizada por cierta jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (por ejemplo, ROJ n.º 2120/2020, FD 3.º sobre la deficiencia -que no ausencia- de la MAIN) que atiende que debe "valorarse la trascendencia de la inobservancia denunciada" con respecto a una "interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales"]. Un criterio diferente, es el del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que permite su subsanación en fase del procedimiento de elaboración de normas, según su informe SSPI000039/19 (accedido el 13 septiembre 2020, de https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/18/12/191119%20expte.%20%20Consejo%20de%20Gobierno.pdf), en cuya página 5 se fundamenta en un informe previo emitido por dicho órgano SSPI000037/18, al afirmar que "una vez efectuada la consulta previa, en función del resultado de dicho trámite y de acuerdo con los principios de economía, eficiencia y conservación de trámites, habría de retrotraerse el expediente de elaboración de la disposición que nos ocupa al momento oportuno y reproducirse o reiterarse en lo que resulte necesario los trámites efectuados en el curso del mismo (informes, etc.)".

Desde la perspectiva de la emisión de informes, debe producirse una transformación en diferentes direcciones, en mi opinión. Por un lado, debería establecerse la necesidad de aumentar los supuestos de aplicación del dictamen del Consejo de Estado más allá de los reglamentos ejecutivos, como los reglamentos independientes, no solo debido a la distinción artificiosa entre los distintos tipos de reglamentos[906], desde la perspectiva del control de legalidad, sino por el mayor margen de discrecionalidad del que disfruta la Administración que aprueba estas últimas normas[907]. Por otro lado, debe aumentarse la posibilidad de realizar consultas de oportunidad[908], todo ello sin perjuicio de que el empuje de la política de calidad normativa facilita que no pueda desconocerse la juridificación de ciertos elementos de este informe, especialmente por la determinación de los aspectos susceptibles de control y la información adecuada para ello, posibilitándose, así, el control de legalidad a realizar, en este caso, del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de dicha función consultiva (no obstante, en mi opinión, esto es aplicable, no solo a este dictamen, sino al resto de informes preceptivos).

Finalmente, para que el cambio de paradigma sea más concluyente debe conllevar, además, la articulación de plazos más amplios para la participación y la emisión de los informes, sin alargar la tramitación excesivamente[909], o, al menos, no reducir los plazos para emitir los informes de forma recurrente e inmotivada en virtud de circunstancias más propias que ajenas

906 Así, lo pone de manifiesto la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5322/2003, FD 3.º, atendiendo a la función consultiva que realiza "con la significación de los principios de constitucionalidad y de legalidad".

907 Véase la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5322/2003, FD 3.º, que establece que "teniendo en cuenta que hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad". De hecho, se viene aceptando la emisión de este dictamen en los supuestos de reglamentos organizativos que afecten intereses generales o corporativos legamente representados por determinadas entidades: véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3754/2002, FD 3.º (en el mismo sentido la STS, de dicha Sala, ROJ n.º 6496/2003, FF DD 4.º y 5.º).

908 J. L. Martín Moreno (2007), «Función consultiva en los procedimientos de creación del Derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral», *Revista Española de la Función Consultiva*, 7, págs. 99-111 (pág. 99), afirma que existe una "autorrestricción injustificada de los Consejos Consultivos, al confundirse lo que son consideraciones jurídicas con consideraciones de oportunidad", aunque otros autores están a favor de una reforma normativa para que se posibilite a estos órganos pronunciarse sobre las cuestiones de oportunidad como establece Jover Presa (2006: 119 y 120) que ante dicha imposibilidad existe una restricción impuesta por el legislador y que, además, dicho ejercicio precisa una debida capacitación de los órganos consultivos, ya que "(…) requiere un examen que va más allá del que podría desarrollarse con instrumentos típicos de la dogmática jurídica, puesto que sólo puede llevarse a cabo mediante la utilización, según la terminología que ya hace mucho años anunció Alf Ross, de técnicas propias de la política jurídica (…) y de la sociología jurídica".

909 El Consejo de Estado (2012: 248-250) "llama la atención, acerca de las perturbaciones que se pueden derivar de una larga tramitación de un proyecto normativo con sucesivos textos", poniendo como ejemplo su dictamen n.º 520/2011, donde manifiesta las distintas "consecuencias del alargamiento en la tramitación", como "la falta de adecuación" de las memorias que componen el procedimiento a las modificaciones contempladas en el nuevo proyecto o en su dictamen n.º 7/2011 (referida dicha adecuación a lo modificado del proyecto). Pero, esto no solo es una cuestión propia del principio de seguridad jurídica, sino de legalidad como señala el Consejo de Estado (*op. cit.*, pág. 251) haciendo referencia que puede generar una causa de nulidad esa falta de adaptación de los informes debido a una modificación sustancial.

al consultante[910]. Así, a mayor abundamiento, esto se encuentra aún más comprometido para los informes en virtud de lo establecido en el artículo 27.2.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en relación con la tramitación de urgencia, la no emisión de informe o dictamen preceptivo en plazo "no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su eventual incorporación y consideración cuando se reciba". La cuestión será, sin embargo, que una aplicación laxa del precepto lleve al supuesto de que finalice el procedimiento, pero no se reciba el informe, alterando la necesidad de emisión de un trámite preceptivo en el procedimiento predeterminado normativamente, trastocando la solemnidad, que se ha planteado, en tanto que rasgo esencial del procedimiento de elaboración de normas, como garantía de su objetividad[911].

Por otro lado, en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno y la aprobación de normas con rango de ley, debe existir un reconocimiento expreso del procedimiento y de los trámites del mismo, atendiendo a su consideración constitucional y/o estatutaria[912] como los trámites de participación ciudadana, más allá de la determinación de su previsión en los Reglamentos de los Parlamentos, en atención a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, a fin de atender a "los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos"[913], suponiendo la asunción, en la iniciativa legislativa, como propios de trámites exigidos por el Parlamento al Ejecutivo[914]. Lo anterior conlleva un replanteamiento de las actuales consecuencias de los

910 El efecto contraproducente de la reducción de los plazos para el desarrollo adecuado de las funciones consultivas lo pone de manifiesto el Consejo de Estado (1993: 126) al afirmar que "necesita disponer de un mínimo de tiempo, cosa que no ocurre en la mayor parte de los casos, ya que los proyectos de disposiciones de carácter general", remitidos, por ejemplo, a "consulta al Consejo de Estado o van con declaración de urgencia o se urge su despacho cuando no la llevan".

911 De esta manera lo afirma C. Cierco Seira (2015), «Breves consideraciones sobre la regulación del informe en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 2, aunque en relación con el artículo 83.3 de la Ley 39/20915, de 1 de octubre, si bien es extrapolable a este supuesto, ya que "preterir el informe extemporáneo puede provocar un vacío instructor primando la celeridad sobre la objetividad".

912 Este es el caso en Andalucía en relación con la evaluación de impacto de género, que se reconoce en el artículo 114 de su Estatuto de Autonomía, que afirma que en "el procedimiento de elaboración de las leyes (…) de la Comunidad Autónoma se tendrá en cuenta el impacto por razón de género del contenido de las mismas".

913 Así, el Reglamento del Parlamento de Andalucía (*BOJA* núm. 198, de 10 de octubre de 2005) se refiere en el artículo 109.1 a los proyectos de ley y a dicha documentación necesaria. La falta de mención expresa se puede comprobar en ese Reglamento, pero sí se establece en una Resolución de la Presidencia, de 30 de septiembre de 2015, referido a los «antecedentes necesarios» de los artículos 109.1 y 123 del Reglamento (*BOPA* núm. 82, de 2 de octubre de 2015) donde se llega a reconocer de forma expresa en su parte expositiva que en "principio, son, o deben ser, la prueba documental de las exposiciones de motivos, aquello que permita juzgar la veracidad de cuanto señalan, así como la necesidad y la viabilidad de la reforma que se propone", y que podría "entenderse lógico que deban considerarse trascendentes los dictámenes o informes que el legislador ha establecido con el carácter de preceptivos para la elaboración de anteproyectos", llegando a afirmar que "a efectos parlamentarios solo puede considerarse antecedente necesario aquello que la Cámara estima como tal (STC 108/1986, de 29 de junio)". En su virtud podría entreverse que la solución en el resuelvo sería contemplar la documentación exigida como preceptivo para el procedimiento prelegislativo por la normativa aplicable, aunque la Resolución establece que, junto con la exposición de motivos, se acompañe solo el "Cálculo estimado del coste económico que supondría su aprobación" y "el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía".

914 Además, el establecimiento de la planificación normativa es un elemento de conexión entre la política del Gobierno

posibles vicios del procedimiento prelegislativo y de las normas con rango de ley del Ejecutivo, pudiendo, en su caso, no ser susceptible de admisión por la Mesa del Parlamento en el primer caso [véase, por todas, la STC n.º 107/2001, FJ 3.b)]; y como susceptible de no reunir, para el segundo supuesto, los requisitos para aprobar esas normas, ya sea en una aplicación del *ultra vires* de la delegación en el decreto legislativo o como requisito necesario del decreto-ley, produciéndose la degradación normativa. Esta vuelta de tuerca supondría, en mi opinión, acabar con una cierta y aparente indemnidad del poder ejecutivo.

Al hilo de esto último, es necesario reforzar el carácter *ad solemnitatem* que nos ocupa con una identificación completa y suficiente de los instrumentos de control, tanto en vía administra como jurisdiccional. Así, aunque es posible la revisión de oficio de las normas reglamentarias[915] *ex* artículo 106.1 de la LPAC, no obstante, es insuficiente en número, siendo conveniente incluir la acción de nulidad ante los escasos medios impugnatorios existentes, en contraposición, en cierta medida, con el dictamen del Consejo de Estado que planteaba una realidad de medios de defensa que no se han cumplido[916].

---

y la legislación, que facilitaría el control parlamentario sobre el Gobierno, ya que según R. Punset (1982), «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», *Revista de Derecho Político*, 14, págs. 57-78 (pág. 78), es uno de los supuestos en que propicia la exigencia de responsabilidad política del control parlamentario como auténtico impulsor de la dirección política, intentando que el Gobierno mantenga o altere su programa inicial. No obstante, si no se atendiese a la observación de la norma legal que determina los trámites del procedimiento, y para remediar dicha situación podría establecerse un Acuerdo interinstitucional entre el Gobierno y el Parlamento para la exigencia de trámites de forma pormenorizada.

915 Con carácter previo, véase la Orden de 12 de diciembre de 1960 por la que se establece el trámite para decidir sobre la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas, *BOE* núm. 302, de 17 de diciembre de 1960, en todo aquello que sea aplicable. Véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 9312/2001, FD 1.º y M. Pérez Olea (1961), «Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 34, págs. 311-318.

916 En el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establecía esta acción de nulidad, no obstante, fue desechada, especialmente por lo establecido en el dictamen n.º 5356/1997 del Consejo de Estado, que afirma que: "El artículo proyectado no sólo reconoce la potestad de la Administración de revisar de oficio las disposiciones administrativas nulas sino que parece extender la 'acción de nulidad', reconocida para los actos nulos, a dichas disposiciones administrativas. Sería conveniente reconsiderar esa extensión y reflexionar sobre las ventajas de limitar la acción de nulidad a los actos. La protección del derecho e interés de los administrados resulta suficientemente garantizada en la vía administrativa con los dos medios que el anteproyecto les reconoce para impugnar las disposiciones administrativas de carácter general que consideren nulas: la interposición de recurso de reposición directo, que en la Ley vigente no existe (107.3, párrafo primero, en la redacción del anteproyecto) y la interposición del recurso contra un acto administrativo que se funde en la nulidad de una disposición administrativa (artículo 107.3, párrafo segundo). Abrir una vía más que permita a los interesados, 'en cualquier momento' -es decir sin límite alguno en el tiempo- instar la nulidad de una disposición de carácter general -en lo que sería propiamente una impugnación directa- puede ser más gravemente perturbadora para la seguridad jurídica que útil para contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico. La eventual acogida de la sugerencia hecha tendría su articulación más clara y adecuada previendo en apartados distintos la revisión de oficio de actos y la de disposiciones. El reajuste así planteado habría de alcanzar, de modo implícito o explícito -según los términos en que tal reajuste se hiciera-, al artículo 118.3 de la Ley 30/1992. (…) La previsión de indemnizaciones, en el supuesto de nulidad de una disposición instada directamente y sin impugnar un acto de aplicación (habiendo éste ganado firmeza), ofrece considerables contraindicaciones y eventuales complejidades -si es que no carece de verdadera relevancia práctica-, lo que supone un nuevo punto de vista para sostener la sugerencia antes hecha sobre la conveniencia de reconsiderar el reconocimiento de una 'acción de nulidad' directa contra las disposiciones administrativas". Véase, al respecto, STS, Sala 3.ª ROJ n.º 9312/2001, FF DD 1.º y 3.º. No obstante, el propio Consejo de Estado en su dictamen n.º 1125/1997, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reconoce "el interés potencial que las impugnaciones de reglamentos presentan para todos los ciudadanos". En relación con el dictamen n.º 5356/1997, parte de la doctrina lo critica, como Estepa Montero (2004: 610), quien establece que "resulta del todo punto

Por otro lado, podría haberse establecido una regulación más intensiva del procedimiento administrativo de la revisión de oficio[917]. Además, hubiese sido adecuado cambiar la expresión "podrán" establecida en el apartado 2 del artículo 106 de la LPAC, en relación con la declaración de nulidad de las disposiciones administrativas, que tantas dudas ha acarreado en su interpretación[918]. En este sentido, parece que se ha desaprovechado una oportunidad de reforzar el control en vía administrativa, al menos respecto de los reglamentos, mediante la previsión de un recurso en vía administrativa contra la nulidad de los reglamentos[919], en el que sería conveniente establecer un procedimiento, con informe preceptivo del órgano máximo consultivo del gobierno y plazos amplios de interposición del recurso[920].

De otra parte, en vía contenciosa-administrativa, se puede interponer recurso contra disposiciones reglamentarias, de forma directa o indirecta[921] y ambas fórmulas sería, a mi juicio, susceptible de mejora. En relación con el "recurso directo" debería ampliarse su plazo, al ser exiguo el de dos meses (artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1998) para hacer una adecuada valoración de la disposición e interposición, más si cabe cuando aumenta la información que se genera en torno a la decisión pública como establece actualmente la

incoherente" el argumento del Consejo de Estado, o como afirma J. García Luengo (2001 a), «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)», *Revista de Administración Pública*, 154, págs. 203-242 (págs. 231 y 232), que "no pasará a la historia entre las creaciones dogmáticas que han aumentado los derechos de los ciudadanos", al indicar que "puede ser gravemente perturbadora para la seguridad jurídica que útil para contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico", llegando a preguntarse: "¿Cómo puede justificarse la supresión de la acción de nulidad por razones de seguridad jurídica?".

917 Afirma J. Aguilar Fernández-Hontoria (1984), «Veinticinco años de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias: un análisis prospectivo», *Revista de Administración Pública*, 103, págs. 141-183 (pág. 173), que la "futura regulación debería contener o una normativa detallada de los trámites incluidos en los procedimientos así iniciados o una remisión expresa a la normativa general del procedimiento administrativo".

918 Sobre esta cuestión, véase Aguilar Fernández-Hontoria (1984: 167 y 168), que hay que entenderla "no en el sentido de conocer una habilitación graciosa y discrecional a la Administración Pública, sino en el sentido de prever una excepción al principio general de la irrevocabilidad", estableciendo que la "obligación de revocación, una vez apreciada la existencia de nulidad, fue apuntada por la doctrina del Consejo y es afirmada por la jurisprudencia" desde hace más de cincuenta años y "por la mejor doctrina". Véase, también, E. Melero Alonso (2005), *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Valladolid: Lex Nova (pág. 412), quien precisa que dicho término "ha de interpretarse en el sentido imperativo, es decir, la norma contraria a derecho ha de ser eliminada del ordenamiento jurídico", siendo esta obligación "consecuencia de la aplicación del principio de legalidad" *ex* artículo 103.1 CE "y de la seguridad jurídica".

919 Al tener el recurso del artículo 112.3 de la LPAC como objeto un acto administrativo (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 8964/2007), aunque su fundamento único o esencial es la nulidad de la disposición administrativa en la cual se funda, centrándose el debate en la nulidad del reglamento de base, de forma que concurren los intereses del particular que interpone el recurso en satisfacer su interés legítimo y, por otro lado, el interés público de depurar el ordenamiento jurídico.

920 Critica García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 256), con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo "de 30 de noviembre de 1984", el mantener la "impugnación frente a normas reglamentarias sujeta al rigor de los plazos preclusivos de los recursos", puesto "que la depuración de ilegalidades de los reglamentos, dada la mayor perturbación para el ordenamiento jurídico que su invalidez supone, reclama un tratamiento menos restrictivo".

921 E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2017), *Curso de Derecho Administrativo II*, Cizur Menor: Civitas (Capítulo XXIII), que consiste en "atacar" a la norma.

normativa aplicable[922].

Respecto del "recurso indirecto" (artículo 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), tiene como fundamento la pretensión de nulidad de los preceptos de la disposición reglamentaria que da cobertura al acto objeto de recurso, exigiendo una "relación de causalidad" entre el vicio invalidante de nulidad del reglamento y el acto administrativo de aplicación, como así lo establece la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en sus SSTS ROJ n.º 2070/2003, FD 2.º y 7059/2009, FD 3.º. La cuestión que se plantea en este supuesto es una visión restrictiva de la apreciación de los vicios de nulidad, admitiéndose los sustantivos (STS ROJ n.º 2312/2017, FD 2.º), pero no los "simples vicios formales", debiendo concretarse qué se entiende por estos. No obstante, el Tribunal Supremo ha matizado esta postura, admitiendo supuestos de "omisión clamorosa, total o absoluta, del procedimiento establecido para su aprobación, o cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente" (STS ROJ n.º 3960/2014, FD 2.º[923]). Por efecto de esto último, la jurisprudencia relativiza como simples vicios o vicios formales el que falte la memoria económica, por ejemplo, o un informe preceptivo, yendo en contra del brocardo jurídico latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y de la propia finalidad de este recurso, como señalaba García de Enterría y Fernández Rodríguez[924]. Sin perjuicio de un estudio más profuso sobre esta cuestión, que excede del ámbito de este Trabajo[925], esta interpretación produce una serie de efectos, más allá de la relativización de los vicios formales[926], como el aumento de los procesos jurisdiccionales y una falta de depuración

922 Un elemento distorsionador para una adecuada formación del recurso, ya sea en vía administrativa como contencioso-administrativa, es la falta de publicidad activa de la documentación del expediente, sin perjuicio de la afectación al principio de transparencia (artículo 129.5 de la LPAC). Ejemplo, el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad (*BOE*, núm. 233, de 29 de septiembre de 2021), que tras su publicación consta una mínima documentación del expediente (MAIN inicial y final, así como los borradores sometidos a consulta y el final), accedido el 2 noviembre 2021, de https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normavigente.htm?id=NormaEV46D2-20213801&lang=es&fcAct=2021-10-21T09:46:00.327Z.

923 Véase J. J. Guardia Hernández (2019), «Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales», en F. López Ramón y J. Valero Torrijos (coord.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo* (págs. 191-201), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

924 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 259).

925 Sería conveniente extender el control en los recursos indirectos a los vicios del procedimiento administrativo de elaboración de normas (tanto en vía administrativa como jurisdiccional). A estos efectos, como se ha comentado la jurisprudencia lo va reconociendo paulatinamente con un carácter parcial, afianzando la idea señalada por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 503/1995 sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual señalaba que la "limitación" adoptada en virtud de "cierta línea jurisprudencial" podría "plantear algunos inconvenientes", señalando la falta de "sometimiento 'pleno' de la Administración a la ley y al Derecho", obstaculizando "la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico toda norma reglamentaria ilegal, cualesquiera que sean los preceptos quebrantados (procedimentales o sustantivos) y no sólo por su contenido normativo", produciendo "efectos no deseados".

926 Afirma G. M. Díaz González (2014), «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, págs. 1161-1177 (pág. 1173), que la inadecuada "equiparación de las consecuencias jurídicas aplicables en los supuestos de invalidez de ambas figuras" supondría la "identificación de reglamento y acto administrativo". Así, es propicio a esa equivalencia Torno Mas (2019: 134), el cual plantea una posible modificación del artículo 47.2 de la LPAC, "con el fin de permitir aplicar el régimen de la anulabilidad y de las

del vicio de nulidad de la norma, que contamina el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta las deficiencias reseñadas del control de legalidad. En este caso, sólo existen dos mecanismos alternativos para evitar esta situación, a saber: por un lado, que la Administración autora de la norma la anule o que el órgano jurisdiccional plantee la cuestión de ilegalidad, en virtud del artículo 27 de Ley 29/1998, de 13 de julio[927].

Asimismo, respecto de la complejidad del sistema de control previsto en nuestro ordenamiento, cabe destacar la dificultad de la inaplicación de los reglamentos ilegales[928], teniendo en cuenta que la actividad de la Administración debe atenerse al mandato establecido en el artículo 9.3 CE respecto de la jerarquía normativa y, por otro lado, al de su artículo 103.1, que sujeta la actuación de las Administraciones Públicas a la ley y al Derecho[929]. En este sentido, es claro que esta situación tiene diferente alcance en función de los destinatarios de la norma, debiendo distinguirse entre: los particulares[930], que en su mayoría tienen una falta de conocimiento para llevar a cabo el examen previo de la norma, y, además se pueden encontrar con la imposición ejecutoria de la misma por la Administración, con independencia de su criterio[931]; y la Administración, y en particular, su personal funcionario, que en la aplicación de la norma puede chocar con los mandatos de su organización jerárquica que se dictasen en

irregularidades no invalidantes a los reglamentos".

927 Así, determina Agoués Mendizábal (2017: 393 y 394) que en el recurso indirecto "la declaración de nulidad se proyecta sobre el acto de aplicación y no afecta al resto de actos administrativos dictados en aplicación de la misma norma que no hayan sido impugnados"; por el contrario, el recurso directo "tiene efectos *erga omnes* y no alcanza a los actos firmes y consentidos dictados a su amparo, de manera que el administrado afectado por un acto firme y consentido tiene el deber de soportar las consecuencias". Sobre las particularidades de este recurso, la STS ROJ n.º 8964/2007, FD 6.º, señala: "1º.-No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto). 2º.-Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Por esa razón no es procedente ampliar el recurso contencioso-administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición".

928 Sostiene G. Doménech Pascual (2001), «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, págs. 59-106 (pág. 61), que consiste "en prescindir de la misma (la norma jurídica) para resolver un caso en el que tenía vocación de ser aplicada".

929 Así lo afirma Doménech Pascual (*Ibíd*., pág. 67), quien considera que "no sólo pueden sino que deben dictar sus actos prescindiendo de lo dispuesto en las normas legales o reglamentarias inválidas, que en tanto que inválidas no forman parte del ordenamiento jurídico".

930 Afirman García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 253) que, en aplicación de lo establecido en el artículo 9.1 CE, dicho control o examen previo de "validez y rehusamiento" se realizará, también, por "los particulares, ya que los mismos están obligados a la observancia de «la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico»".

931 Para García de Enterría y Fernández Rodríguez (*Ibíd*., págs. 253 y 254) "una diferencia de criterio entre el particular y la Administración sobre la validez y consiguiente aplicabilidad de un precepto reglamentario determinará una resolución administrativa" que llegará a imponerse "ejecutoriamente y que obligará a dicho particular, si no lo acepta, a poner en marcha contra ella los medios impugnatorios oportunos, que concluirán eventualmente en un proceso contencioso-administrativo", produciéndose, en mi opinión, una causa añadida del aumento de los procesos jurisdiccionales contencioso-administrativos.

sentido contrario[932]. A mi juicio, dicha situación anómala alimenta la controversia de la regulación expresa de la inaplicación de las normas reglamentarias en los supuestos de ilegalidad manifiesta[933], con respecto a la situación de normalidad jurídica de la aplicación del artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, aspecto, este último, ante la insuficiencia de medios de revisión y control existentes para la depuración adecuada del ordenamiento jurídico[934].

A lo ya manifestado sobre las disposiciones administrativas de carácter general, se pueden añadir las dificultades de interposición de recursos en relación con las normas con rango de ley, sólo susceptibles de control ante el Tribunal Constitucional, salvo incumplimiento de los requisitos de la delegación (decreto legislativo) o para aprobar un decreto-ley según el ordenamiento jurídico, todo ello sin perjuicio de la necesaria consideración por el Tribunal de la calidad normativa no como mera técnica legislativa y mandato de optimización de las normas, sino de necesidad, al ser un atributo de las normas, en aras de una adecuada decisión legal.

En definitiva, lo expuesto hasta ahora permite afirmar que la consolidación de la calidad normativa conlleva el afianzamiento de la consideración *ad solemnitatem* del procedimiento de elaboración de normas, no solo en las reglamentarias, sino, también, de las que tienen rango de ley aprobadas por el Gobierno, así como del procedimiento prelegislativo. Así, en virtud de lo anterior, el legislador los ha regulado en un único precepto. Por otro lado, existen elementos

932 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 254) consideran que no existen "dos ordenamientos jurídicos: uno, el que afecta a los ciudadanos y sancionan los jueces, en que estaría presente el principio de superioridad de la Ley; otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego", aunque pone en duda dicha inaplicación en la práctica cuando "le fuese impuesto al funcionario por una orden jerárquica concreta" por lo cual "estaría obligado obedecer dicha orden, una vez constatadas sus condiciones externas de validez, sin poder entrar a verificar su legalidad sustancial o de fondo". Según García Luengo (2001 a: 216), el deber de obediencia podría generar tensión al interpretar la "separación entre ilegalidad manifiesta y nulidad", ya que el artículo 95.2.i) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, *BOE* núm. 261, de 31 de octubre de 2015, establece como falta muy grave "la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico". A esto añade dicho autor (*op. cit.* págs. 217 y 218) la necesidad de dotar de unidad a la actuación administrativa y la violación del principio de competencia del órgano emisor, ya que "no puede reconocer(se) mediante su inaplicación la nulidad de un reglamento y mantener la apariencia de legalidad que al mismo otorga su publicación y su conocimiento general". En contraposición, véase Doménech Pascual (2001: 69), que entiende que en este caso existe "compatibilidad con la seguridad jurídica", poniendo como ejemplo la "cuestión de ilegalidad".

933 Véase Doménech Pascual (2001: 61), como, también, el dictamen del Consejo de Estado n.º 524/1995 (citado por la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2059/2020, FD 2.º que afirma que "la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los Tribunales el deber de inaplicar los reglamentos ilegales (art. 6°)", y aunque "falte una norma equivalente referida a la Administración", por contra "el mantenimiento ilegal atentaría a la seguridad jurídica y a la igualdad, principios constitucionalmente protegidos". Así, "si la Administración aplica una norma reglamentaria contraria a la Ley, a la Constitución o a otra norma reglamentaria de superior jerarquía, estaría vulnerando el principio de legalidad y de jerarquía normativa" todo ellos plasmados en el "artículo 9 de nuestra norma constitucional".

934 Véase J. M. Boquera Oliver (1999), «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 149, págs. 23-36 (pág. 26), que llega a afirmar que se encuentra "arraigada la convicción de que las disposiciones administrativas deben poder impugnarse sin limitaciones. Lo exige, además, la Constitución."

que se encuentran fuera de dicho procedimiento como la consulta pública previa y la evaluación de impacto normativo *ex post*, lo cual debería ser objeto de reconsideración, en pro de una visión unitaria del procedimiento de elaboración de normas, ante la que, como hemos señalado, no habría dificultades competenciales.

En todo caso, avanzamos en la construcción de una auténtica gobernanza regulatoria, que se alcanzará cuando se consolide la observancia del procedimiento de elaboración de normas tanto a nivel de los ejecutivos como de los legislativos, tal y como se establece en el derecho comparado[935], aun cuando, especialmente, existe una falta de toma de medidas del legislativo español para asegurar la calidad normativa[936] hasta este momento.

C) Efectos en el ordenamiento jurídico autonómico. La contrapartida: la evitación del vacío de contenido de su regulación (el claro ejemplo de la supletoriedad del Derecho estatal).

Casi todas las Comunidades Autónomas han regulado, ya sea en una norma con rango de ley o de carácter reglamentario, el procedimiento especial de elaboración de normas, en el marco creado por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 15/1989, que abrió el camino para que se llevase a cabo esta regulación con carácter generalizado[937].

No obstante lo anterior, la influencia de la regulación estatal se deja sentir en las distintas Comunidades Autónomas, que adoptan el modelo estatal en la regulación del procedimiento de elaboración de normas, incluso posteriormente a la revisión normativa realizada recientemente por la Administración General del Estado al respecto. De esta manera, en la mayoría de los casos, las Comunidades Autónomas han optado por la aprobación de una norma con rango de ley que regula el régimen jurídico del Gobierno, o por una misma ley que regula la Administración y el Gobierno, y, en otros supuestos, por dos normas distintas que regulan de

935 Por ejemplo, para el Parlamento véase lo establecido en el Capítulo II sobre Francia, concretamente lo previsto en el artículo 39 de la Constitución de la V República.

936 La OCDE (2011 b: 70 y 87) apunta la importante función que puede desempeñar el "Parlamento en la mejora de la regulación y, hasta ahora, se ha desdeñado", fundamentalmente, porque no está organizado para esto. Al respecto, señala la inexistencia de "comités, "procedimientos" e "instrumentos específicos para mejorar la calidad en la toma de decisiones en el poder legislativo y para reaccionar a las evaluaciones de impacto, como sí es el caso en otros países de la UE".

937 Aunque, se puede decir que en un primer momento de existencia de las Comunidades Autónomas llevaron a cabo una regulación más simple y menos desarrollada del procedimiento de elaboración de normas, remitiéndose en la mayoría de los aspectos a la regulación estatal, fundamentalmente debido a la influencia de esta normativa, especialmente a través de la Ley de Procedimiento Administrativo. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya regulación se establecía, en un primer momento, en determinados preceptos sueltos de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma (*BOJA* núm. 60, de 29 de julio de 1983). También, es el caso del País Vasco, que lo establecía en el Decreto de 13 de octubre de 1980, por el cual se regula el procedimiento para la elaboración de proyectos de Ley y Decretos (*BOPV* núm. 20, de 12 de noviembre de 1980), teniendo un carácter parco y referido a aspectos, fundamentalmente, organizativos.

forma separada a una y otra[938]. En este contexto, parece que la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 55/2018 induce a seguir el modelo catalán, que favorece el trato diferenciado en normas reguladoras del Gobierno (proyectos normativos con rango de ley) y Administración Pública (normas reglamentarias), condicionando, en cierta medida, la autonomía normativa de las distintas Comunidades Autónomas para el establecimiento del procedimiento de elaboración de normas y la problemática que acarrea[939].

De otra parte, el procedimiento de elaboración de normas suele regular de forma diferenciada, en distintos artículos, o de forma conjunta (en un mismo artículo), la iniciativa legislativa del órgano superior de gobierno y el ejercicio de la potestad reglamentaria. En estas normas se suele establecer el grueso de la regulación, conteniendo la documentación preparatoria, los instrumentos de participación ciudadana y los informes más relevantes (como, por ejemplo, el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma a la Secretaría General Técnica de la Administración General del Estado, el de asesoramiento jurídico de la Administración Pública o el Consejo Consultivo existente).

Sin perjuicio de esta regulación general del procedimiento, algunas Comunidades Autónomas establecen, además, trámites del procedimiento de elaboración de normas en regulaciones específicas, junto con la regulación de procedimientos específicos en determinadas materias, que coadyuvan a la dispersión regulatoria, como ya se ha dicho. Si a esto añadimos que las Comunidades Autónomas aprueban distintos instrumentos de *soft-law* como las directrices de técnica normativa, acuerdos o instrucciones de dicho procedimiento en cada centro directivo, es evidente que se crea un escenario complicado que genera, a su vez, una regulación compleja del procedimiento de elaboración de normas en el nivel autonómico.

Por otro lado, el giro normativo de la Administración General del Estado hacia la calidad normativa, en el marco más amplio de la gobernanza regulatoria, especialmente tras la

938 Así, entre las primeras se puede señalar la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (especialmente el título VI). En el segundo de los grupos, se puede destacar la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (*BOCYL* núm. 131, de 6 de julio de 2001), resaltando los capítulos II y III del título VI. Por último, en el último supuesto, destacaremos a la Comunidad Autónoma de Cataluña, concretamente la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (especialmente, el título IV) y la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno (a resaltar los capítulos VII y VIII).

939 Llegándose a la composición de unas nuevas siamesas en el ámbito normativo autonómico, troceando una "institución", según el Consejo de Estado. Véase sobre dicho modelo catalán a Mir Puigpelat (2012), «Procedimiento de elaboración de reglamentos y Better Regulation», en J. Torno Mas (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas* (págs. 501-543), Madrid: Iustel (págs. 513-516), que afirma su afección a los reglamentos autonómicos, ya que "la titularidad de la potestad reglamentaria, como la forma y la jerarquía de tales normas no se encuentran disciplinados por la L26/2010, sino por la L13/2008 (arts. 39 a 41)".

aprobación de la LPAC y la LRJSP, produce un cierto efecto contagio en distintas Comunidades Autónomas, que han incorporado a sus ordenamientos elementos señeros de la mejora regulatoria[940] como la evaluación o análisis de impacto normativo y el documento en el cual se recoge, las cargas administrativas, la simplificación normativa, los impactos de las normas, las metodologías de aplicación y la planificación. En otros casos, las Comunidades Autónomas se han limitado a establecer aspectos parciales de la calidad normativa, como ya veremos en el Capítulo siguiente, a través de los cuales van introduciendo poco a poco un cambio de paradigma en la concepción del procedimiento de elaboración de normas.

Sin duda, aunque el Tribunal Constitucional ha dejado claro que no puede quedar vacía la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer el procedimiento de elaboración de normas allí donde tiene la competencia por razón de la materia, la aprobación de la LPAC ha venido a establecer un nuevo régimen jurídico del ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa del Gobierno, en el que el procedimiento tiene un papel fundamental. De esta manera, el sistema de fuentes aplicable al ejercicio de la potestad normativa y a la ordenación del procedimiento de elaboración de normas deberá tener como punto de partida el Título VI de la LPAC, en aquello que tenga carácter básico, de acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, sin perjuicio de otros títulos competenciales exclusivos del Estado al respecto (como pueden ser los títulos competenciales reseñados, entre ellos, el procedimiento administrativo común), junto con la competencia en la regulación en materias específicas que afectan al procedimiento general de elaboración de normas, como lo reseñado para los impactos de la infancia y adolescencia y la familia. En segundo lugar, se aplicará todo aquello regulado por las Comunidades Autónomas cuya competencia es de carácter exclusivo, como el desarrollo de las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo especial y las relacionadas con la materia sustantiva a regular, teniendo en cuenta el principio de especialidad, y aplicándose con carácter supletorio la normativa del procedimiento general de elaboración de normas, respecto a los procedimientos específicos[941].

El problema será, entonces, el supuesto en el que, no teniendo competencia el Estado, la Comunidad Autónoma carece de regulación completa, generando lagunas legales, que, sin

940 Afirma la OCDE (2011 b: 197) que: "Con algunas importantes excepciones, las prácticas para la mejora de la regulación no están tan desarrolladas como a nivel estatal, pero están empezando a asentarse, normalmente apoyándose en los programas para la simplificación administrativa ya instaurados".

941 A modo de ejemplo, téngase en cuenta, de forma expresa en la normativa catalana, el artículo 59.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, respecto del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias establecido en el capítulo II del título IV, al determinar que es de "aplicación supletoria a las disposiciones reglamentarias que tienen establecido, por norma con rango de ley, un procedimiento de elaboración específico".

embargo, deben ser integradas. Como ejemplos de esta situación puede citarse la falta de regulación del procedimiento de elaboración de los decretos-leyes[942]; la omisión del necesario establecimiento de la identificación, medición y reducción de cargas administrativas, la falta de determinación del plazo de la consulta pública previa[943], la ausencia de análisis de impacto en materia de género o la falta de previsión de un trámite de audiencia pública. En estos casos, procede aplicar la autointegración y, en el supuesto de que no estuviera la normativa acabada, porque exista una laguna involuntaria (utilizando la famosa distinción de lagunas de Carnelutti[944] -siendo la voluntaria la que supone que el vacío es buscado por el legislador-) acudir a la heterointegración a través de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal[945], del artículo 149.3 de la Constitución, en cuya virtud "el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas".

Respecto a esta cláusula, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido pacífica, sufriendo un cambio de rumbo con la STC n.º 149/1991. Así, con carácter previo a esta Sentencia, se consideraba adecuada la utilización de esta cláusula como atributiva de competencia estatal sobre todas y cada una de las materias, como una de las reglas de las relaciones interordinamentales que, ante las carencias de la competencia normativa de las Comunidades Autónomas (debido a que requiere títulos específicos) y en virtud de la importancia de las competencias reservadas al Estado, "no llegan a constituir ordenamientos jurídicos completos, cerrados, sino fragmentarios, «intersticiales»", lo que imponía la obligación de "acudir al *ius commune* que sólo el Derecho del Estado ofrece"[946].

942 Este es el supuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que no ha regulado ningún procedimiento al respecto (también el de las Islas Canarias, aunque aplican la cláusula de supletoriedad del derecho estatal, véase dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 95/2019, apartado VI). Para J. L. Bermejo Latre (2004), ante la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1686/1997, FD 1.º, afirma que una Ley (en este caso la Ley Foral 3/1984) establece una competencia, pero no un procedimiento, este "no existió, como revela la circunstancia de que el expediente administrativo sólo contiene el texto del propio Decreto impugnado, que de esa forma resulta elaborado por una suerte de generación espontánea", para lo cual se consideró necesario "acudir a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal".

943 A estos efectos, la STSJ CL, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ROJ n.º 4943/2018, FD 4.2 aplica supletoriamente normativa estatal, ya que en el momento de realización de la consulta pública previa, la normativa autonómica Castellano Leonesa no lo regulaba (posteriormente sí, a través del artículo 75 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, tras la modificación realizada por el artículo 7.3 de la Ley 2/2017, de 4 de julio, de Medidas Tributarias y Administrativas, *BOCYL* núm. 128, de 6 de julio de 2017).

944 F. Carnelutti (1941), *Teoría general del Derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

945 Afirma el Consejo de Estado (2016), *Memorias del Consejo de Estado 2014 y 2015*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 242), que la "supletoriedad comporta la aplicación - en un grupo normativo que presenta una laguna - de las normas existentes en otro distinto reguladoras la misma institución". El Consejo de Estado, en dicha Memoria lo distingue de la noción de subsidiariedad donde afirma que esta "encuentra su fundamento en el *argumentum a simile* (*in casibus omissis, deducenda est norma legis similibus*)" y conlleva la "aplicación - en el ámbito de un grupo normativo que presenta lagunas- de los criterios que pudieran extraerse de otro grupo normativo distinto y regulador de instituciones jurídicas diferentes". Junto a este instrumento de integración entre el ordenamiento estatal y el autonómico, existe además otro cual es la cláusula de prevalencia del Derecho estatal plasmada en el artículo 149.3 CE [García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 379 – 389)].

946 Véase E. García de Enterría (1999 b), «La sentencia constitucional 118/1996, de 27 de junio, sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 y sus implicaciones de futuro», *Revista Española de Derecho*

A partir de la STC n.º 149/1991, la cláusula de supletoriedad se reconoce como una cláusula de cierre para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico. Este constituye un enfoque que se ha consolidado con las SSTC n.º 118/1996 y 61/1997, que justifican este planteamiento en el principio de estricta separación competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma[947].

El problema de la supletoriedad, a estos efectos, puede quedar más o menos solventado si la propia regulación de la Comunidad Autónoma se refiriese a ella, no como tal en virtud de la posición del Tribunal Constitucional, sino como una remisión a la normativa estatal. Sin embargo, la evolución del Estado de las Autonomías ha hecho que en las distintas regulaciones autonómicas pasen de establecer, en algunos casos, una cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, a una situación en la cual ha ido desapareciendo[948]. A estos efectos, se puede señalar, por ejemplo, a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en un primer momento, a través de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, estableció dicha supletoriedad en la norma que regulaba el procedimiento de elaboración de normas, pese a que tenía competencia exclusiva para regular el procedimiento de sus propias normas de carácter general, según el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía[949]. La consecuencia inmediata de esta evolución es que, ante la situación de laguna legal, se deba acudir al artículo 149.3 CE cuando exista título competencial por el Estado[950].

Constitucional, 55, págs. 253-262 (págs. 257 y 258*)*.

947 Sin embargo, en contra de este planteamiento, numerosos autores cuestionan este limitado enfoque de la supletoriedad: por todos, García de Enterría (1999 b: 260). En contraposición, J. Tajadura Tejada (2006), «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, págs. 151-184 (pág. 179).

948 Afirma el Consejo de Estado (2007 a: 462 y 463) que "lo que es indudable es que la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes, al contrario, la mencionada supletoriedad del derecho estatal viene establecida por la Constitución en el artículo 149.3 *in fine*, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal".

949 *BOE* núm. 9, de 11 de enero de 1982. La disposición transitoria segunda establecía lo siguiente: "Igualmente, es de aplicación la legislación del Estado, supletoria o analógicamente, para el régimen jurídico procesal, previsto para el mismo en la legislación vigente, (...), hasta tanto no se produzca la legislación correspondiente de la Comunidad Autónoma de Andalucía".

950 Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, en relación con el trámite de audiencia y la ausencia de previsión del mismo por la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOC* núm. 242, de 18 de diciembre de 2002), contemplando la supletoriedad del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno en relación con el artículo 105.a) CE: Consejo de Estado (2009), *Memoria del año 2008 del Consejo de Estado*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 261-264). En la misma línea, hay que señalar la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 2626/2017, FD 11.º que indica que, al ser un trámite "inexcusable" del "procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas", se aplica supletoriamente en ausencia de ley autonómica, haciendo alusión no solo a la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, sino, también, al artículo 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, referido al procedimiento administrativo común, evitando la inconstitucionalidad por omisión legislativa (véase las SSTC n.º 24/1982, FJ 3, 74/1987, FJ 4 y 87/1989, FJ 2). En este sentido, justifica M. Gómez Puente (1997), *La inactividad del Legislador. Una realidad susceptible de control*, Madrid: MacGraw-Hill (págs. 84-101), la interpretación de la aplicación supletoria del Derecho estatal frente a su carácter completo en otros supuestos, respecto de normas que no regulan de forma adecuada el trámite establecido en el artículo 105.a) CE.

Este planteamiento podría ser aplicable al trámite de audiencia en el procedimiento de iniciativa legislativa gubernamental, ya que, ante la ausencia de regulación legal autonómica, se estaría privando de un instrumento de participación ciudadana directa (más allá de la representación ciudadana que reside en el parlamento), y que debería llevarse a cabo puesto que se trata de un momento en el cual se está conformando la decisión pública de dicha iniciativa por parte del Gobierno[951]. Por el contrario, en relación con otros trámites, como el informe de evaluación de impacto de género, la jurisprudencia no aplica de forma tan clara la cláusula de supletoriedad del derecho estatal, incluso en el caso de que exista un trámite específico en la normativa estatal (que se considera no dictada en el ejercicio de sus competencias específicas que inciden sobre la materia objeto del procedimiento de elaboración de normas), pero no en la correspondiente de la Comunidad Autónoma, ya que entiende que en esta existe una regulación completa del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, al no reputarse procedimiento administrativo común el procedimiento administrativo de elaboración de normas. Así lo señala la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, en sus SSTS, ROJ n.º 883/2012, FD 4.º[952] y ROJ n.º 4087/2018, FD 12.º[953].

En definitiva, según la doctrina actual del Tribunal Constitucional[954], para acudir a la

951 Afirma Mir Puigpelat (2017: 227 y 228), que "parece razonable someter a consultas preceptivas también la fase administrativa de los anteproyectos de ley, porque las leyes son las normas que mayores impactos generan y porque, en las actuales democracias parlamentarias, dicha fase administrativa tiene una relevancia casi decisiva, predeterminando los aspectos centrales de las leyes futuras. (…) El Parlamento puede consultar a distintos sectores afectados en sede parlamentaria, pero, (…) lo ideal es que intervengan ya en el momento inicial de la tramitación de la norma".

952 Actualmente, esta interpretación podría haber cambiado en virtud de lo establecido en el título VI de la LPAC, aspecto que ha sido resuelto por la STC n.º 55/2018 dando solución de continuidad a la línea jurisprudencial establecida a partir de 1989. No obstante, ante la falta de mención expresa en la normativa propia autonómica valenciana, la Generalidad de la Comunidad Valenciana ha aplicado en alguna ocasión lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007, en cuya disposición final 1.ª, apartado 1 afirma que constituye "regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales", *ex* artículo 149.1.1.ª CE, aunque el contenido de dicho artículo parece referirse al ámbito de la Administración General del Estado, ya que se vincula a los "proyectos de disposiciones de carácter general" que "se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros". No obstante, afirma el Consejo de Estado (2007 a: 462 y 463) que: "La noción de supletoriedad ha tenido diversas interpretaciones incluso por parte del Tribunal Constitucional que, primeramente, la articuló sobre el modelo de relación entre la ley general y la ley especial (Sentencia 5/1981) y, después, le negó expresamente el que fuera una cláusula universal de atribución de competencias (SSTC 147/1991, sobre la pesca de cerco; 188/1996, sobre transportes terrestres, y 61/1997, sobre régimen del suelo). (...) Al dictar normas en las materias que les son propias y exclusivas, los ordenamientos autonómicos pueden desplazar a las normas estatales, como señalara el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de octubre de 1989. En el caso presente, dada la plenitud del grupo normativo regulador de las carreteras y su capacidad de autointegración, las eventuales lagunas legales que se apreciaren pueden colmarse con las normas propias del ordenamiento autonómico y del estatal, todas ellas del grupo normativo de carreteras. Como supletorio del ordenamiento autonómico, en todo caso e indefectiblemente, tanto si lo contradice como si no lo hace, está siempre el derecho estatal, por exigencia el artículo 149.3 de la Constitución".

953 Véase, como ya hemos expuesto, para los informes la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1357/2009, FD 3.º.4.A.

954 Que se resume en la STC n.º 53/2017, FJ 18 "recordando la doctrina de este Tribunal, que ha declarado que 'el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una

cláusula de supletoriedad es necesaria la existencia por parte del Estado de un título competencial específico para poder dictar normas supletorias, que en la mayoría de los casos no serán supletorias, sino de aplicación directa[955]. Este problema se agranda más si cabe, si el Estado no puede aplicar su normativa a los Gobiernos territoriales en relación a trámites de gran relevancia, como es la audiencia del procedimiento de elaboración de normas (sí en los reglamentos, aunque una política de hechos consumados o la falta de conocimiento de su aplicación ha generado su ausencia) o, también, en el caso de falta de regulación de un procedimiento como el de elaboración de Decreto-ley y la no realización de un análisis del impacto económico de los proyectos normativos. Se genera, así, una situación de cierta inactividad por el excesivo protagonismo de las Comunidades Autónomas en nuestro Estado y del continuo ejercicio del principio dispositivo, que, además, está vaciando de contenido las competencias estatales[956]; se trata de una cuestión que debería tener en cuenta el Tribunal Constitucional para realizar el *overruling* sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal[957], más allá de la distinción de supuestos: por un lado, la falta de la regulación de un trámite de importancia en un ejercicio comparativo con la regulación estatal (aspecto que, tiene su excepción en la consideración constitucional del trámite, por ejemplo, de audiencia de los proyectos reglamentarios[958]); y, de otra parte, los supuestos como, por ejemplo, la falta de establecimiento de un plazo determinado para evacuar un trámite. En mi opinión, debe existir un cambio jurisprudencial en la aplicación de la cláusula de supletoriedad, porque la declaración genérica realizada por el Tribunal Constitucional motivada en virtud del carácter desarrollado de la evolución del Derecho autonómico en nuestro ordenamiento jurídico es inadecuada, ya que pueden existir casos concretos en los que se produzca una inactividad normativa autonómica, como lo demuestra los distintos supuestos reseñados[959].

Con todo, la aplicación supletoria de la normativa estatal ha generado una aplicación práctica de la misma, del procedimiento de aprobación de normas y actos administrativos que suponen,

cláusula universal atributiva de competencias' sin perjuicio de que, en la medida en que la legislación autonómica ofrezca lagunas 'los aplicadores del Derecho deberán integrarlas de conformidad con las reglas usuales de interpretación, incluida la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3, in fine, CE. Pero la supletoriedad resultará predicable, por disponerlo así la Norma fundamental, de las normas dictadas válidamente por el Estado en materias de su competencia' (STC 118/1996, de 27 de junio, FFJ 6 y 7, con cita de otras anteriores, reiterada en SSTC 109/2004, de 30 de junio, FJ 8, y 139/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, entre otras)".

955 Tajadura Tejada (2006: 179).

956 *Ibíd.*, págs. 181 y 182.

957 S. Muñoz Machado (1986), *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Madrid: Civitas (págs. 204-206), además en su pág. 205 afirma que dos funciones fundamentales, la vigilancia y la coacción federal "la Bundesaufsicht y la Bundeszwang", son poco tratadas en nuestra Constitución respecto a otras como, por ejemplo, el artículo 155 CE.

958 Véase la aplicación supletoria del procedimiento administrativo común de los actos administrativos, como hemos expuesto en la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 2626/2017, FD 11.º.

959 Este es el supuesto de la falta de regulación del procedimiento del Decreto-ley y Decreto legislativo en Andalucía, quince años después de su reconocimiento estatutario.

de facto, el reconocimiento del procedimiento administrativo común de la normativa estatal, o, incluso una aplicación amplia del procedimiento administrativo común de los actos administrativos, siendo contradictorio con el sentido y argumentario de la STC n.º 55/2018.

A mayor abundamiento, lo anterior puede justificar un examen más profundo del cumplimiento de las obligaciones normativas de desarrollo y ejecución de las restantes Entidades territoriales con competencias, evitando que por distintas razones (políticas, económicas, sociales, etc.) se produzcan disfunciones en la producción normativa, como puede ser, por ejemplo, la inactividad normativa de la Comunidad Autónoma a la hora de desarrollar la normativa básica del Estado. Esto debe ponerse en conexión con la observancia de las normas, pudiendo establecerse indicadores de cumplimiento en las evaluaciones *ex post* o medidas para propiciar el mismo, como pueden ser, como hemos manifestado, la necesidad de facilitar la consulta a otras Administraciones Públicas afectadas por la elaboración de una norma, tratando de establecer mecanismos para no solo fomentar el cumplimiento[960], sino, en su caso, penalizarlo cuando sea inadecuado[961].

3.2.3. *La tendencia creciente a la reducción de la discrecionalidad como directamente proporcional al avance de la calidad normativa en España*.

El punto de partida de este epígrafe se encuentra en la idea de que en el Derecho Administrativo hay una tendencia a la reducción de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa[962].

960 Al respecto, la OCDE (2011 b: 30, 172 y 175) afirma la necesidad de disponer un "registro sistemático de los índices de cumplimiento", especialmente teniendo en cuenta la "complejidad del sistema legislativo" en España que "podría añadir presión al índice de cumplimiento", como se indicó en el informe del año 2000 de legislar mejor: España. Un ejemplo en un ámbito específico, como es el presupuestario, puede ser la Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 31 de marzo de 2016, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2016, que en su artículo segundo, figura el Informe de valoración del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, regla de gasto y deuda pública.

961 A estos efectos, se puede señalar la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, referida a la "responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea o de tratados o de convenios internacionales de los que España sea parte", estableciendo una especie de acción de regreso, a través de un procedimiento, respecto de las Administraciones Públicas que sean responsables, siempre con un carácter proporcional.

962 Afirma E. García de Enterría (1962: 166) que: "La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo. (…) esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho".

Hauriou[963] identificaba la discrecionalidad en función del principio de autonomía, afirmando que la "cuestión del poder discrecional sólo es un aspecto particular de un problema más general: la sumisión a las reglas jurídicas de los actores jurídicos o sujetos de Derecho". Tradicionalmente, se ha vinculado el ejercicio de esa discrecionalidad con los criterios de oportunidad, considerados como criterios diferentes de legalidad[964]. Así Giannini[965] entendía que la discrecionalidad es una apreciación de la oportunidad, aunque para algún sector doctrinal la discrecionalidad no es exactamente oportunidad, ya que esta se encuentra sumida en esa[966].

A mayor abundamiento, desde un punto de vista jurisprudencial, la discrecionalidad consiste en que "el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8215/2000, FD 4.º)[967].

Sobre esta base, al derecho le interesa el núcleo mismo de la acción discrecional, concebido, según García de Enterría[968], como "un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares", escapando del control de legalidad que realiza el órgano jurisdiccional, en el cual el poder jurisdiccional sólo puede usar para su control la medida del actuar administrativo mediante criterios jurídicos generales, siendo lo general "justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos"[969].

963 A. Hauriou (1933), *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges Carré de Malberg, Sirey (pág. 78).
964 Así lo entiende Ponce Solé (2003: 109), que considera a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria como una ponderación de intereses y selección de alternativas en función de criterios extrajurídicos. Véase, también, F. Sáinz Moreno (1977), «Sobre el interés público y la legalidad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 82, págs. 439-451 (pág. 446), que distingue la legalidad como "una relación de conformidad con el derecho -no sólo con la ley formal-", de la oportunidad que se basa en "una relación de adaptación a las circunstancias que constituyen el entorno de la acción administrativa".
965 M. S. Giannini (1939), *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi,* R. Universita di Milano, Facolta di Giurisprudenza, Giuffré, Editare (pág. 52), citado por J. Sánchez Isac (1973), *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local (pág. 176).
966 Afirma Sánchez Isac (1973: 307) que "toda actividad discrecional existe siempre una apreciación de oportunidad", siguiendo a la doctrina francesa e italiana al reconocer a la oportunidad como una cuestión metajurídica.
967 Una actitud matizada ante dicha definición jurisprudencial es la de L. de la Morena y de la Morena (1978). «Los fines de interés público como "causa" y como "límite" de la competencia y como "medio" y "medida" de control jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 185, págs. 151-222 (pág. 188), quien considera que: "Si la discrecionalidad es una potestad traída y sostenida por una norma de la que, en consecuencia, no puede separarse ni liberarse; si la razón de que la norma obre así no es otra que la de dar en cada caso la solución más adecuada a la satisfacción de unos determinados intereses públicos inconcretables *a priori*; si esos intereses públicos se comportan es su estructura lógica, teleológica y fáctica, según tales autores reconocen, como verdaderos conceptos jurídicos indeterminados, la determinación de cuyo contenido «sólo permitiría, en cada caso, una solución justa» (…); si todas estas premisas son correctas (...) ¿dónde está esa libertad de elección entre indiferentes jurídicos igualmente justos-aunque más exacto seria decir «igualmente no-injustos»-".
968 García de Enterría (1962: 179).
969 Ponce Solé (2003: 122 y 123), al señalar que "la Administración y el Gobierno puedan (...) elegir la solución mejor para el interés general no significa ni que gocen de una libertad absoluta en su tarea ni que el procedimiento para adoptar el resultado, y éste en sí, sean indiferentes para el Derecho, aunque judicialmente la alternativa elegida no pueda ser discutida en virtud de razonamientos metajurídicos".

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, el ejercicio de la potestad pública reglamentaria se viene considerando de forma reiterada como una potestad discrecional (por todas, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8215/2000, FD 4.º), y así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, pues como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez[970], se trata de "un poder configurado de tal modo que en su concreto ejercicio la Administración titular del mismo goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones", siendo distinta a la potestad reglada en la cual "la vinculación es estricta", pero no por ella exenta de control, pudiendo concurrir diversas vías de control (además del judicial). Ello conecta, claramente, con la mejora regulatoria en tanto en cuanto dicho control coadyuva en la decisión pública[971].

La potestad legislativa, aun diferenciada de la potestad reglamentaria, también se considera una potestad discrecional, de forma que, como señala Fernández Rodríguez[972], es un poder "sustancialmente libre", siendo "su relación con la Constitución" de una índole "muy distinta de la que el Gobierno y la Administración tienen con la ley"[973]. En este sentido, debe insistirse en la triple función de la Constitución que han destacado García de Enterría y Fernández Rodríguez[974], esto es, "iniciar, dirigir y limitar la decisión legislativa". En virtud de lo anterior, se exige una adecuada actuación del Parlamento, ya que, como afirma Cruz Villalón[975], una ley "no sería «cualquier cosa» aprobada por el Parlamento por el procedimiento legislativo", pues la calidad de la misma se manifiesta "como atributo de la ley", que incluye tres manifestaciones diferenciadas de la norma, a saber: "una que equivaldría a *bondad, acierto, adecuación técnica*"; otra referida a la "generalidad y estabilidad" (remarca "con sus acólitos, la racionalidad y la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto"); y, por último, los "«principios» constitucionales explícitos o implícitos, derivados de la *moderna* idea de Estado de Derecho", sugiriendo la determinación de "un «umbral» de calidad para realizar un control «constitucionalmente adecuado»" y "«reflexivo» de la ley".

970 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 230).
971 J. Ponce Solé (2010), «Capítulo III. Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en J. Ponce Solé (coord.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (págs. 79-190), Madrid: Marcial Pons (pág. 94).
972 T. R. Fernández Rodríguez (2012), «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, 187, págs. 141-170 (pág. 149).
973 Se trata de un planteamiento con anclaje en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn. Al respecto, véase Bülow (1996: 751 y 753).
974 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 150).
975 P. Cruz Villalón (2003), «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», *Derecho Privado y Constitución*, 17, págs. 147-168 (págs. 148-150).

En definitiva, la sumisión progresiva del poder público a la legalidad[976] es una conquista paulatina en el Estado de Derecho y de las democracias, reduciendo su amplitud y regulando nuevos aspectos que limitan la discrecionalidad en el ejercicio del poder. Las coordenadas de este control se encuentran, en nuestro ordenamiento, en los artículos 9.1 y 103.1 CE y su conexión con el llamado principio de vinculación positiva[977], en el que debe desenvolverse la discrecionalidad[978].

En este sentido, asistimos en la actualidad a la ampliación del ámbito objetivo del control de legalidad, atendiendo a la necesidad de una adecuada relación del Derecho con la realidad, lo que supone poner en primer lugar a la ciudadanía y la satisfacción de sus intereses de una manera objetiva, razonada y coherente, y conecta directamente con la calidad normativa que se ha ido consolidando en España, a través de una regulación como la del artículo 130.2 de la LPAC, en cuya virtud las Administraciones Públicas promoverán los principios de buena regulación y cooperarán en la promoción del análisis económico en la elaboración de las normas. En mi opinión, ello confirma un giro de nuestra tradición jurídica hacia la evidencia y la legitimación funcional, siguiendo los postulados y la senda marcada por la *Nueva Gestión Pública* (*New Public of Management*)[979], el Análisis Económico del Derecho y la funcionalidad del Derecho.

Así, uno de los elementos que deben condicionar el ejercicio de la discrecionalidad es la finalidad pública perseguida con el ejercicio de la potestad pública de que se trate en cada caso, vinculada a la propia esencia de la Administración Pública, en tanto que persona jurídica de carácter instrumental, que debe actuar para la consecución de unos determinados fines, siendo esencial los medios que emplee para ello y que sus actuaciones se realicen en el marco del Derecho[980]. Esto está en consonancia con el acercamiento del Derecho a los fines, que es propio

976 Esta idea es confirmada por A. Soto Carmona (1998), «Cambios sociales y Constitución de 1978», en E. Álvarez Conde (coord.), *Administraciones públicas y Constitución reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978* (págs. 71-86), Madrid; Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 79), al determinar como uno de los elementos propios del Estado de Derecho la sujeción de todos los poderes públicos al Derecho (junto con el imperio de la ley, la igualdad de la ciudadanía ante la ley y la división de poderes). Sobre su evolución, véase G. A. Villapalos Salas (1976), *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos (págs. 18 y 35).

977 J. R. Dromi Casas (1986), *El Procedimiento Administrativo,* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local (pág. 214).

978 Afirma García de Enterría (1958: 79 y 80) que: "Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuidos de un modo positivo por el Ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el Ordenamiento". Asimismo, véase De la Morena y de la Morena (1978: 187).

979 Afirma Montoro Chiner (2001: 90) que se "caracterizaba por un *management* administrativo moderno, o una actuación administrativa orientada por sus finalidades".

980 Afirma De la Morena y de la Morena (1978: 188 y 189) que: "La realización de los fines (ser de la Administración, en cuanto es un «ser para») pasa necesariamente por la conservación de sus medios (haber de la Administración, en cuanto organización instrumental), y de ahí que el Derecho administrativo no sea otra cosa que la puesta en relación funcional

del realismo jurídico[981] de Estados Unidos y germen del nacimiento, en dicho país, del Análisis Económico del Derecho. Como hemos visto, este movimiento desarrolla el llamado *hard look* como examen jurisprudencial para asegurar las buenas decisiones mediante un procedimiento razonado (*reasoned decision making*) y aplicando el estándar del arbitrio y el capricho (*arbitrary and capricious standard*)[982].

La inclusión del interés general, en los términos del artículo 103.1 CE, supone una limitación del poder discrecional, en el sentido de que habrá que determinar si la finalidad de la potestad que se ejercita se considera propia de dicho interés [983] y si se cumple la finalidad específica determinada[984]. La dificultad estará, obviamente, como señala De la Morena y de la Morena[985], en discernir en cada caso el interés general que debe atenderse o, incluso, en determinar qué no forma parte de dicho interés[986]. De hecho, en relación con esto, no hay que identificar interés general exclusivamente con intereses públicos ni excluir intereses privados como propios del interés general[987], e, incluso, un determinado interés público puede entrar en contradicción no solo con otros intereses privados, sino, también, con otros públicos[988].

En todo caso, el interés general no solo es un límite de la discrecionalidad, sino que, también,

---

de su ser con su haber". También, afirma Ponce Solé (2010: 113) que "la Constitución de 1978 prevé, implícitamente, un auténtico deber jurídico de medios".

981 N. López Calera (2010), «El interés público: entre la ideología y el Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, págs. 123-148.

982 Ponce Solé (2010: 101 y 102).

983 Así lo reconoce J. L. Carro Fernández-Valmayor (2010), «Ética pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, 181, págs. 9-37 (pág. 12), como: "Limitación del poder que, técnicamente, se efectúa mediante la inclusión del interés general, como concepto jurídico indeterminado de carácter constitucional, en el ámbito de la legalidad administrativa a los efectos del control del fin de la actuación de las Administraciones públicas a través de la figura de la desviación de poder y demás medios de control de la discrecionalidad administrativa en la valoración de dicho interés. En este sentido, puede decirse que los intereses generales, a los que expresamente se refiere nuestra Constitución, conforman, si se quiere, y desde la perspectiva aquí adoptada, una «ética de los fines constitucionalizada», positivizada, convertida, por ello, en criterio de estricta legalidad, a la que se conectan valores instrumentales, de indudable carga ética, tales como la eficacia, la eficiencia, la objetividad o la neutralidad, también asumidos en la norma constitucional y que enmarcan la actividad discrecional de las Administraciones públicas y afectan a su propia organización y al personal que la sirve".

984 Véase Sánchez Isac (1973). También, afirma Sáinz Moreno (1977: 441) su consideración como límite legal a la acción administrativa manifestado en la desviación de poder, dicho autor establece que existen dos tipos de esa desviación: no se ha perseguido ningún fin de interés general y el fin perseguido es distinto del autorizado.

985 De la Morena y de la Morena (1978: 219).

986 Esto es señalado por Sáinz Moreno (1977: 445) en su estudio referido al Derecho francés, caracterizado por utilizar como sinónimos las expresiones *intérêt général, utilité publique, intérêt public*. Aunque señala que "la jurisprudencia se suele inspirar en dos fuentes: las declaraciones políticas de los poderes públicos y la naturaleza de las cosas".

987 Así, afirma De la Morena de la Morena (1978: 166) que: "Son posibles, pues, (...), intereses privados que no sean públicos, pero nunca intereses públicos que no sean también, y además, intereses privados". Dicho autor señala la relevancia de esa consideración a los efectos de incrementar la participación de la ciudadanía en los procesos decisorios.

988 Véase Sáinz Moreno (1977: 440 y 446), que establece que "la distinción entre interés privado e interés público no es neta – no es cuestión de cantidad ni siquiera de «dignidad» - de manera que existen intereses privados que entrañan un elemento trascendente, como sucede con los intereses profesionales, y de otro porque no siempre la relación entre ambos se presenta como contradictoria, sino que en muchos casos es conciliable e incluso concurrente".

según Sáinz Moreno[989], tiene una consideración positiva como "requisito de legalidad de la acción administrativa", siendo, además, fundamento de las potestades de la Administración, "bien porque así lo establece expresamente una norma (…), bien porque, en cualquier caso, así resulta del principio «pas d'intérêt général, pas de possibilité d'agir pour l'administration»". No obstante, considera que existen dos formas de apreciación del interés general, una *"*abstracta*"* en la cual se "exige la prueba de un interés general «por naturaleza», independiente de circunstancias específicas", atendiendo a "categorías"; y, por otro lado, su *"*apreciación concreta*",* referida "a un interés «en situación» ampliamente determinado por las circunstancias" o "hechos específicos". A mi juicio, esta segunda forma de definición conlleva un esfuerzo de concreción por la Administración que debe serle exigido en aras de la calidad normativa, favoreciendo un control más exhaustivo, no solo por el poder judicial, sino por la ciudadanía y por todos aquellos que intervienen en el procedimiento de elaboración de normas. Ello da carta de naturaleza al concepto de interés general que debe plasmarse en la documentación preparatoria de un proyecto normativo, como es la MAIN o en la consulta pública, pudiendo invertirse la carga de la prueba cuando no se expone dicho interés o se hace de forma inadecuada. No obstante, hay que remarcar que la presunción de interés general que, actualmente, acompaña la actuación "no equivale a la presunción de «buena administración»"[990].

Así, se trata de un aspecto necesario que debe incluirse en el apartado referido a la oportunidad de la norma, en la MAIN, según lo establecido en el artículo 2.1.a)1.º y 2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre (en virtud de lo indicado en el artículo 129.2 de la LPAC). Esto se encuentra desarrollado a través de la Guía Metodológica de dicha Memoria (págs. 10 y 11), al señalar como uno de sus apartados la motivación que tiene como contenido obligatorio al "interés público", concretando este y el sentido en que se encuentre afectado por la situación, así como en la determinación de los objetivos (ya que estos son una consecuencia de la situación identificada y de dicho interés público). Todo esto debe llevarnos a una evaluación de los fines, desde una racionalidad teleológica[991], cuya justificación última "trataría de ver, no si el Derecho persigue ciertos fines, sino si los fines que persigue son precisamente los que debería perseguir".

Desde esta última perspectiva, no hay duda de que un aspecto clave para el desenvolvimiento de la actuación administrativa discrecional es la motivación, entendida como aquel instrumento "por la que se hace explícita las razones de la ordenación" o para aprobar la norma jurídica (STS,

989 *Ibíd.,* págs. 439-451.
990 *Ibíd.,* pág. 444.
991 Atienza Rodríguez (1997: 37 y 38).

Sala 3.ª, ROJ n.º 8215/2000, FD 4.º)[992], garantizando una actuación administrativa en sentido amplio, pero siempre que responda a una serie de garantías como son las de legalidad y razonabilidad, además de asegurar que sea congruente y no contradictorio con la realidad que se pretende regular con la nueva norma. En este sentido, Atienza Rodríguez[993] afirma que la motivación de una decisión debe contener, por un lado, los motivos y las causas que generaron la decisión (que sería el efecto), y por el otro determinar las razones que permiten considerar la decisión concreta como algo procedente, esto es, que la justifique a la luz del Derecho vigente, de forma que debe considerarse arbitrario el acto que carece de justificación. La evaluación de impacto normativo sofistica, en este contexto, la exigencia de motivación en relación con la discrecionalidad que se plasma en la tramitación de una norma, pues habrá que considerar los motivos, causas e impactos de las normas, y, posteriormente, deberían verificarse que se han producido esos a través de la evaluación retrospectiva que se llevará a cabo tras de la aprobación de la norma[994].

Con todo, no puede dejar de señalarse que tanto la LPAC (como anteriormente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, no hacen mención expresa a la necesidad de motivar las disposiciones normativas, siguiendo con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, pero dicha ausencia, aunque generase la cuestión de si era exigible la misma en nuestro ordenamiento jurídico para los proyectos reglamentarios, se resolvió afirmativamente por la jurisprudencia[995]. En cualquier caso, esta falta de previsión expresa de la motivación en lo que toca a la aprobación de normas no puede justificarse, en mi opinión, en el grado de amplitud que tiene la discrecionalidad en este supuesto (en contraposición con los actos administrativos), puesto que la motivación constituye una garantía del actuar administrativo[996],

992 Por su parte, Fernández Rodríguez (2012: 146) considera la motivación de las decisiones discrecionales como "(…) demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables".

993 M. Atienza Rodríguez (1995), «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 85, págs. 5-26 (págs. 19 y 20).

994 Así, afirma A. Van Aaken (2003). -*Rational Choice- in der Rechtswissenschaft* (pág. 175) en J. Barnés Vázquez (2012). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública y Global Law Press, pág. 167 que la: "inseguridad de la prognosis no puede implicar la renuncia a la acción legislativa ni tampoco a la prognosis. Éstas son siempre mejores que disparar a la oscuridad".

995 A estos efectos, en un primer momento existía una jurisprudencia contradictoria sobre si las normas reglamentarias exigían o no motivación. La tendencia jurisprudencial que negaba dicha exigencia, la cual era la minoritaria, afirmaba que la normativa exigía, expresamente, dicha motivación respecto de los actos, pero no de los reglamentos (como, por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 13326/1993, FD 3.º). La tendencia jurisprudencial mayoritaria, por contra, exige la motivación de las normas reglamentarias (un claro ejemplo son las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1847/2000, FD 5.º y 1910/2001, FD 5.º). Esta controversia jurisprudencial es reseñada y justificada por D. Blanquer Criado (1998), *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid: Civitas (págs. 270-275).

996 SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 4329/2004, FD 5.º y 2425/2017, FD 5.º (esta última que la inscribe como una garantía *ad extra*). Al respecto, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en su Auto n.º 58/1984, FJ 2, en el que afirma que la Administración no opera de la misma manera cuando ejercita potestades regladas que cuando actúa sobre la base de las

teniendo en cuenta, además, que los reglamentos innovan el ordenamiento jurídico. Es más, la exigencia de motivación se establecía, tradicionalmente, en la memoria justificativa o aquella otra documentación que justificase la necesidad u oportunidad dentro del procedimiento de elaboración de normas, como ya se ha comentado. Paulatinamente, la normativa de aplicación ha ido requiriendo mayor documentación en el expediente de elaboración de normas, hasta llegar a la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que como hemos visto, y en relación a la Administración General del Estado, ha sustituido la necesidad de una justificación estática por una dinámica que se recoge en la MAIN, en el sentido de que va cambiando con distintas versiones, en atención al recorrido del procedimiento, enriquecida por la exigencia de una cantidad y calidad de datos que sirven para coadyuvar en la toma de la mejor decisión pública, así como, también, en la necesidad de plasmación, en la parte expositiva de la norma, de la adecuación a los principios de buena regulación (actualmente en el artículo 129.1 de la LPAC); y ello sin perjuicio de la exigencia de plantear en la consulta pública previa al inicio del procedimiento de elaboración de normas los problemas, objetivos, soluciones y la necesidad y oportunidad de la posible norma (artículo 133.1 de la LPAC), al margen de su corroboración con la evaluación de impacto normativo *ex post*. A mi juicio, actualmente no cabe sino justificar la necesidad de plasmación expresa e inequívoca de la obligación de motivación cuando de la aprobación de una norma se trata.

Según Martín-Retortillo Baquer[997] la motivación de las normas reglamentarias -siempre desde una concepción de los reglamentos en cuantos actos jurídicos de la Administración en sentido amplio- responde a una "triple funcionalidad": en primer lugar, a la exigencia de control indirecto por la opinión pública; en segundo lugar, a la posibilidad de concretar el "conocimiento particular de la voluntad manifestada" con un mayor grado de "certeza y exactitud", resultando "instrumento interpretativo del acto"; y en tercer lugar, como medio para realizar su control jurisdiccional[998].

De otra parte, los lugares en los que debe plasmarse dicha motivación, según la jurisprudencia, son el procedimiento de elaboración de las normas y en la parte expositiva de las mismas (según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º)[999]. Sobre la importancia del procedimiento para dicha

potestades discrecionales, afirmando el auto que: "(…) dada la multiplicidad de elementos que, sin estar concretados en la norma aplicable, pueden concurrir y ser tenidos en cuenta por la Administración a la hora de valorar la oportunidad y conveniencia para el interés público de adoptar o no una determinada decisión, con lo que ello significa de pluralidad de soluciones, justas todas ellas desde el punto de vista jurídico".

997 S. Martín-Retortillo Baquer (1957 b), «El exceso de poder como vicio del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 23, págs. 83-178 (pág. 127).

998 También lo reconoce J. González Pérez y F. González Navarro (2012), *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* Madrid: Civitas (pág. 1136).

999 Según múltiples sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas la STC n.º 132/1989, FJ 11 y 150/1990, FJ 2, las

motivación, afirma Font i Llovent [1000], en los casos de potestades normativas, "de fuerte componente discrecional, el procedimiento es uno de los instrumentos capitales para canalizar la reducción de la discrecionalidad", agregando "todos los datos y elementos que debe tener en cuenta el titular de la potestad en el momento de su ejercicio", siendo el procedimiento "un elemento importante en la tarea de racionalización en la producción del derecho y, por tanto, instrumento de reducción y control de la arbitrariedad". En la misma línea se pronuncia Ponce Solé[1001], aunque insistiendo en la necesidad de que se adopte la mejor decisión posible, teniendo en cuenta "todos los hechos relevantes".

A ello se suma que, desde la perspectiva procedimental, resulta fundamental anudar la motivación de la iniciativa normativa con la MAIN, en coherencia con su finalidad [1002], convirtiéndose así en un instrumento necesario del procedimiento para adoptar la decisión final (así en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, páginas 9 y siguientes, se señala como parte de la MAIN). Al respecto, según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5372/2016, FD 7.º, la Memoria aporta "(…) la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán de su aplicación" y "su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias". Con todo, y con independencia del contenido de la MAIN, la plasmación de la motivación se hace en todo el expediente del procedimiento de elaboración de la norma, y se proyecta como elemento directo del documento o documentos elaborados por parte del centro directivo redactor del proyecto normativo. Ello implica, en mi opinión, una comprensión más profunda, como ya se ha comentado, de la necesidad o relevancia de los trámites e impactos del procedimiento de elaboración de la norma, más allá de una mera cuestión formal, como auténtico elemento de conformación de la voluntad del órgano y cauce de expresión[1003].

partes expositivas de las normas no poseen valor normativo, y sí interpretativo de la norma jurídica.

1000 Font i Llovent (2001: 54).

1001 Ponce Solé (2010: 89).

1002 Según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5590/2016, FD 3.º, con fundamento en las SSTS, ROJ n.º 5372 y 5484/2016, "la exigencia de una Memoria del Análisis de Impacto Normativo se incorpora a nuestro Derecho con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula tal trámite (...). Nuestro país atiende, así, la recomendación de la Comisión a los Estados miembros de la Unión Europea en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, sobre legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, con la finalidad de 'permitir a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas', planteamiento que exige 'un estudio completo y equilibrado de todas las consecuencias y permite presentar un análisis exhaustivo y determinar, en su caso, el mejor término medio'".

1003 Aunque parte de la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha declarado la innecesariedad de individualizar fines y medios, como por ejemplo la STS, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º.

De otra parte, la jurisprudencia señala que la motivación debe constar en la parte expositiva, lo cual se ha reforzado con la necesaria indicación en la misma del objeto y finalidad del proyecto normativo, como también de las consultas e informes correspondientes, como señalan las directrices 12 y 13 de Técnica Normativa de la Administración General del Estado[1004]. Si a esto añadimos la necesidad de quedar justificados en la documentación del expediente los principios de buena regulación, es evidente la oportunidad de reforzar la plasmación de dicha motivación.

En virtud de lo anterior, se desprende que la motivación tiene dos vertientes que coexisten dentro de ella y que deben diferenciarse: interna, en donde se asegura la formación de la voluntad del decisor público. Y, por otro lado, externa, en la cual se plasma el fundamento de la decisión pública normativa, para que pueda ser fiscalizado tanto por la ciudadanía, como por los poderes públicos distintos a aquellos que han aprobado dicha norma, en un ejercicio de pesos y contrapesos[1005]. Tanto una como otra están interrelacionadas, no son compartimentos estancos, ya que la externa debe fundamentarse en la interna.

En cuanto a la vertiente interna de la motivación, la formación de la voluntad debe realizarse con aportaciones que otorguen el conocimiento necesario para decidir conforme a las circunstancias y aspirando a alcanzar la excelencia, en clave de calidad normativa. El contenido de dicha motivación se compondrá de elementos de distintas ramas multidisciplinares que afectan a la sociedad, pudiendo aportar elementos jurídicos, políticos, técnicos, etc. Según la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo manifestada, por ejemplo, en la sentencia ROJ n.º 5815/2010, FD 5.º C, la motivación debe ser racional y razonable y "no puede ser utilizada para resolver problemas ajenos al propio objeto de su regulación material". Pero, además, la fundamentación debe ser objetiva, evitando, así, incurrir en arbitrariedad[1006], sobre hechos

1004 Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, publicado en el *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2005.

1005 La motivación es "un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos", una garantía esencial del derecho de defensa, incardinada en el haz de facultades que corresponde al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente la STC n.º 26/1981, así lo cita la STC n.º 52/1995, FJ 5. Esto es expresión de una máxima propia de Montesquieu que plasma la separación de poderes que propugnaba: "Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder" [Montesquieu (1906), *El espíritu de las leyes Tomo I,* (versión al castellano) traducido por S. García del Mazo, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, pág. 15]. Dicha obligación de exteriorización de la justificación es fundamentada por la jurisprudencia en que "sólo así podrá ser real y efectivo el control judicial de la eventual arbitrariedad de la norma" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º).

1006 La STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º establece que "puede incorporar contenidos diversos al producto normativo en que se concreta, dentro de los márgenes que permiten los principios de reserva de ley, legalidad y relación de jerarquía normativa, pero es preciso que dicho contenido tenga una fundamentación objetiva por exigencia derivada del artículo 9.3 de la Constitución".

contrastables[1007], debiendo existir una coherencia entre la regulación que establece la norma reglamentaria y la realidad social sobre la que se proyecta[1008].

Por último, la motivación tendrá diferentes grados de intensidad en conexión directa con los de la discrecionalidad de la decisión pública normativa a adoptar, y en aras de su necesario control. En este sentido, el control será de legalidad, atendiendo a si la norma ha incurrido en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. En todo caso, ya sea un control de legalidad o el control de constitucionalidad (en este último supuesto en el ejercicio de la potestad legislativa, sin olvidarnos de la necesidad de un previo control del parlamento de la iniciativa legislativa o norma legal aprobada por el Gobierno), el mismo es modulable en virtud del grado de discrecionalidad de la propia norma a elaborar[1009], así el control de discrecionalidad debería ser directamente proporcional al nivel de esta en el ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa.

Al respecto, siguiendo a García de Enterría[1010], se pueden establecer distintos elementos de control de la discrecionalidad correspondiente a la toma de decisión en el ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa, diferenciando entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los hechos determinantes, y control de los principios generales del Derecho. A estos tres elementos me referiré someramente:

En relación con la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, basta señalar, como ha afirmado el propio García de Enterría[1011], que en estos últimos debe concretarse

1007 Según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 845/2018, FD 5.º, b): "Bastará, en consecuencia, con determinar, también con carácter general, si al tiempo de elaboración de la Orden se utilizaron criterios objetivos y contrastables en los que fundar los elementos que se tomaron en consideración".

1008 Como establece la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 11844/1992, FD 1.º, ya que "la potestad discrecional de la Administración (...) únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta de su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue".

1009 El grado de discrecionalidad reglamentaria, por ejemplo –que es diferente a la discrecionalidad del acto administrativo- dependerá según Ponce Solé (2003: 104-117) de varios criterios como son: 1) El sujeto que ejerce la potestad discrecional. 2) Las relaciones entre ley y reglamento, de forma que cuanto menor sea la relación mayor será la discrecionalidad; así, por ejemplo, en un reglamento ejecutivo la discrecionalidad es menor que en los reglamentos independientes, y. dentro de los reglamentos ejecutivos, la discrecionalidad dependerá de la exhaustividad de la regulación legal sobre la materia a desarrollar. 3) El momento temporal en el que se ejerza la potestad reglamentaria (dependerá de la relación existente entre la ley y el reglamento y su determinación de forma expresa o no por una norma con rango de ley). 4) El contenido de la norma (la discrecionalidad es bastante amplia en normativas esencialmente técnicas, donde se llevará a cabo una evaluación de riesgos).

1010 García de Enterría (2011: 40-56).

1011 Afirma García de Enterría (2011: 42 y 43) que "(…) un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta".

su alcance o significado en cada caso "(…) acudiendo a criterios de valor o experiencia, según la naturaleza del concepto", de forma que "lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión", de forma que se lleva a cabo "un proceso de juicio o estimación", y no "un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad", y ello sin perjuicio de que la autoridad que aplica el concepto jurídico indeterminado también disfruta de un cierto margen de apreciación[1012].

Respecto del control de los hechos determinantes, ya se ha mencionado la necesidad de la comprobación de la realidad que se acentúa con las exigencias normativas establecidas al respecto. Así, Calvo Charro[1013] identifica este elemento (aunque en relación al momento oportuno para dictar un reglamento) con que "el Gobierno habrá de tener presente las exigencias y circunstancias sociales que demandan tal normativa", siendo "hechos que son «… tal como la realidad los exterioriza y que no lo es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración...»".

Finalmente, en relación con el control de los principios generales del Derecho, existe la opinión compartida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de que los principios generales del Derecho son un límite sustancial en el ejercicio del poder discrecional. Así, Calvo Charro[1014] afirma que "constituyen un límite y facilitan el control de esta actuación discrecional del Gobierno que habrá de ajustarse a las exigencias de dichos principios, en especial, al de interdicción de la arbitrariedad (ex art. 9.3 CE)". Pero, al ser los principios generales del Derecho el sustrato del ordenamiento jurídico como afirman García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 520), aspecto ya mencionado en el Capítulo I, como tales no solo forman parte del Derecho, sino que "lo fundamentan y estructuran", ya que "la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender serlo", no pudiendo "apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de Derecho operante"[1015]. Principios que, como hemos manifestado anteriormente, se aplican a la elaboración de normas con

1012 Así también lo entiende el Consejo de Estado (2016: 243), al señalar que "la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, categoría bien conocida en el derecho público, tanto español como comparado, y que precisamente ha servido y sirve como instrumento de control de la acción administrativa, no equivale a «vaguedad» e «imprecisión». En efecto, todo concepto jurídico indeterminado tiene, de una parte, un núcleo, cierto y seguro, que constituye su significado primario y que está configurado por datos previos objetivos y determinados, y, de otro lado, un halo, zona que rodea al núcleo, zona donde no existe una certeza previa y cuya determinación exige desplegar la idea nuclear del concepto".
1013 Véase M. Calvo Charro (1995), «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 137, págs. 239-272 (pág. 255).
1014 *Ibíd.*, pág. 255.
1015 García de Enterría (2011: 50 y 51).

rango de ley con independencia de su positivización.

La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo es, también, coincidente con dicha doctrina. Así, por ejemplo, en la STS n.º ROJ 4389/2015, FD 5.º afirma, de manera contundente, que antes, durante y después de la entrada en vigor de la Constitución, especialmente con sus mandatos contenidos en los "artículos 9.1, 9.3, in fine, 103.1 y 106.1", la doctrina jurisprudencial del Tribunal "ha venido afirmando sin ambages que uno de los límites sustanciales de la potestad reglamentaria", sin perjuicio de su consideración discrecional, "es el del respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, al que consagra la interdicción de la arbitrariedad (...)"[1016]. Adicionalmente, considera que se trata de un "límite asimismo afirmado en los países de nuestro entorno y en el propio Derecho de la Unión Europea"[1017].

Ese principio exige que la fundamentación de la norma debe ser objetiva[1018] y razonable, como establece la STS Sala 3.ª, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º[1019], hasta el punto de permitir en otro caso la anulación de la norma reglamentaria. En este sentido, la propia jurisprudencia viene diferenciando entre discrecionalidad y arbitrariedad, tal y como ejemplifica la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia ROJ n.º 2600/2013, FD 2.º[1020], en cuya virtud se afirma que son "antagónicos, 'pues

1016 La redacción actual del artículo 9.3 tiene su origen en la enmienda n.º 1 al proyecto de Constitución presentada por el senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, con la siguiente justificación: al incorporarse "tan importantes principios, vale la pena aprovechar para dar cabida al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desarrollado por la doctrina, asimilado por la jurisprudencia y que puede surtir beneficiosos efectos a la hora de informar la actuación de todo el aparato público". En defensa de lo antedicho, argumentó que: "es una bonita concreción que trabajosamente ha ido construyéndose (…), principio, valor, llámese como se llame, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (…) acierta a conformar unas reglas interpretativas (…) a propósito de la actuación de los poderes públicos (…) Amplio poder sí, pero que se sepa que, al ejercerlo, la libertad que se concede impide en todo caso la arbitrariedad" [Cortes Generales (1980), *Constitución española. Trabajos parlamentarios, vol. III*, Madrid: Cortes Generales (págs. 2665 y 3149)].

1017 Así, por ejemplo, el artículo 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al señalar que: "Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados" (anteriormente, el artículo 253 del Tratado de la Comunidad Europea).

1018 Así, en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5815/2010, FD 5.º, se establece que para que la motivación sea válida en Derecho debe tener una justificación objetiva, "que como tal permita ver que puede derivar o tener su sustento en necesidades o conveniencias más o menos intensas, más o menos perceptibles del ordenamiento jurídico". Con esto, se proscribe la mera justificación subjetiva, que expresase "sólo el querer, el deseo" y "la voluntad de quien adopta la decisión". Para esto, es necesario "exteriorizar alguna razón (…) ligada al fin de servir con objetividad los intereses generales y/o a los principios de actuación de las Administraciones Públicas, proclamado, todo ello, en el artículo 103.1 de la CE".

1019 En esta sentencia se sintetiza la doctrina de dicho Tribunal al respecto, afirmando que el "principio de interdicción de la arbitrariedad supone la necesidad de que el contenido de la norma no aparezca carente de fundamentación objetiva, no resulte incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la 'naturaleza de las cosas' o la esencia de las instituciones (...) El concepto de arbitrariedad se vincula, así, en su esencia última, al concepto de motivación y a la necesidad de justificación".

1020 En el supuesto concreto, en dicha sentencia se señala en su FD 2.º que "el Real Decreto impugnado en su disposición adicional primera incurre en manifiesta arbitrariedad. En el expediente administrativo no consta ni un solo informe que justifique siquiera mínimamente la exclusión que contempla, carece de la mínima motivación exigible en el actuar administrativo (también en el ejercicio de la potestad reglamentaria) que permita una mínima fundamentación de la decisión que adopta. La Administración, en el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria, no puede hacer sin más lo que a ella le plazca, sino que su actuar debe estar motivado, fundamentado y justificado, más aún cuando se trata de eliminar derechos reconocidos a los ciudadanos, y nada de ello aparece en el expediente. Así pues la falta absoluta de

lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable'" y, por otro lado, "lo arbitrario o no tiene motivación respetable, sino 'pura y simplemente' la conocida «sit pro rationevoluntas» o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad".

La arbitrariedad supone, pues, un actuar fuera de la norma, al margen de esta y, por tanto, sin capacidad para fundamentar de manera objetiva la actuación administrativa[1021]. Al respecto, Fernández Rodríguez[1022] afirma que la discrecionalidad cuenta con el respaldo de una fundamentación que lo sostiene (debe haber motivación, aunque sea sucinta), mientras que la arbitrariedad se funda en la mera voluntad o el puro capricho de los administradores. En mi opinión, tratándose de normas, la motivación de la actuación administrativa debe superar la exigencia de motivación sucinta de los actos administrativos, dado que aquella va a innovar el ordenamiento jurídico. De hecho, por efecto de esta última consideración, la motivación sucinta supone contradecir al legislador actualmente, que requiere poner de manifiesto las evidencias en la decisión pública, exigiendo una amplia información que debe aportarse en el procedimiento, de forma que la suficiencia al adoptar una decisión pública normativa implica una exigencia al poder público decisor de obtener la máxima (y mejor) información al respecto para aprobar la norma, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad. De lo contrario se estaría justificando una motivación escueta como suficiente, facilitando, en mi opinión, una falta de actividad a estos efectos[1023].

Con todo, en relación con el control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad normativa, la jurisprudencia ha sufrido una evolución en el tiempo desde mitad del siglo pasado, de forma que ha pasado de una "actitud respetuosa del órgano jurisdiccional, con relación a la potestad administrativa que, en general, se considera ajustada a derecho"[1024], a una posición que, como afirma Ponce Solé[1025], es vacilante, en el sentido de que el Tribunal Supremo parece mostrarse, en ocasiones, "laxo en relación con el *estándar de exigencia* que establece el contenido de la fundamentación y justificación de los reglamentos, en aplicación de la legislación vigente"

motivación y justificación de que adolece la citada disposición determina su nulidad por la manifiesta arbitrariedad en que ha incurrido la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el aspecto señalado, conculcando el principio proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución que constituye un límite insoslayable".

1021 Téngase en cuenta la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 7153/2011, FD 4.º.

1022 Véase T. R. Fernández Rodríguez (1991), *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Madrid: Civitas (págs. 105-109).

1023 Así Ponce Solé (2010: 88) determina que: "Las Administraciones Públicas deben tomar decisiones legales, y, como parte de la legalidad, ello implica que sean de calidad, adecuadas, esto es, racionales, eficaces, objetivas y coordinadas".

1024 Sánchez Isac (1973: 255).

1025 Ponce Solé (2009: 235 y 236).

(remitiéndose, por ejemplo, a las "sentencias de 9 de febrero de 1999", "12 de mayo de 1999", "10 de marzo de 2003"), y en otras entra a un análisis minucioso de estas cuestiones (el autor cita las "sentencias de 2 de junio de 1997", "10 de julio de 1999", "13 de noviembre de 2001" y "23 de mayo de 2006"). Este autor señala que esta última parece ser la tendencia, en el marco del "control judicial de la calidad normativa reglamentaria".

En cierto modo, este control vacilante coincide con la evolución jurisprudencial analizada con anterioridad sobre el alcance de los vicios de los trámites procedimentales en la elaboración de normas. Y, en todo caso, debe señalarse que este control se encuentra limitado por lo establecido en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en cuya virtud los "órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados", y que ha sido refrendado por la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, manifestada, por ejemplo, en la STS, ROJ n.º 2012/2016, donde se establece, como regla general, la prohibición del ejercicio abusivo de la jurisdicción, sin perjuicio de algunas excepciones[1026].

Desde esta última perspectiva, es necesario insistir en la importancia de elementos claves del procedimiento de elaboración de la norma, como instrumentos que van a facilitar el control del ejercicio de la potestad normativa. En este sentido, es importante la previsión del artículo 133.1.d) de la LPAC, sobre el trámite de consulta pública previa al inicio del procedimiento de elaboración de normas, a efectos de verificar las distintas soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias. Y, junto a ello, debe destacarse que en la MAIN ha de recogerse, como contenido necesario, un análisis de las alternativas, justificando la que tenga un carácter normativo [artículo 2.1.a)3.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, y su Guía Metodológica, páginas 12 y 13][1027], de forma que dichas soluciones no solo deben ser tenidas en cuenta por quien vaya a aprobar la norma, sino, también, por las distintas personas que participan en el procedimiento y por aquellos que realizan el control de legalidad. Pero, es más, estas soluciones alternativas plasmadas deben justificarse en virtud de una serie de principios y deben ser lo más favorables posible al interés general[1028]. La

1026 Por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2836/2005, en relación con la adopción de la medida pública desde el principio de proporcionalidad, que es desarrollado por Betancor Rodríguez (2009: 79-82). En este caso, el Tribunal, además de anular la decisión, la sustituye por un nuevo plazo más corto, sobrepasando uno de los límites del control de la discrecionalidad, siempre que tenga los elementos de hecho suficientes en el expediente para su deducción, además, de ser la única decisión razonable.

1027 En el ámbito autonómico, véase Gobierno de Castilla y León (2010), *Dossier de Mejora de la Regulación, elaborado por la Consejería de Administración Autonómica de la Junta de Castilla y León* (págs. 8 y siguientes). Al respecto, en el ámbito doctrinal se puede señalar, por ejemplo, a Zapatero Gómez (2009: 100-112).

1028 Como aspectos que hay que tener en cuenta, la Guía Metodológica determina la obligación de que se atienda

cuestión, entonces, será si el órgano jurisdiccional podría anular la decisión administrativa concretada en la aprobación de una norma con un contenido específico, si aquellos que se encuentran afectados por la misma justifican un mayor perjuicio a la finalidad específica e interés general, demostrable con datos objetivos, y si ello no supondría ir más allá de lo establecido en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, acercando los controles de la potestad normativa española al supuesto del control judicial de la regulación en los Estados Unidos, como se ha comentado, de manera que en el caso de no tener en cuenta las alternativas de forma objetiva, se está ante una causa de nulidad de la norma apreciable por parte del poder judicial[1029]. En mi opinión, esto supondría un replanteamiento de la concepción de la discrecionalidad en relación con la existencia de varias soluciones justas, puesto que las mismas están siendo, en cierta medida, limitadas. Piénsese, en este sentido, que es una actuación discrecional la decisión de iniciar el procedimiento[1030].

En mi opinión, estamos asistiendo a una transformación en el control de la discrecionalidad derivada del ejercicio de la potestad pública normativa, que no debe ser visto sólo desde un punto de vista negativo (al considerarlo límites o controles), sino, también, en positivo, generando un cambio de mentalidad, pues, como afirma Carrillo Donaire[1031], el "«control de calidad» de la decisión discrecional, (…) no se limita a consagrar el deber de la Administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera el de limitarse a cumplir con la legalidad", sino, también, "el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de «acertar» (adoptando de modo diligente decisiones adecuadas, de calidad) que a la de «no

especialmente "a la proporcionalidad y a la eficiencia, en el sentido de que la propuesta permita alcanzar la consecución de los objetivos con el menor número de efectos indeseados y haciendo un uso óptimo de los recursos aplicados". Sobre la determinación del interés público, afirma Zapatero Gómez (2009: 49) que son los motivos de la regulación: "la justificación de la intervención de los poderes públicos no se ha debido sólo a razones económicas, sino que existen fundamentos no económicos. Unas y otras -razones de eficiencia y razones de justicia- o una mezcla de ambos tipos de razones han constituido tradicionalmente el fundamento de la llamada teoría del interés público". No obstante, y volviendo a lo señalado en la Guía, dada la consideración de derecho blando de la misma, habría que mencionar que aquí se plasman principios de buena regulación como son el de proporcionalidad, eficiencia y eficacia, teniendo, además, en cuenta los impactos producidos, siendo necesario hacer una valoración global y objetiva para determinar el carácter racional y razonable de la decisión.

1029 Esto se denomina "test de la adecuada consideración", que según Ponce Solé (2010: 103) lo aplican, regularmente, los tribunales de instancia norteamericanos, "como fundamento para concluir que un reglamento es arbitrario o caprichoso", ya que "una agencia no consideró «adecuadamente» los comentarios críticos a su norma propuesta, alternativas potenciales a tal norma y estudios inconsistentes con los elementos de hecho en que se basa ésta".

1030 Al respecto, hay que diferenciar, por ejemplo, en los reglamentos, el tipo de reglamento, ya que siendo este ejecutivo estará condicionado a lo que establezca la ley que desarrolla. En este sentido lo prevé Calvo Charro (1995: 254), al determinar que es así, aunque no establezca nada la ley al respecto, siendo un acto debido pero dotado de cierta discrecionalidad. En este sentido, afirma que, al caso, la "discrecionalidad del Gobierno (en cuanto al plazo) es relativa, puesto que habrá de actuar en función de lo que demanden los intereses en presencia y siempre dentro de un plazo «razonable» ateniéndose, en todo caso, al principio de «oportunidad»", en relación con el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

1031 J. A. Carrillo Donaire (2012), «Comentario al art. 31 en Comentarios al EAA», en J. Pardo Falcón (Coord.), *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía, Tomo I* (págs. 500-515), Sevilla: Parlamento de Andalucía (págs. 513 y 514).

fallar» (que representaría el parámetro de la legalidad)"[1032].

Estamos en presencia de una nueva perspectiva o paradigma en la forma de concebir las decisiones públicas y, por ende, de ejercer el poder público, de forma que la persona titular que ostenta el ejercicio de la potestad pública normativa debe tener en cuenta otros aspectos al adoptar una decisión normativa que trascienden del aspecto estrictamente jurídico, y que van en consonancia con la *better regulation* y la evaluación de impacto normativo, como una técnica multidisciplinar que propicia una nueva posición respecto de la discrecionalidad en el ejercicio de dicho poder, basado en el conocimiento, la participación, la identificación de los fines a los que responde, la resolución de los problemas planteados, el análisis de datos fácticos: todos estos elementos constituyen un soporte para aquel que tiene que tomar la decisión pública, sin perjuicio de la transparencia y la legitimación de su decisión, a efectos de responder ante los demás. Es evidente que debe existir un núcleo de discrecionalidad[1033], pero debe evitarse su uso desmedido, buscándose el justo equilibrio en el mismo[1034].

Desde esta última perspectiva, la discrecionalidad tiene como límite el control de legalidad que realizan los distintos órganos, especialmente los órganos jurisdiccionales[1035,] y que supone una garantía de "legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8215/2000, FD 4.º). La novedad estriba en la inclusión de la juridificación de aspectos metajurídicos, que nos sitúan en un nuevo escenario para la discrecionalidad, alineándose en el contexto marcado por la Unión Europea, en el cual debe establecerse un adecuado equilibrio entre una limitación excesiva de la discrecionalidad y un uso excesivo de esta, replanteándose la presunción de racionalidad, condicionada ahora, entre otros aspectos, por una adecuada actuación en el procedimiento.

1032 Véase Ponce Solé (2003: 121).

1033 Afirma R. Chapus (1992), *Droit Administrative Général*. *Tome 1*, París: Montchrestien (pág. 773), que "es normal y hasta necesario que el Derecho confiera a la Administración libertad de elección, pues el interés general no podría avenirse con una Administración concebida como un robot de conducta programada, la legalidad no es el único criterio que se ha de tener en cuenta. La oportunidad también debe contar. Sería lamentable que el principio de legalidad contenga unas exigencias tan estrictas que con frecuencia impusieran actuaciones inoportunas a las autoridades administrativas".

1034 OCDE (2006), *La modernización del Estado: el camino a seguir*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 221), remarca que una desmesurada discrecionalidad produce efectos perjudiciales, ya que los "gobiernos siempre han intentado buscar un equilibrio entre flexibilidad y control para sus sistemas administrativos. Si los empleados públicos disfrutan de demasiada discrecionalidad, puede haber abusos de autoridad, distorsiones en la política, juicios y valoraciones interesados y corrupción". Aunque, de igual modo, hay que evitar el otro extremo, ya que, si esta "discrecionalidad se limita demasiado mediante reglas y normas, pueden generarse ineficiencias y socavarse la capacidad de respuesta de la Administración".

1035 Por parte de estos órganos existe un auténtico deber de control, que tiene su fundamento en los artículos 106.1 y 117.3 CE en relación con los límites de la discrecionalidad. Así, "el control de legalidad" supondrá para las disposiciones generales y, en general, para la actuación de la Administración "que la constitucionalidad y el respeto a los valores que consagra la norma fundamental sean ineludibles parámetros de contraste" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4389/2015, FD 5.º).

En definitiva, nos encaminamos hacia un nuevo modelo de motivación, no solo de las disposiciones administrativas, sino de cualquier norma jurídica, con la plena implantación de la gobernanza regulatoria en España, que debería generar un cambio en la motivación del producto normativo final. Esto es así, por varios factores, pero, especialmente, porque se introducen principios generales propios que inciden en aspectos esencialmente incardinados en la oportunidad (como es el principio de eficacia, por ejemplo, y se refuerza el papel del principio de proporcionalidad), debiendo constar en la parte expositiva de la norma, y como elementos vertebradores de su procedimiento de elaboración, plasmándose, también, en la MAIN. A ello se suma, como ya se ha indicado, que en todo el proceso de análisis de impacto normativo y el procedimiento de elaboración de normas se establece la necesidad de recopilar información para decidir con mayor conocimiento, atendiendo a la evidencia. Por efecto de lo anterior, el regulador debe adoptar una decisión pública teniendo en cuenta varias opciones, pero estas estarán condicionadas por un proceso de evaluación, en el que se presentan una serie de aspectos técnicos-jurídicos que hay que tener en cuenta por la conexión con los principios de buena regulación a la hora de adoptar una decisión razonable, esto es, la consecución de los objetivos para la resolución de un problema, que suponga el menor coste posible, teniendo en cuenta distintas opciones o alternativas, y/o la elección de la opción menos restrictiva en virtud de los impactos que pueden generarse, ponderando los intereses en juego, y adoptando, al respecto, una decisión objetiva favorable al interés general y coherente con el ordenamiento jurídico, con la garantía de la participación de la ciudadanía y la accesibilidad al mismo. Si falla alguno de los elementos de la ecuación, falla toda ella, no solo por la importancia del ejercicio de la potestad pública normativa y los efectos para la ciudadanía que son, también, de un gran calado, sino, porque, además, dichos elementos están interrelacionados, como se expondrá detenidamente en el Capítulo IV.

CAPÍTULO IV

LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO COMO PIEZA CENTRAL DEL DESARROLLO DE LA CALIDAD NORMATIVA EN ESPAÑA

4.1. **Aspectos generales de la Evaluación de Impacto Normativo en el ordenamiento español.**

4.1.1. *Definición, características y naturaleza*.

No existe una definición normativa específica y unívoca, ni en la Administración General del Estado ni en las distintas Comunidades Autónomas, de lo que se entiende por evaluación o análisis de impacto normativo[1036], a diferencia de la MAIN, cuya regulación se lleva a cabo, en el ámbito estatal, fundamentalmente, en la Ley 50/1997, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. No obstante, sí se define en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en su página 4 como "una herramienta para la mejora de la regulación, mediante la cual se sistematiza y ordena la información relevante para valorar el impacto de una iniciativa normativa con el fin de ayudar en el proceso de su aprobación" [1037].

De dicha definición se pueden extraer una serie de elementos que la conforman: En primer lugar, se trata de una herramienta para la mejora de la regulación; y, en segundo lugar, estructura la información relevante para el análisis, a lo que se suma la necesidad de llevar a cabo un diálogo

1036 Pero, además, no todas las Comunidades Autónomas recogen, propiamente, una mención a la evaluación o análisis de impacto normativo o, acaso, del documento en el cual se plasma. Entre las Comunidades Autónomas que sí lo establecen encontramos, por ejemplo, la Región de Murcia que, en su Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (aprobada por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 6 de febrero de 2015, publicado mediante Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, *BORM*, n.º 42, de 20 de febrero de 2015), página 6, define al Análisis de Impacto Normativo como "herramienta útil para la mejora de la regulación, sistematizando y ordenando la información relevante para valorar el impacto en cualquier ámbito de una iniciativa normativa, ayudando así a la toma de decisiones". De otro lado, en la Administración General del Estado se positivizó este concepto en el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, concretamente en su artículo 6.2.e) y j), utilizando distintas denominaciones como son: análisis o evaluaciones de impacto regulatorio o normativo. El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en su preámbulo, señalaba el análisis de impacto normativo, no haciendo mención en su parte dispositiva al análisis y sí regulando la memoria en la cual se plasma, determinándola como instrumento clave del análisis. Con posterioridad, tras la aprobación de las LPAC y LRJSP, se mantiene el mismo planteamiento. Por último, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, también incide en lo señalado por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Dentro de las Comunidades Autónomas, se le ha dado distintas denominaciones a la evaluación de impacto normativo. Un caso particular es el de Castilla y León que distingue entre evaluaciones de impacto al respecto, donde prevé, por un lado, la Evaluación de Impacto Normativo que se contiene en el artículo 4 del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, y, por otro lado, la Evaluación de Impacto Administrativo que se regula en su artículo 5.

1037 La MAIN se define en la Guía Metodológica de esa Memoria, página 5 como "el documento en el que se recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, justificando su oportunidad y necesidad y realizando una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad que tendrá su aprobación". En el ámbito de las Comunidades Autónomas también encontramos la distinción entre evaluación y memoria, como es el caso, por ejemplo, de la Región de Murcia, en su Guía Metodológica, página 6.

con la ciudadanía: la evaluación tiene, así, una componente procedimental y dinámica que es fundamental. En tercer lugar, tiene como objetivo fundamental la valoración del impacto de una iniciativa normativa para facilitar la toma de decisión de aprobar la norma[1038], sin sustituirla, siendo necesario una acción evaluativa del impacto en la realidad, descomponiendo, esta, en los ámbitos determinados legalmente más relevantes para la sociedad, lo cual evidencia el carácter específico, multidisciplinar y preferente de la evaluación ante la dificultad de medir toda la realidad.

En todo caso, la evaluación tendrá un carácter único[1039], aunque compuesto, a su vez, de distintas evaluaciones de cada uno de los impactos y subimpactos. El análisis de impacto normativo conlleva un proceso detallado, alejado de la participación y de ejercicios valorativos, que sí se realiza en la evaluación, llevándose a cabo un examen de los elementos que conforman el impacto en la realidad de la decisión pública, reflejando con dicha denominación, como ya mencioné en el Capítulo I, una postura más alejada de la gobernanza regulatoria. La evaluación precisa el establecimiento de una metodología para su aplicación, que deberá atender a las circunstancias del caso concreto, pero que, en todo caso, deberá identificar argumentos a favor y en contra en relación con las distintas propuestas u opciones.

En cuarto lugar, la evaluación de impacto normativo deberá llevarse a cabo a través de un *iter* necesario para recopilar la información, con la necesaria participación de la ciudadanía, y el análisis o valoración de los impactos.

A ello se suma que el objeto de evaluación es la iniciativa normativa, predeterminando la solución ante un determinado problema, lo que implica un cierto sesgo en la configuración de la evaluación de impacto normativo en nuestro ordenamiento. No obstante, debe destacarse el carácter novedoso en nuestra tradición jurídica española, como establecía la propia Guía metodológica[1040], refrendado por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, de forma que no es

1038 Así, lo establece la Guía de buenas prácticas para la elaboración y la revisión normativa con incidencia en la actividad económica de Cataluña, página 17, donde se resumen las características que define a dicha evaluación de impacto normativo, señalando que es un "mecanismo de análisis habitualmente utilizado en la mayoría de estados miembros de la Unión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico", "para valorar las diferentes opciones existentes para conseguir un objetivo concreto, y los impactos positivos y negativos de cada una de ellas, siendo un instrumento de soporte a la toma de decisiones para la adopción de una nueva regulación normativa, como para revisar la normativa vigente".

1039 Artículo 4.2 *in fine* del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

1040 Su implantación novedosa en España puede responder a distintas causas, en mi opinión, a un cambio cultural hacia una racionalidad justificativa de la decisión, la influencia de la política de mejora regulatoria exterior en España, la crisis económica y su inactividad política para contrarrestarla, lo que conllevó a su adopción con apresuramiento, incompleta (con un perfil marcadamente económico) y legalista, siendo la respuesta española parecida a la de otros Estados europeos (por ejemplo Grecia, el cual llevó a cabo dicha recepción a través de un instrumento de *soft-law* y de forma completa, pero con un visión bastante formal y no vinculante, recordando a la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria

un añadido en el procedimiento de elaboración de normas jurídicas, sino que debe ser considerada una modificación del mismo en su forma de concebirlo, como instrumento para adoptar decisiones políticas con un mayor conocimiento sobre la materia sobre la que es objeto, ya que el "análisis de impacto normativo" es un instrumento de la política de calidad normativa, algo nuevo y distinto de lo que ya existía. Ello contrasta con el enfoque del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que concebía dicho análisis como un elemento ya dado en el procedimiento, y que fue criticado por el Consejo de Estado[1041], en el sentido de que no podía percibirse como la mera unión en único documento de la memoria justificativa, informe de necesidad y oportunidad, memoria económica y el informe sobre el impacto de género[1042] (artículo 1.2[1043]), dado que ello respondía a una realidad parcial de lo que supone el análisis del impacto normativo, en términos recognoscibles por la Unión Europea en su programa "Legislar mejor"(2002) y por las recomendaciones de la OCDE[1044]. No obstante, no puede desconocerse que la Guía supone una cierta superación del mencionado precepto, al extender el ámbito de la memoria a otros trámites (como la memoria de la competencia y el informe de valoración de alegaciones), sin perjuicio de que no se llega a un análisis completo, al carecer de previsiones como la determinación de una metodología de decisión del análisis, superadora de la concepción de la Metodología de Costes Estándar como elemento de determinación de la reducción de las cargas administrativas, en el marco del impacto económico.

---

del Análisis de Impacto Normativo). Véase, al respecto, G. Dellis (2013), «Capítulo Séptimo: ¿Se le pueden enseñar al viejo sistema de Derecho Público nuevas técnicas?», en J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 227-257), Sevilla: Global Law Press.

1041 El Consejo de Estado, en su dictamen n.º 419/2009, establecía que dicho instrumento supone un cambio en la concepción del propio procedimiento administrativo de elaboración de normas, ya que se modifica, con la Evaluación de Impacto Normativo, el foco de la tradición justificativa hacia la reflexión analítica basada en el conocimiento, y, que no supone una mera yuxtaposición de trámites del procedimiento administrativo especial de elaboración de normas. El carácter tradicional de la documentación justificativa de los proyectos normativos es recalcado por Zapatero Gómez (2009: 311), quien afirma que la memoria "no es más que un documento que se redacta *a posteriori*, a la vista del texto normativo ya cerrado, y como un trámite más que hay que cumplir pero cuya importancia no se valora", suponiendo "una justificación" realizada posteriormente "del trabajo realizado".

1042 Así, también, lo afirma la OCDE (2011 b: 59), al establecer que se ha implantado "recientemente un proceso de evaluación de impacto mejorado, dándole cuerpo al compromiso teórico de la Ley referente a la administración de 1997" cuyo "principal objetivo es redactar una memoria integrada de análisis del impacto normativo obligatorio para la administración central. Lo que antes era tres elementos diferentes del 'expediente legislativo' son partes integrales obligatorias de un único documento". El Consejo de Estado en su dictamen 419/2009 afirmó que era aconsejable modificar la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, concretamente sus artículos 22 y 24 (ya que la MAIN no existía como tal) y no su sentido a través de una norma reglamentaria, en virtud de una asimilación entre dichos trámites y el Análisis de Impacto Normativo, desnaturalizando el verdadero significado de este. Dicha posición se fundamentaba en que la MAIN se refiere a una concepción sustantiva que, generalmente entendida, "no tiene reflejo en nuestro ordenamiento", ya que sobrepasaba el "contenido y el alcance de los informes" que eran impuestos, por lo que no se identificaba con la memoria que los agrupaba, ya que dichos informes exigidos no estaban "conformados desde la perspectiva unitaria y completa que inspira la noción de 'análisis de impacto normativo'", aspecto que no se consigue "por su mera yuxtaposición en un informe" cuyo objeto deba ser más amplio. Esto se debe, según el Consejo de Estado, a que las memorias e informes reseñados tenían "una sustantividad propia, legalmente conformada".

1043 Afirma, al respecto, que las "memorias, estudios e informes que se contemplan" estarán recogidos "en un único documento que se denominará «Memoria del análisis de impacto normativo», que deberá redactar el órgano o centro directivo proponente del proyecto normativo de forma simultánea a la elaboración de este."

1044 Los Ministros de dicha Organización aprobaron, en 1997, el informe sobre reforma regulatoria (OCDE 1997 a), donde recomendaba a los Gobiernos "introducir la evaluación de impacto regulatorio en el desarrollo, revisión y reforma de la regulación" (remítase al Capítulo II de este Trabajo).

No obstante, se trata de un aspecto que ha cambiado con la aprobación de la LRJSP, influido por el Consejo de Estado, y el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, como se expondrá.

En último lugar, la MAIN, como pieza clave de la evaluación, es un documento que adquiere sustantivamente un carácter dinámico, en consonancia con el artículo 2.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que determina que el órgano administrativo correspondiente que elabora la memoria llevará a cabo una actualización de su contenido atendiendo al devenir del procedimiento de elaboración de normas, de especial relevancia, a los efectos de trasparencia, la parte referida a la descripción de la tramitación y consultas. Se supera y mejora la regulación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio[1045].

En definitiva, se puede afirmar que la evaluación de impacto normativo es un instrumento de la política de calidad normativa, difícilmente asimilable con la concepción tradicional justificativa y legalista existente en el Derecho español, por lo que se requería un esfuerzo para su introducción en nuestro ordenamiento. Esto, después de distintos intentos, se consolida con las LPAC y LRJSP avanzado, a nivel de ley, en un camino hacia la evidencia, la eficacia y la legitimidad de la calidad de las decisiones públicas cuando se sujetan a un proceso de evaluación. Con este marco, la ordenación de la evaluación precisa, de esta, su definición e identificación y su diferenciación de la memoria en la cual se plasma, lo que supone discernir, como se verá en los siguientes epígrafes, entre el proceso de evaluación y el documento que la refleja.

4.1.2. *El objeto prominentemente normativo de la Evaluación de Impacto Normativo: la constante falta de consideración de las alternativas*.

En España, de la denominación del análisis de impacto normativo se puede vislumbrar su objeto, entendiendo que son las normas jurídicas. La cuestión es, entonces, conceptuar doctrinalmente la norma jurídica, entendida como una labor esencial y, a su vez, compleja. Es el caso, por ejemplo, de Albaladejo García[1046], quien afirma que norma es "todo precepto general cuyo fin sea ordenar la convivencia de la Comunidad y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por el poder directivo de aquélla", o Santamaría Pastor[1047], al referirse a "los enunciados o proposiciones

1045 Por ejemplo, referido a las consultas, ya que no solo vienen referidas a las ciudadanas (las cuales se amplían con respecto al Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, como se mencionará en el último apartado de este Capítulo), sino, también, las realizadas a otras Administraciones Públicas.
1046 M. Albaladejo García (2002), *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Barcelona: Librería Bosch (pág. 22).
1047 Santamaría Pastor (1990: 97).

prescriptivas que en una sociedad determinada son utilizados como criterios para la resolución de conflictos jurídicos, por reconocérseles fuerza vinculante para los sujetos de Derecho", asegurando dicha vinculatoriedad "por la coacción de las autoridades públicas". A ello se suma la distinción de dos tipos normas, que responde, a grandes rasgos, a las fuentes del ordenamiento jurídico español establecidas en el artículo 1.1 del Código Civil[1048]: las escritas, que suponen la mayoría, y que se definen como aquellas proposiciones normativas emitidas de manera formal y solemne por las autoridades públicas y que son publicadas como tales en los diarios oficiales; y las no escritas (costumbre y principios generales del Derecho) o las modalidades de producción de normas de eficacia atípica y discutida como la jurisprudencia y la doctrina científica.

En la normativa de aplicación a la evaluación de impacto normativo se hace referencia como objeto a las normas, entendiendo por estas las *normas jurídicas formalizadas* [1049], cuyos procedimientos de elaboración corresponden al Gobierno en el marco del Derecho Administrativo, ya sea el análisis de impacto *ex ante* (*ex* artículos 26 y 27 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), ya sea la evaluación de impacto *ex post*[1050] (artículo 130 de la LPAC de carácter básico, y artículos 25 y 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), no extendiéndose a las proposiciones de ley o las iniciativas populares normativas. Así, el análisis *ex ante* incluye los anteproyectos de ley, proyectos de reales decretos legislativos, reales decretos leyes y reglamentos [1051], y en la mencionada evaluación *ex post*, el ámbito objetivo es más restringido, ya que se llevará a cabo sobre aquellas normas que determine el Plan Anual Normativo estatal, en virtud de los criterios establecidos reglamentariamente como se desarrollará en este Capítulo.

No obstante, tanto el análisis de impacto normativo *ex ante* como la evaluación de impacto normativo *ex post* no solo deben tener en cuenta cada norma como objeto de estudio, sino a todo

1048 *Ibíd.*, págs. 97 y 98.
1049 Término tomado de García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 91).
1050 La regulación de esta evaluación se lleva a cabo en la LRJSP, puesto que la Guía Metodológica no menciona la evaluación de impacto normativo *ex post*, y solamente se refiere al análisis de impacto normativo *ex ante* (página 4).
1051 Por su parte, las Comunidades Autónomas que han regulado la evaluación de impacto normativo, se pueden clasificar en virtud de la amplitud de su objeto: por un lado, las que establecen un amplio objeto en el sentido de que es susceptible de evaluación cualquier tipo de iniciativa normativa con independencia de la forma que adopte [como Castilla-La Mancha que, en virtud de lo previsto en el artículo 39.a) de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno (*DOCM* núm. 252, de 30 de diciembre de 2016), dispone que se elaborarán memorias mediante "los instrumentos de análisis más adecuados para evaluar los efectos de la nueva regulación" en el ejercicio de la potestad e iniciativas normativas]; y por otro encontramos, en una posición intermedia, las Comunidades Autónomas que establecen similares objetos de evaluación, con leves diferencias [como es el caso de Cataluña, artículo 64.1 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, y artículos 36.2.b) y 37.2, respectivamente, de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, que no menciona a los Decreto-leyes]. En el extremo opuesto se encuentra Castilla y León que, en virtud del artículo 4.1 del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, establece la preceptividad de la evaluación respecto a los anteproyectos de ley, salvo de los presupuestos de la Comunidad Autónoma y las medidas financieras, y los proyectos de disposiciones de carácter general que deben ser aprobados por la Junta de Castilla y León relacionados con la política socio- económica y deban ser sometidos a informe preceptivo del Consejo Económico y Social].

el ordenamiento jurídico, ya que, según García de Enterría y Fernández Rodríguez[1052], siguiendo a Santi Romano, la norma se conceptúa "por su inserción en un ordenamiento concreto que la precede y que la define como fuente de Derecho, para lo cual el ordenamiento debe ser unitario, independiente y distinto de las normas que se integran en él", suponiendo la interpretación de cada norma la del ordenamiento en que se integra. Así, esto justificaría, en mi opinión, la percepción de que la elaboración y aprobación de cada norma supone una elaboración de parte del ordenamiento jurídico[1053], afectando a otras normas relacionadas con esa[1054], y no solo de la Administración que la ha elaborado o aprobado (sea de la misma o diferente materia), sino también de otras Administraciones, especialmente de carácter infraestatal, siendo necesaria la participación de todos, en aras de la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, puesto que, como afirma el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, esto responde a la importancia de la calidad de las normas. Este enfoque tiene su plasmación, como ya se expondrá, en distintos elementos del proceso de evaluación de impacto y de elaboración de normas, como, por ejemplo, la medición de los distintos impactos, los informes emitidos y la participación ciudadana y de las Administraciones Públicas, con el fin de evitar efectos perniciosos, no solo a las normas concretas objeto de evaluación, sino, también, al propio ordenamiento jurídico por cuestiones como duplicidad, solapamientos, dispersión, trámites y cargas administrativas innecesarias.

Con todo, este enfoque es, como se viene planteando en los capítulos anteriores, insuficiente y la cuestión es que se debe trascender la norma, debiendo contemplarse en el procedimiento de evaluación otras alternativas a su aprobación, como la inactividad normativa (por ejemplo, no hacer nada). De esta manera, debe someterse a evaluación, en mi opinión, toda decisión pública sobre un determinado problema social, ya adopte o no la forma normativa. A modo de ejemplo de lo que queremos significar, debe citarse el artículo 133.1 de la LPAC, en el que se establece la consulta pública de la futura norma acerca de una serie aspectos. Esta ampliación del objeto de la evaluación se encuentra en el Derecho comparado, realizándose una evaluación previa. Así, los ordenamientos jurídicos anglosajones, como ya se expuso, extienden el objeto de evaluación más allá de las normas, situándolo en un concepto más amplio como es el de regulación, término difícil de definir[1055], y con una significación distinta a la dada en España donde tradicionalmente se ha

1052 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 90 y 91).
1053 Así lo entiende Sáinz Moreno [citado por A. Galiana Saura (2000), «La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Extranjería», *Anuario de filosofía del derecho*, 17, págs. 247-272 (págs. 248 y 249)], quien afirma que: "aisladamente, las normas han de reunir unos requisitos mínimos de claridad expresiva, de estructura formal y de lógica interna" y, por otro lado, "en relación con el contexto, las normas han de ajustarse a las circunstancias de la realidad sobre la cual actúan y han de integrarse en el ordenamiento preexistente".
1054 Por ejemplo, en relación con las tablas de vigencias y afectaciones, cuya importancia pasa entonces a primer plano.
1055 Betancor Rodríguez (2009: 46 y 47) afirma que el término regulación es uno de los más confusos con el que nos podemos encontrar en el Derecho moderno, que procede, fundamentalmente, del mundo de la economía y que es asumido,

utilizado como sinónimo de potestad pública normativa, aunque, últimamente se utiliza de forma equivalente al de actividad pública de intervención, ya sea a través de las Administraciones territoriales, de Administraciones independientes y de los instrumentos que lo facilitan. Como señala Del Guayo Castiella[1056], se trata de una expresión que utilizan en los países anglosajones en relación con la intervención pública en la vida ciudadana, suponiendo, en mi opinión, un término más amplio desde una perspectiva subjetiva, ya que no sólo engloba a las normas dictadas por parte del poder público, sino también la de los sujetos privados o de los sujetos privados y el poder público, en términos de autorregulación y corregulación.

Por lo tanto, en mi opinión, estaría plenamente justificado, en el plano nacional, extender el análisis y evaluación de impacto más allá de la norma o el concepto tradicional de regulación, incluyendo las posibles decisiones públicas no solo del Gobierno, sino, incluso, del poder legislativo (lo cual, ni siquiera se vislumbra en la actualidad).

4.1.3. *Finalidad: más allá de la legalidad*.

La potestad de crear normas y conformar el ordenamiento prevista por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, generadora de relaciones de derechos y deberes en la sociedad, supone que el fin último que debe cumplir toda norma "no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma". Sin perder de vista la capital importancia del principio de seguridad jurídica en el Estado de Derecho, reconocido en el ordenamiento jurídico español como principio de buena regulación, este no debe ser lo único a lo que atiende el Gobierno, cuando afecta a la potestad normativa, puesto que debe tenerse en cuenta otros aspectos de la calidad normativa[1057] que inciden en aspectos sustantivos, y que también se plasman en principios de buena regulación, como desarrollaremos en este Capítulo (piénsese en la accesibilidad, la consulta y participación, así como la reducción de cargas administrativas[1058]). A

con ambigüedades por el mundo del Derecho.

1056 Guayo Castiella (2017 a: 20).

1057 Esa visión parcial también se manifiesta en las Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía, que en su Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites de la Junta de Andalucía identifica calidad normativa con simplificación; y, Cataluña que contempla la evaluación de impacto normativo desde un prisma estrictamente económico, ya que la Guía de buenas prácticas para la elaboración y la revisión de normativa con incidencia en la actividad económica, afirma que "la mejora del marco normativo" tiene como objetivo "facilitar el desarrollo de la actividad económica, la competitividad y la creación de condiciones de competencia equitativa para las pymes" (página 23).

1058 En este sentido, el párrafo 9.º del preámbulo del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, reafirma lo establecido por las Leyes siamesas, al mencionar que la finalidad de dicho análisis consiste en "asegurar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizando de modo adecuado la participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas, reforzando la seguridad jurídica y la evaluación periódica del ordenamiento jurídico".

tal efecto, en mi opinión, es necesario poner en relación al Análisis de Impacto Normativo con el procedimiento administrativo de elaboración de normas y los trámites propios del mismo, existiendo una relación inequívoca de semejanza entre la finalidad de uno y otro, ya que este último procedimiento especial persigue asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la disposición con la que afrontar un problema o necesidad[1059], no siendo la norma un fin en sí mismo, sino dirigida a la satisfacción del interés general (artículo 103.1 CE). No obstante, la evaluación de impacto normativo supone una vuelta de tuerca respecto del procedimiento especial referido, yendo más allá de una concepción puramente formal, al aportar una mayor información y conocimiento de la realidad. Además, supone un instrumento de aprendizaje y de fundamentación de la decisión y una concepción diferente del poder público, en cuyo centro se encuentra el ciudadano, por lo que es necesario y adecuado adoptar normas que, además de conformes con el ordenamiento, sean de calidad, que satisfagan las finalidades perseguidas de acuerdo con los problemas que se han planteado, atendiendo a los posibles impactos que se han producido o puedan producirse, minimizando la incertidumbre y los costes regulatorios, así como aumentando la eficacia y eficiencia, en virtud de las distintas opciones planteadas. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[1060], que anuda consecuencias anulatorias no solo a las deficiencias de las evaluaciones de impactos, sino también a su insuficiencia, en virtud de la importante finalidad que cumple el documento donde queda reflejada, como se ha expuesto en el Capítulo III, y que responde a los postulados recomendados por la Unión Europea[1061].

En resumen, el procedimiento administrativo de elaboración de normas tiene como finalidad realizar buenas normas, mientras que la evaluación de impacto normativo está concebida para solucionar con niveles óptimos de calidad problemas sociales. Esto se debe a que el centro del procedimiento de elaboración de normas ha girado, en la práctica, en torno a la solución normativa, la libre discrecionalidad del político gobernante[1062], la falta de motivación de sus decisiones, a una

1059 Así, por ejemplo, se estableció en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, como reacción ante la dispersa, compleja e irreflexiva normativa administrativa, para frenar en lo posible el *alegre* ejercicio de la potestad reglamentaria, imponiendo una serie de trámites que obligara a los órganos administrativos a meditar hasta qué punto se ajusta a la legalidad y es oportuna la disposición que tratan de dictar.

1060 La STS ROJ n.º 5372/2016 en su FD 7.º (a la cual se remite la STS ROJ n.º 5485/2016, FD 2.º) determina que la finalidad de la MAIN es "asegurar que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos de disposiciones generales tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación".

1061 Unión Europea (2005). COM (2005) 97 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, en cuya virtud se permite "a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas", lo que exige "un estudio completo y equilibrado de todas las consecuencias y permite presentar un análisis exhaustivo y determinar, en su caso, el mejor término medio".

1062 Una de las características propias de un gobierno que pretende resolver éticamente los problemas colectivos de los ciudadanos, según J. Rodríguez-Arana Muñoz (2013 a), *La dimensión ética de la función pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 154), es que "el gobernante cuenta con el poder como medio para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos y para la promoción de la libre y solidaria realización de cada persona", siendo

visión excesivamente legalista, su carácter estático[1063] y una relevancia inadecuada de sus trámites (tanto por el propio poder ejecutivo como por el poder judicial). En cambio, la finalidad de la evaluación de impacto normativo es resolver el problema social planteado, para eso tiene una visión funcional del Derecho, estructurando la información, en torno a un proceso de carácter dinámico, en el cual el gobernante decide, motivadamente, en virtud de la evidencia otorgada por dicho proceso de evaluación, atendiendo a la ciudadanía, con la que debe entablarse un debate, lo que favorece una decisión pública normativa racional y legitimadora del poder público, alcanzando, en definitiva la calidad normativa. El reto será no la yuxtaposición de una y otro, sino establecer una verdadera conexión.

4.2. **La inexistente determinación normativa del proceso de Evaluación de Impacto Normativo. El proceso y sus fases atendiendo al tipo de evaluación. La metodología de la decisión pública en el ejercicio de la potestad pública normativa: una novedad en el modelo español.**

El proceso de evaluación de impacto normativo no está establecido expresamente como tal en la normativa, como tampoco en los instrumentos de *soft-law* correspondientes de la Administración General del Estado y de la mayoría de las Comunidades Autónomas[1064]. Así, cuando debe mencionarse este proceso[1065] se sustituye por el procedimiento de elaboración de normas. En todo caso, cuando se regula de forma precisa el proceso de los distintos tipos de evaluación, con independencia de sus diferencias (en determinados trámites y acciones), debe tenderse, en mi opinión, hacia una cierta uniformidad, que atribuye solidez a la evaluación.

En cuanto a los tipos de evaluación, teniendo en cuenta lo dicho en los Capítulos I y II de este Trabajo, deben destacarse los siguientes:

"un medio, no un fin en sí mismo".

1063 Como una de las razones de la crisis del Estado constitucional, afirma E. Hernando Nieto (1996), «Carl Schmitt y los desafíos al Estado constitucional», *Pensamiento constitucional*, 3, págs. 209-230 (pág. 227) que el "Estado de Derecho estuvo siempre anclado a una cosmovisión inmóvil que, a semejanza de la filosofía Kantiana consideraba al tiempo y al espacio como categorías estáticas", pero la realidad se encuentra "en perpetuo cambio y movimiento y en consecuencia el aparato legal de las estructuras políticas denominadas Estados de Derecho quedaban desbordados por la propia naturaleza de las cosas".

1064 Existen algunas Comunidades Autónomas que no lo consideran como un proceso, sino como un trámite, como Andalucía según la disposición adicional 2.ª, letra a) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (*BOJA* núm. 124, de 30 de junio de 2014), al referirse, exclusivamente, a la "memoria de análisis de impacto normativo" como "trámite preceptivo", pero referido a "los procedimientos de aprobación de los anteproyectos de ley, decretos legislativos y disposiciones de carácter general", obviando el propio análisis de impacto normativo.

1065 Así, el Informe Mandelkern (págs. 34 -37) lo considera como un proceso, como también la OCDE (2012 b: 10 y 16) y en la doctrina española Revuelta Pérez (2014: 109).

4.2.1. *El Análisis de Impacto Normativo ex ante*.

Estamos ante un proceso volitivo cognitivo para ayudar a la toma de una decisión en el marco de una o varias políticas públicas[1066] con carácter previo a la aprobación de una norma, atendiendo a un *iter* en el cual se recabará la información necesaria y su adecuada valoración, plasmándose en la MAIN. En mi opinión, estamos ante una auténtica evaluación de impacto, que responde a las exigencias de la calidad normativa y gobernanza regulatoria, fundamentalmente por una mayor participación de carácter externo, más abierto y flexible, propio de una evaluación.

Esta evaluación se compone de cada una de las evaluaciones de cada impacto y subimpacto que la componen (como si fuera una *matrioshka*), aunque va más allá, ya que recoge la necesaria participación en el proceso, no solo de particulares (interesados o no), sino también de los entes públicos (por ejemplo, órganos especializados en virtud de los respectivos impactos). Además, este proceso, según lo afirmado en el Capítulo I, coincide con el procedimiento de elaboración de normas y con el de adopción de una decisión dentro de la política pública con diferencias.

De otra parte, a diferencia de la configuración estática que se le ha dado en la práctica al procedimiento de elaboración de normas, el proceso de evaluación de impacto normativo es continuo y dinámico, y se va alimentando de las experiencias y vicisitudes que surgen en el mismo[1067], de forma que las fases que pueden identificarse pueden no sucederse de forma lineal en mayor medida que el procedimiento de elaboración de normas. Así, dentro de las fases que deberían componer el proceso de evaluación de impacto normativo *ex ante*, puede distinguirse las siguientes: una primera referida a la determinación de una serie de preguntas de evaluación, característica de los procesos de evaluación de políticas públicas [1068], siendo de gran

1066 El propósito de la evaluación de impacto normativo puede ser diferente de acuerdo con las preferencias nacionales, pese a que cabe afirmar que estas evaluaciones pretenden dotar a las políticas públicas de valoraciones "neutrales", basadas en pruebas objetivas. Por ejemplo, en el contexto de los Estados Unidos, la evaluación de impacto regulatorio y el análisis coste-beneficio pretenden propiciar decisiones "cuyos beneficios excedan de sus costes": véase R. H. Frank (2001), «Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?», en M. D. Adler y E. A. Posner (eds.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives* (págs. 77-94), Chicago: University of Chicago Press (pág. 77); y Adler y Posner (1999). Dicha evaluación se define por la OCDE (2002), *Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados*, Paris: OCDE Publicaciones (pág. 21), como "determinación general de la pertinencia, la factibilidad y la sostenibilidad potencial de una intervención para el desarrollo antes de tomar la decisión".

1067 Así lo señala el apartado 1.4.b) de la Guía metodológica de mejora de la calidad normativa de Castilla y León.

1068 Así, afirma la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (pág. 5) que la MAIN "coadyuva a la realización de las evaluaciones de los resultados e impactos de los programas y políticas públicas". Al respecto, M. J. Montoro Chiner (1985) «La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 48, págs. 507-524, establece que la "técnica de la evaluación de las leyes" supone "un instrumento habitual en países donde Derecho y técnicas de Administración obedecen a programas orientados políticamente".

importancia[1069], ya que guiará todo el proceso de evaluación. Se utiliza, normalmente, la lista de comprobación, con un cuestionario al respecto[1070].

En la segunda fase, se procederá, de forma necesaria, a la identificación y definición del problema, facilitando su solución. Se plantea, además, el proceso de tránsito de un problema social a ser público, incluyéndose en la agenda política[1071], para lo cual debe existir tanto una cuestión objetiva, como, también, una evaluación y ponderación subjetiva, que atenderá a[1072]: la intensidad del problema, teniendo en cuenta sus consecuencias, y que podrá ser variable dependiendo de la percepción de los sujetos al respecto; el contorno de la cuestión a resolver, referido al número de sujetos, al espacio y el tiempo afectados; y la novedad del problema[1073] y su urgencia.

A esto responde la consulta pública del artículo 133 de la LPAC, cuyo apartado 1[1074] establece la necesidad previa de determinar los "problemas que se pretenden solucionar" con la normativa. Esta cuestión se aborda profundamente en el ámbito de la Administración General de Estado, en su Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo

1069 Véase Ponce Solé y Sánchez (2005: 147), al afirmar que el "cuestionario de evaluación es una herramienta importante en el fomento de un análisis más transparente de los impactos de las propuestas".

1070 En nuestro Derecho interno existen ejemplos sobre esto, como el, ya mencionado en el Capítulo III, Cuestionario de evaluación que debía acompañar a los proyectos normativos que se elevaban al Consejo de Ministros, aprobado por el Acuerdo de este de 26 de enero de 1990, a modo de *checklist*, siguiendo el modelo alemán de los cuestionarios azules (*blau liste*), pero con una visión más reducida con una veintena de interrogantes, según P. García-Escudero Márquez (2005), «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, págs. 121-164 (págs. 130 y 131). Aunque pocas Comunidades Autónomas siguieron este camino, una de ellas fue el Principado de Asturias, que estableció un cuestionario para la valoración de propuestas normativas, como parte del contenido de la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, publicada por la Resolución de 9 de marzo de 1993, de la Consejería de Interior y Administraciones Públicas (*BOPAP* núm. 73, de 29 de marzo de 1993). Recientemente, y de conformidad con la continua implantación de la *better regulation* en España, existen instrumentos públicos que recogen dichos cuestionarios de forma más ampliada, como es el caso de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la Región de Murcia, cuyas cuestiones responden a los distintos trámites que lo componen.

1071 Al respecto, debe determinarse si el problema en cuestión se incluye o no en el programa político correspondiente y la forma por la cual se ha incluido en la agenda política, de forma que ciertas políticas públicas puedan interpretarse como un mero medio para ejercer el poder y el sometimiento de un grupo social sobre otro, en vez de solucionar o atenuar un problema social. Véase Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2012: 131) que cita a P. Garraud (1990), «Politiques nationales: élaboration de l'agenda», *L'Année Sociologique*, 40, págs. 17-41, quien establece la identificación de "tres condiciones para poder calificar un problema social como problema público": "una demanda que surge de grupos sociales determinados", "el desarrollo de un debate público" y "la existencia de un conflicto entre los grupos sociales organizados y las autoridades públicas".

1072 Estas son variables que señalan Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2012: 134 y 135).

1073 El problema público puede ser novedoso o ya tratado y que vuelve a ser retomado. También, se puede dar el caso de que determinados problemas sociales no terminen siendo problemas públicos, al no tener la consideración de tal por los poderes públicos o un problema que en principio era público se puede convertir, posteriormente, en un problema social de carácter privado, porque salga del debate público. Hay que tener en cuenta que los Estados intervencionistas tienen una tendencia a incluir más problemas o asuntos dentro de su agenda de gobierno, en virtud de la *vis* expansiva de sus políticas públicas, lo que debe conllevar, en mi opinión, un ejercicio de determinación de la relevancia del problema a considerar, en aras del interés general.

1074 Para la Administración General del Estado, véase el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

(páginas 9-11)[1075], que enmarca la delimitación del problema "o situación que se aborda"[1076] dentro del apartado referido a la oportunidad de la propuesta, en un momento previo de la elaboración, al afirmar que "es la base sobre la que comenzar a diseñar una actuación para afrontarla", identificando problemas con las causas (normativas o institucionales, judiciales o de otro tipo) a las que puede obedecer una propuesta normativa. Los elementos para la definición del problema no se mencionan en dicha Guía, ante lo cual podrían tenerse en cuenta los siguientes: en primer lugar, el estudio y análisis del contexto donde se encuentra el problema o necesidad social sobre la que se dirige la intervención pública, lo cual se iniciará siempre de oficio, por propia iniciativa, o en virtud de la solicitud de otros órganos, y a instancia de la ciudadanía, organizada o no, debiendo esta determinar las circunstancias de la demanda de actuación, esto es, identificación de los sujetos que han promovido la misma[1077] y los afectados, sus características, las razones e intereses, objetivos y los medios que plantean para su ejecución.

Al respecto, debe concretarse el problema, teniendo que ser lo suficientemente explícito, conceptualmente claro, riguroso, completo (sin simplificarlo) y determinar si es o no susceptible de medición o contrastable. No obstante, pueden existir determinados problemas no previstos inicialmente, por distintas causas (no contemplados o considerados o sobrevenidos a su planteamiento) que deben incorporarse a la evaluación. Junto a ello, la acción de definición del problema se complica, también, porque puede convertirse en una acción sin fin, de redefinición constante, debido a la modificación continua de las circunstancias y de las necesidades sociales, sin perjuicio de una falta precisa y exacta de los hechos como, por ejemplo, el impedimento de conocer todas las combinaciones futuras de los mismos y la tendencia, según Zapatero Gómez[1078], de los gobernantes de "explicar los problemas en función de causas exógenas" cuando intentan "eludir las responsabilidades" o pretenden "justificar la decisión de no intervenir".

En segundo lugar, el momento oportuno para la definición del problema[1079], que deberá

1075 Cuestión abordada, también, por algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Castilla y León, que en su Manual de Calidad Normativa dedica los apartados 3.1 a 3.3, sobre la determinación del problema, afirmando que tiene un marcado carácter político.

1076 Su importancia se funda en que facilita decisivamente la viabilidad de la solución a plantear. Dicha definición, según Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2012: 116) "comprende no solamente la firme decisión de emprender una intervención política", sino, además, "el marco o *frame* desde el que se parte, la delimitación del «perímetro» del problema público a resolver, así como la identificación, por parte de los actores públicos, de las causas probables de este y de las formas de intervención previstas".

1077 A estos efectos puede existir una competencia entre los grupos (especialmente los organizados) para imponer su definición del problema, tomando el mismo como algo propio. Así, afirma D. A. Stone (1989), «Causal stories and the formation of policy agendas», *Political Science Quarterly*, 104 (2), págs. 281-300, que estos "actores construyen historias o narraciones que describen problemas y dificultades atribuibles a la acción de otros individuos u organizaciones, y a partir de ahí reivindican el derecho a exigir que el gobierno actúe para afrontar esa problemática".

1078 Zapatero Gómez (2009: 91).

1079 Cuestión determinada en el cuestionario azul, pregunta n.º 5. Al respecto, los tiempos de la evaluación de impacto

plantearse alejado de posiciones pasionales y estará condicionado por aspectos como la normativa que establece su ejecución, la posición de la jurisprudencia al respecto, el grado de intensidad del problema público y de su percepción y notoriedad[1080].

En tercer lugar, hay que tener en cuenta a los sujetos, tanto a los encargados de dicha evaluación e implementación, como los que participan en ambos[1081] (incluyéndose, en todo caso, a los destinatarios de la futura decisión pública[1082]), atendiendo sus posturas en relación con el problema y las distintas soluciones y alternativas, debiendo existir una auténtica bidireccionalidad[1083].

En este sentido, en la definición del problema los medios de comunicación juegan un papel importante como elemento de publicidad y comunicación de los problemas sociales como públicos, mediatizando y priorizando unos respecto a otros, ya que al describir y precisar su realidad los interpretan, determinando las cuestiones sociales sobre las que debe opinarse. Así, algunos autores (como es el caso de Rogers y Dearing[1084]) sostienen que, al elaborar la agenda pública, es necesario analizar tres agendas que confluyen: la agenda de los medios, la pública y la política[1085].

---

y la política pueden que no coincidan. Así, lo afirma Zapatero Gómez (2009: 91) que "cuando la evaluación es posible puede no ser pertinente para la acción política y cuando ésta la demanda puede revelarse imposible".

1080 Una actuación urgente puede ser contraproducente por los costes económicos que puede suponer, por ejemplo, por la aplicación del principio de precaución, que puede elevar el coste de la adopción de demasiadas medidas referidas al problema en cuestión.

1081 En su evaluación e implementación es fundamental el papel de los grupos de presión y los movimientos sociales, que intentan atraer a la opinión pública y a los políticos hacia lo que ellos pretenden que sea considerado como problema social susceptible de intervención pública. Afirman Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2012: 146) que para las autoridades públicas es "interesante negociar de manera bilateral con un grupo de presión en la medida que éste le ofrece, a cambio de la no problematización pública del tema a resolver, su red de acción" y "su apoyo en el momento de la adopción de la política". En un grado superior pueden encontrarse determinados actores privados que mantiene relaciones clientelares con determinadas Administraciones y autoridades públicas.

1082 En relación con los sujetos destinatarios de las actuaciones, debería determinarse el grado de cobertura de la acción, esto es, las poblaciones objeto, población afectada y población de riesgo. Para ello deberían tenerse en cuenta aspectos como sus características, expectativas, problemas, recursos disponibles, localización y respectivos intereses. Así, es necesario realizar una evaluación de las necesidades de cada uno con la intención de jerarquizar las mismas y dirigir adecuadamente las actuaciones, a lo que hay que añadir la determinación del nivel de afectación (distinguiendo, por ejemplo, entre: positivo o negativo, directo o indirecto, máximo/medio o mínimo), siendo necesario su participación para realizar las aportaciones oportunas.

1083 La legitimidad por eficacia se alimenta del conocimiento experto de las personas, desde su experiencia y conocimiento, son mejores conocedores de los aspectos objeto de regulación y de su implementación. Se trata de una exigencia, según Montoro Chiner (2002: 156), vinculada a la "creciente complejidad y especialidad de la producción normativa", para lo cual es necesario solicitar "intervenciones externas, colaboraciones y consultas, tanto de entidades que forma parte de la estructura del Estado, como de entidades privadas o de expertos, que pueden aportar un conocimiento especializado en la elaboración de las normas".

1084 E. Rogers y J. Dearing (1994), «Agenda-Setting Research: Where has it been, where is it going?», en D. Graber (comp.), *Media Power in Politics* (págs. 555-594), Washington D.C.: Congressional Quarterly.

1085 En este sentido, hay que prestar atención a la teoría de la agenda *setting* como aquella que estudia la influencia de los medios de comunicación en la percepción de las personas sobre la importancia de determinados problemas. Véase, al respecto, entre otros, M. McCombs y D. L. Shaw (1972), «The agenda-setting function of the mass media», *Public Opinion Quarterly*, 36, págs. 176-185 y T. Sádaba y J. Rodríguez Virgili (2007), «La construcción de la agenda de los medios. El debate del estatut en la prensa española», *Ámbitos*, 16, págs. 187-211.

Además de lo señalado, es relevante para la definición del problema la determinación de su intensidad, ya que la percepción de un asunto como grave a efectos de su inclusión en la agenda pública será directamente proporcional a la necesidad de una actuación ágil y una mayor dotación de recursos al respecto, de forma que debe ponerse en relación el problema con su exposición, lo cual debe recogerse en la motivación del proyecto normativo, como se establece en la Guía, página 10, al prever que cuando "sea posible, se aportará información sobre la magnitud del problema, de forma que pueda cuantificarse razonablemente", aunque no determina cómo debe llevarse a cabo.

En una tercera fase, debería llevarse a cabo la determinación de los objetivos[1086] a conseguir en virtud del problema o situación a resolver, siendo necesario realizar la consulta pública, según lo previsto en el artículo 133.1 de la LPAC, aunque resulta contradictorio el anticipar que dichos objetivos se van a residenciar en una norma cuando se desconoce el instrumento público que resolverá dicha situación, como ya se desarrollará en este Capítulo. Por otro lado, la determinación debe permitir comprobar su consecución, mediante una revisión periódica posterior por las Administraciones Públicas según el artículo 130.1 de la LPAC. Para esto, los objetivos deben plasmarse en la MAIN según el artículo 2.1.a).1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, como parte del contenido mínimo que conforma su apartado referido a la oportunidad de la propuesta normativa, que se "usarán para analizar los resultados de su aplicación" en la evaluación de impacto normativo *ex post*, concretando la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que forma parte del contenido de la motivación del proyecto normativo (págs. 11 y 12), y determinando que "deberían expresar cuáles son los resultados que se pretenden alcanzar con la efectiva aplicación de la norma propuesta". La Guía dispone, en este sentido, que no deben confundirse con el instrumento para alcanzarlos, siendo adecuado para la definición de los objetivos[1087] establecer indicadores, que deben ser, de forma general, "precisos y concretos", "mensurables", "realistas", "delimitados temporalmente", "relacionados" y "priorizados".

1086 Afirma Zapatero Gómez (2009: 94 y 95) que es necesario diferenciar los objetivos de las razones, ya que estas últimas se hallan determinadas detrás de las políticas y de las normas. A los poderes públicos, según dicho autor, "se les atribuye la misión de promover la realización de determinados principios o valores últimos".

1087 Las Comunidades Autónomas se han hecho eco de este régimen jurídico y lo trasladan a su ámbito específico, como es el caso de la Región de Murcia, que en su Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo exige, dentro del apartado de la Memoria referido a la oportunidad y la motivación técnica, responder a la cuestión "¿Cuáles son los resultados y objetivos que se pretenden alcanzar con la aprobación de la normativa en cuestión?" Además, señala las características de los objetivos en los mismos términos que la Administración General del Estado en su Guía Metodológica (la gran diferencia es señalar como una característica la coherencia, la cual podría ser aplicable de forma interna y externa a otros objetivos del centro directivo). Véase B. W. Hogwood y L. A. Gunn (1984), *Policy Analysis for the Real World*, Oxford: Oxford University Press (págs. 159 y siguientes), quienes establecen una lista de comprobación al respecto: "¿Dónde está?", "¿a dónde quiere ir?", "¿qué es lo que se lo impide?", "¿qué necesita que hagan otros Departamentos?", "¿qué tiene que hacer usted mismo?", "¿cómo debe manejar objetivos múltiples?", "¿qué es lo que considera un éxito?", "¿se debe cuantificar el objetivo?", "¿de qué condiciones depende el éxito?" y "¿qué hará si los objetivos no se alcanzan?".

En una cuarta etapa, se recabará y estructurará la información, cuantitativa y/o cualitativa[1088], en virtud de las distintas informaciones generadas por el propio centro directivo competente por razón de la materia, como también de agentes externos (otros centros directivos de la misma o distinta Administración Pública o de personas interesadas o afectadas o del público en general), a través de distintas acciones. Las anteriores fases, junto con la siguiente, deberían conformar, propiamente, la evaluación de impacto normativo previo, para lo cual, en mi opinión, debe regularse teniendo en cuenta la importancia de su finalidad, cual es dilucidar la opción o no normativa como decisión pública ante un problema o necesidad.

A continuación, a modo de quinta fase, habría que plantear las distintas alternativas, con carácter previo al inicio del procedimiento de elaboración de normas [artículo 133.1.d) de la LPAC], configurándose como parte del contenido de la consulta pública previa respecto de las "posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias"[1089], lo que incluye la autorregulación, la corregulación o no hacer nada[1090]. Así, deberá hacerse constar las alternativas estudiadas dentro del contenido mínimo de la MAIN del proyecto normativo, junto con la oportunidad de la propuesta, mencionándose la obligación de llevar a cabo un "análisis de alternativas" que consistirá en "una justificación de la necesidad de la norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación", para lo cual, y de forma general, "se procurará valorar más de una alternativa"

1088 Los datos cuantitativos son más fáciles de constatar por su objetividad que los datos cualitativos. En los primeros se utilizarán métodos de recopilación para garantizar la objetividad y certeza de la evaluación, pudiendo incorporar técnicas de muestreo de probabilidad, véase OCDE (2012 b: 23). Los datos cualitativos proceden de inquietudes expresadas por personas relevantes, con una visión subjetiva extraída de fuentes primarias y secundarias adecuadas, dirigidas al interés general centrados en el contexto en el que se desenvuelven, aunque su recopilación y análisis puede conllevar mucho tiempo y trabajo, además de su carácter personal [OCDE (2012 b: 23)]. En todo caso, ambos deben proceder de fuentes fiables, actuales y relevantes, utilizándose uno y otro en los casos en que una fuente puede complementar o confirmar los datos de otra, siempre teniendo especial cuidado en su uso equilibrado.

1089 A nivel de Administración General del Estado, las alternativas en la realización de la consulta pública se contemplan en el artículo 26.2.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en los mismos términos que la LPAC.

1090 La autorregulación es un instrumento que nace de la tensión entre formalismo y antiformalismo, favorecida por la creciente complejidad técnica de las normas jurídicas, especialmente en ámbitos en constante cambio y con una riqueza de conocimientos que no pueden ser asumidos con facilidad por el operador público, siendo los operadores privados los más capacitados para realizar una regulación adecuada al respecto. Dentro de la autorregulación, hay que distinguir la denominada "regulada" (las autoridades toleran las normas elaboradas en el ámbito privado para cumplir fines públicos) de la "propiamente dicha" (que supone la determinación de las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado, mediante decisiones que excluyen a los poderes públicos), no obstante la OCDE (2012 a: 27) advierte de la opción de "recurrir a enfoques fáciles", como puede ser "la autorregulación, para asegurar el cumplimiento de los objetivos de política pública". Por otro lado, la corregulación, según la Comisión Europea, consiste en permitir a los actores afectados que definan medidas de aplicación conforme a los objetivos establecidos por el legislador, siendo necesario aplicar eficientemente políticas públicas, buscando soluciones que combinen los objetivos que persiguen los poderes públicos y la responsabilidad de los usuarios, mediante el establecimiento de objetivos y la validación, por parte de la autoridad regulatoria, de las normas derivadas de los actores privados, sin perjuicio de que podría generar actividades anticompetitivas si no se utilizan de forma adecuada. Otra alternativa es no hacer nada o también denominado "escenario de punto de partida" [OCDE (2012 a: 10)], como resultado de un ejercicio de ponderación negativo de las consecuencias de las distintas opciones de decisión pública, suponiendo, según el Informe Mandelkern, una medida de confianza ante la normativa vigente al tiempo que evita la aplicación de una medida demasiado prematura.

[artículo 26.3.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 2.1.a) 3.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre][1091]; estableciéndose dichas alternativas en las págs. 15 y 16 de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y desarrollando dos aspectos: por un lado su utilidad, que tiene un carácter doble, ya que por un lado refuerza la opción normativa escogida e informativa sobre el "proceso de tomas de decisiones", dejando "constancia de posibles soluciones alternativas para el futuro si fuera necesario"; y por otro lado, la forma de presentar las alternativas, que deben estar priorizadas en virtud del nivel de idoneidad ante la situación a la que hacer frente, con descripción breve de su contenido y la medida para alcanzar sus objetivos, señalando las ventajas e inconvenientes de cada una. No obstante, sobre esto último, se echa en falta una mención de las ventajas e inconvenientes atendiendo a los sujetos afectados, además de que debería distinguirse entre la acción de generación y la acción de elección de las alternativas[1092].

El planteamiento de las alternativas propuestas por el Departamento ministerial correspondiente no obsta a que en la propia consulta pública previa o, posteriormente, se pueden plantear otras que sirvan al respecto, siempre y cuando no tengan un "carácter frívolo", como se ha mencionado en el Capítulo II en relación con la jurisprudencia norteamericana. Otra cuestión sería el necesario planteamiento de alternativas, ya que, de lo contrario, podría afectar al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Además, en mi opinión, debería tenerse en cuenta la posibilidad de combinar instrumentos[1093], aspecto que actualmente no se contempla expresamente. Posteriormente, una vez elegida la opción normativa en virtud de una evaluación previa (como se realiza en otro Estados), continúa el proceso de evaluación de impacto normativo, pero, también, comienza el procedimiento de elaboración de normas.

La sexta etapa comporta la realización del "análisis" propiamente dicho[1094], con un carácter

1091 Debe evitarse la utilización de conceptos genéricos, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización n.º 1408 del análisis de impacto normativo en los ministerios del área político-administrativa del Estado (pág. 21), al afirmar que "el estudio de alternativas ha resultado insuficiente", ya que en muchos casos examinados solamente se indica "que la alternativa elegida es la adecuada", accedido el 24 abril 2022, de https://www.tcu.es/repositorio/faae4a65-ae15-4afa-95be-708168592069/I1408.pdf.

1092 En relación con la generación de alternativas, hay que partir de la pregunta ¿cuáles son las alternativas?, era la pregunta n.º 2 del mencionado cuestionario azul, atendiendo a la determinación del problema y los objetivos a conseguir. Al respecto, señala Zapatero Gómez (2009: 100-102) que existen innumerables opciones, pero que se van reduciendo por varios aspectos: las que tienen apoyo en la organización, las procedentes de estrategias incrementalistas (basadas en la seguridad de lo que se conoce) y por el condicionamiento del contexto internacional. Una vez decidida la intervención pública, desechando la opción cero, debemos elegir la opción más apropiada para conseguir el objetivo, pudiendo ser normativa o no. En esta elección es necesario contener los impulsos generados por la inercia de elegir la opción normativa, considerando seriamente las opciones no normativas, aunque no sea lo más habitual dentro de nuestra tradición jurídica, evitando el efecto contrario, esto es, la desregulación.

1093 Véase OCDE (2012 a: 10). Dichos enfoques complementarios a la solución normativa pueden ser, por ejemplo, la educación y los estándares voluntarios.

1094 Al respecto, y en relación con el Análisis de Impacto Normativo *ex ante*, en la página 4 de la Guía Metodológica

global y comprenderá las distintas evaluaciones de los respectivos impactos que se van produciendo[1095], exponiéndose los aspectos a favor y en contra de cada una de las opciones, según el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (páginas 17 a 34 para la memoria ordinaria) para la Administración General del Estado, al determinar que en la MAIN se establece la necesidad de realizar un análisis de los impactos, atendiendo a sus indicadores diferenciados.

Por último, se llevará a cabo la propuesta de la decisión pública, para lo cual el decisor, movido por los acontecimientos internos y externos generados en el propio proceso, deberá conectar su elección con el objetivo y el problema que se atiende, debiendo justificarse, comunicarse y difundirse como elección final. Como bien establece la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (página 6) el "análisis de impacto normativo nunca sustituye a la decisión política" [1096], pero aporta "información relevante para que los órganos competentes tomen las decisiones que estimen oportunas". Así lo reconocen autores como Marcos Fernández[1097], al afirmar que esta es una "herramienta de gran valor en la elaboración de las normas", de la cual "no existe una metodología única que deba regir los análisis de impacto normativo". En todo caso, la metodología debe decidirse en relación con los datos de la evaluación (véase Guía Metodológica, página 17), de forma que nunca la evaluación debe ser justificativa de una elección predeterminada sin tener en cuenta sus datos; y ello sin perjuicio de la existencia de determinados ámbitos materiales excluidos de algunas metodologías, como es el caso del análisis coste-beneficio[1098], análisis que debe responder a una concreta metodología, y debe reflejarse en la MAIN, en la que también deben constar las metodologías utilizadas para la correcta medición

para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, se establece como una de las finalidades del Análisis el hecho de que "ordena la información relevante" y, en su página 5, que se "estructura la información necesaria para la valoración y toma de decisiones, y se ofrecen argumentos a favor de una propuesta normativa como opción más adecuada para afrontar una situación".

1095 Como en su letra b) referido a un análisis jurídico del proyecto normativo y en su letra d) para el análisis del impacto económico y presupuestario que incluirá la realización del test pyme.

1096 Este condicionamiento técnico de la decisión política tiene su contraste en la elaboración y ejecución de los distintos procesos que confluyen y en las actitudes específicas del redactor de las normas. Sin embargo, la decisión puede, excepcionalmente, no surgir de las alternativas previstas, debido, por ejemplo, a un cambio sustancial de las condiciones por las que se optó por una determinada decisión, lo que exigiría una nueva evaluación de impacto normativo. Esta situación es la que se plantea, por ejemplo, en la "retirada" de proyectos normativos por parte del ejecutivo o que se "deje el asunto sobre la mesa", lo cual debe responder a motivaciones concretas, para lo que hay que tener en cuenta, a nivel estatal, las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996, referida a la adopción de decisiones por parte de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

1097 Marcos Fernández (2009: 345).

1098 En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el Manual de Calidad Normativa, apartado 5.1 mencionaba tres metodologías de aplicación adaptando a su realidad lo establecido, al respecto, por la Unión Europea: el análisis multicriterio, el coste-beneficio y el de eficiencia (coste-efectividad), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42.2 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, y el artículo 4 del Decreto 43/2010, de 7 de octubre.

de cada uno de los impactos[1099]. Una falta de determinación de la metodología puede conllevar, en la práctica, a una deficiente comparación de las alternativas propuestas. Por contra, la importancia económica del "análisis" se manifiesta en la mención expresa del artículo 130.2 de la LPAC[1100], y el artículo 2.1.h) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, de forma que este último considera al análisis coste-beneficio como contenido mínimo de la MAIN, propio de la oportunidad y motivación de la norma, sin perjuicio de su "carácter potestativo", quedando como una metodología de aplicación voluntaria, salvo cuando una "normativa específica o sectorial así lo exija". En todo caso, este análisis consistirá, según aquel precepto, en "un resumen de todos los costes y beneficios de la norma, tanto directos como indirectos, debiendo quedar acreditado que los beneficios esperados compensan o superan los costes derivados del proyecto y justifican la aprobación del mismo", con lo que se asimila, en cierta medida, al método de decisión norteamericano[1101], aunque ello supondría cuantificar monetariamente los efectos de la regulación, (si bien habrá aspectos que sean de difícil cuantificación monetaria porque su valoración no se encuentre en el mercado el objeto de regulación[1102] o la excesiva utilización de recursos naturales[1103]).

4.2.2. *La Evaluación de Impacto Normativo ex post*.

Esta evaluación ha sido objeto de tratamiento por los poderes públicos en fechas posteriores al análisis de impacto normativo prospectivo, pero, además, ha tenido un menor desarrollo que este. De otra parte, al igual que ha ocurrido con el análisis de impacto normativo *ex ante*, tampoco se ha establecido en nuestro derecho una definición legal, a diferencia de otros ordenamientos

1099 Pinilla Pallejà (2008: 26) considera que es una "dificultad general" la existencia de una "carencia de metodologías apropiadas para evaluar cierto tipo de impactos", especialmente "para impactos sociales". Dicha elección debe establecerse en un instrumento de derecho blando donde conste, por ejemplo, una descripción de cada uno, con sus indicadores y sus aspectos favorables y desfavorables en relación con la situación sobre la que acaece, poniéndolo en adecuada coherencia jurídica y política existentes, los objetivos, el problema y los aspectos de la propia ejecución del problema o situación a resolver. Véase, al respecto, el ejemplo italiano ya señalado en el Capítulo II.

1100 El artículo 130.2 de la LPAC supone una mención normativa novedosa, no haciéndose referencia, por contra, en la actual Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, ante lo cual sería necesario su adaptación.

1101 Como se mencionó en el Capítulo II, las Administraciones norteamericanas aplican uno u otro, dependiendo del signo político. Así, la compensación se aplica por el partido demócrata y la superación de los beneficios a los costes por el partido republicano.

1102 Véase el Capítulo II de este Trabajo respecto de la limitación en su aplicación por parte de la jurisprudencia norteamericana en materia de salud. Por otro lado, el carácter directo de la cuantificación se obtiene "específica y exclusivamente de su implementación" y el indirecto en relación con los afectados de esta manera por dicha regulación, según la COFEMER (2013), *Guía para evaluar el impacto de la regulación, Vol. I Métodos y metodologías del COFEMER* (págs. 54 y 55), accedido el 5 abril 2022, de https://smartreg.pe/reportes/Espa%C3%B1ol_Vol_I_Metodos%20y%20Metodologias_FINAL.pdf.

1103 Así, lo menciona al respecto la *Ibíd*., pág. 58, ante lo cual sería adecuado utilizar un análisis costes-efectivo.

jurídicos, como es el caso de Italia mencionado en el Capítulo II.

Su realización podría estar fundamentada por varias razones[1104], y aun siendo necesaria su determinación por norma jurídica, sólo se ha previsto en términos vagos por la normativa básica estatal, concretamente en el artículo 130 de la LPAC[1105]. Por su parte, en el ámbito estatal, destacan el artículo 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, conectando esta evaluación con los criterios de selección del Plan Anual Normativo[1106], puesto que las normas incluidas en este son susceptibles de dicha evaluación, condicionando la evaluación prospectiva la realización de una evaluación de impacto normativo *ex post*[1107], de forma que se completa el círculo regulatorio[1108] de las normas incluidas en dicho Plan, en virtud de una aplicación conjunta de los artículos 25 y 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Ello redunda en una adecuada coherencia global del marco normativo vigente, para lo cual el artículo 3.4.a) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, establece que son los "Departamentos ministeriales" los que elevarán un informe de los "resultados de los procesos de evaluación normativa que se hayan llevado a cabo en el año precedente", teniendo en cuenta los criterios de valoración mínimos señalados en el artículo 3.2 de dicho Real Decreto, en los términos y plazos señalados en la MAIN de los proyectos normativos.

Lo anterior demuestra una predeterminación normativa y cierto condicionamiento de dicha evaluación de impacto normativo *ex post*, al no tener en cuenta otras opciones, lo que hace que sea

1104 Según el apartado 1.3 del Informe Mandelkern habría que realizar las evaluaciones de impacto normativo *ex post* cuando se lleven "a cabo revisiones generales de la legislación existente, por ejemplo en el contexto de un programa de simplificación". Además, podrían preverse en el momento de la "preparación de la norma"; incluirse en el texto de la norma; y "decidirse posteriormente, basándose en un criterio acordado". Al respecto, en mi opinión podría contemplarse en los siguientes supuestos: cuando lo determine una norma general de aplicación o la misma norma a evaluar, pudiendo establecerse cláusulas que vinculen la derogación o continuación de la vigencia de una norma a su evaluación; se prevea en un instrumento de *soft-law*; lo determine la memoria de evaluación de impacto normativo *ex ante;* y se decida así espontáneamente, por el órgano evaluador, con carácter residual a lo anteriores, en virtud de las circunstancias de carácter político, social o económico.

1105 Según el apartado V de la exposición de motivos de la LPAC, se fortalece la evaluación en torno a dos aspectos: "revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación" y "la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor".

1106 Esa selección responde a unas determinadas prioridades para realizar la evaluación de impacto normativo retrospectivo como así lo ha previsto el Presidente de los Estados Unidos en la sección 3 de la Orden Ejecutiva 13610, pero en este caso referido a sus agencias en relación a aquellas iniciativas que producirán significativos ahorros cuantificables monetariamente o reducciones cuantificables significativas en las cargas regulatorias o burocráticas (*red tape*) siempre y cuando se proteja la salud pública, el bienestar, la seguridad y el medio ambiente.

1107 Aunque puede darse el caso de su realización, cuando aún no se ha generalizado la realización del análisis de impacto normativo prospectivo, como ocurre en el caso de Italia, ya mencionado en el Capítulo II, en mi opinión sería aplicable solamente con un carácter transitorio hasta la plena implantación de la realización de ambos, el prospectivo y el retrospectivo.

1108 Así, el apartado IV de la exposición de motivos de la LPAC afirma su carácter continuo, tanto *ex ante* como *ex post*.

un enfoque incompleto. Es una situación que se agrava, puesto que esta evaluación se vincula a las normas incluidas en el Plan Anual Normativo[1109] (excluyendo, por ejemplo, a todas aquellas normas reglamentarias que no se aprueban en el Consejo de Ministros, a diferencia de otros Estados que han establecido un plan similar[1110]), y, atendiendo a la discrecionalidad de los departamentos ministeriales en virtud de los criterios de selección determinados por la normativa para incluirlos en dicho Plan, a diferencia del análisis de impacto normativo *ex ante* en el Estado, que se producirá en todos los procedimientos de elaboración de normas. En mi opinión, ante esta situación, debería establecerse, además, una revisión posterior de la normativa existente en un momento determinado, sin perjuicio de las nuevas normas que se aborden a través del Plan Anual Normativo y teniendo en cuenta, en todo caso, y en un primer término, la necesidad de una evaluación retrospectiva de la normativa primaria.

Otra diferencia más con respecto al análisis de impacto normativo prospectivo es la consideración acertada de evaluación (*assessment*) del retrospectivo según el literal del artículo 130 de la LPAC, aun la confusión terminológica de la normativa estatal de desarrollo (así, el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, utiliza la palabra "análisis", por contra el artículo 28 "evaluación"[1111]), ya que la evaluación de impacto normativo retrospectivo tiene la consideración de proceso, que se desprende de su mención expresa en el artículo 3.4.a) del Real

1109 A lo que hay que añadir la práctica de no incluir a determinada norma que así lo exige la normativa, aduciendo una justificación formal y ritual ("no debe ser preceptivamente objeto de evaluación por sus resultados y que no resulta conveniente"), como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen n.º 730/2021 emitido en relación al proyecto de Real Decreto por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad (aprobado como Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2021), afirmando el dictamen "que si se atiende al contenido del artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo (…) justificaría el sometimiento a dicha evaluación. Esta, además, sería más que recomendable para poder valorar si la norma proyectada alcanza los objetivos perseguidos".

1110 El Plan contempla las "iniciativas legislativas y reglamentarias que los distintos departamentos ministeriales prevean elevar cada año natural al Consejo de Ministros para su aprobación", entendiendo en términos amplios el concepto "iniciativas legislativas", incluyendo las normas con rango de ley, en virtud de una interpretación conjunta con la rúbrica del título V referido a la "iniciativa legislativa", en el cual su contenido atiende a todas, como a la utilización de este término en el artículo 129.1 de la LPAC para los principios de buena regulación, ya que una interpretación referida, únicamente, a la iniciativa en el ejercicio del Gobierno del procedimiento prelegislativo sería incoherente. Sobre la situación del Derecho italiano, téngase en cuenta el Capítulo II. *En contraposición,* se encuentra, por ejemplo, Estados Unidos, en el cual las Agencias tuvieron que elaborar un Plan Preliminar para el Análisis Retrospectivo de las Reglas existentes (*Preliminary Plan for Retrospective Analysis of Existing Rules*) realizado en virtud de la sección 6 de la Orden Ejecutiva 13563.

1111 Véase Pinilla Pallejá (2008: 15). La OCDE (2002: 21) define esta evaluación como: "Apreciación sistemática y objetiva de un proyecto, programa o política en curso o concluido, de su diseño, su puesta en práctica y sus resultados", siendo su objetivo "determinar la pertinencia y el logro de los objetivos, así como la eficiencia, la eficacia, el impacto y la sostenibilidad para el desarrollo", para lo cual "deberá proporcionar información creíble y útil, que permita incorporar las enseñanzas aprendidas en el proceso de toma de decisiones". Afirma la OCDE (2015 b: 124) que no debe confundirse la "evaluación" con los siguientes términos: "investigación" (*research*), "auditoria" (*audit*) y "control" (*control*), que "estas actividades difieren principalmente en sus propósitos", ya que "la evaluación está destinada a generar información sobre la actuación de impacto y de las específicas políticas", por otro lado "la investigación insiste en la producción de conocimiento" y "el control pone el énfasis sobre la conformidad con los estándares", así como "la auditoría juzga cómo los empleados y los gestores completan su misión", según la OCDE (2004 a: 3).

Decreto 286/2017, de 24 de marzo, y de la relación de sus distintos trámites en el artículo 3.3[1112]. No obstante, hay una cierta confusión que aumenta al establecer que dicha evaluación finaliza con un informe, un documento estático, a diferencia del análisis de impacto normativo *ex ante* que termina en la MAIN, considerado un documento dinámico[1113]. El informe deberá incluir, en todo caso: la eficacia de la norma (entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación), la eficiencia de la norma (identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias o haberlo sido en menor grado), la sostenibilidad de la disposición (considerando los efectos de la norma no previstos directamente por ella que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura)[1114] y los resultados de la aplicación de la norma (en función del criterio por el que fue sometida a evaluación, por lo cual se remite al resto del artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, de forma que no genere duplicidad con lo previsto en su apartado 2)[1115]. De esta manera, habrán de tenerse en cuenta los principios de buena regulación homónimos, debiendo adecuarse a lo establecido en el artículo 129.2[1116] y 6 de la LPAC, si bien la eficiencia, como criterio de evaluación de impacto normativo retrospectivo, parece no tener en cuenta el artículo 129, referido a "racionalizar, en su aplicación, la gestión de recursos públicos", a pesar de su referencia a los "resultados de la aplicación de la norma". No obstante, según el artículo 130.1 es necesario prestar atención al resto de los principios de buena regulación, para lo cual es necesario incluir los dos criterios restantes señalados [artículo 3.2.c) y d) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo].

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse una serie de observaciones sobre la necesaria adecuación entre el contenido de la MAIN y el informe individualizado de evaluación de impacto

1112 Al indicar que el "borrador de informe de evaluación" será realizado por cada Departamento ministerial, el cual solicitará informe previo a la "Oficina Económica del Presidente y a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa", además de a la "Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia" cuando "se evalúen por razón de su impacto sobre la competencia". Por otro lado, el informe anual conjunto de evaluación normativa se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación "previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos" en virtud de lo establecido en el artículo 4.3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo. Ello recuerda al informe anual realizado por el Gobierno al Parlamento italiano sobre el estado de aplicación no solo de la verificación del impacto de la regulación, sino, también, del análisis de impacto de la regulación, en aras de una adecuada coordinación entre poderes públicos, aunque este aspecto brilla por su ausencia en el Derecho estatal español.

1113 Así se estableció, por ejemplo, en el Derecho norteamericano, en la Orden Ejecutiva denominada Mejora de la regulación y la revisión regulatoria (*Order Executive n.º 13563*, *Improving Regulation and Regulatory Review*, aprobada en el año 2011, *section 6*), que afirma la necesidad de proceder a la Revisión Retrospectiva de Regulaciones (*Retrospective Review of Regulations*).

1114 El criterio de la sostenibilidad es mencionado por la OCDE (2012 b: 16) pero referido a que la norma "aún cumple sus propósitos originales y es probable que lo haga a largo plazo".

1115 Un ejemplo del contenido de este informe en el Derecho comparado lo encontramos en Italia, según lo mencionado en el Capítulo II, al que me remito.

1116 El artículo 2.1.j) se refiere a "objetivos y fines de la norma", sin embargo, en el artículo 3.2.a) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, se alude únicamente a fines.

normativo *ex post* de cada norma[1117], a la vista de las diferencias que la regulación aplicable establece. Así, en primer lugar, el informe no discrimina en virtud de si es memoria ordinaria o abreviada según lo establecido en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En segundo lugar, no se refiere a la posible conflictividad con las Entidades Locales, según el artículo 3.1.d) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, esto se debe a que el artículo 2.1.c) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, no distingue de quién es la competencia objeto de controversia, lo cual incluye a todos los Entes territoriales en el marco jurídico de la distribución competencial existente. Además, en relación con el impacto jurídico debe tenerse en cuenta el artículo 2.1.b), c) e i) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, debiendo existir una debida correspondencia con las letras c) y d) de dicho artículo 3.1, dando entrada a otros aspectos de dicho impacto (piénsese en trámites adicionales a simplificar y sentencias con pronunciamientos invalidantes referidos a los impactos).

En tercer lugar, no se menciona expresamente a las pymes, en relación con la detección y medición de las cargas administrativas, en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, a diferencia del artículo 2.1.e) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre; y, en cuarto lugar, no se establece la posibilidad de examinar la adecuación de la motivación cuando de la innecesariedad de la carga administrativa se trata, junto con su adecuada cuantificación.

En quinto lugar, en el artículo 3.1.a) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, no se tiene en cuenta el impacto presupuestario de los ingresos públicos, aspecto que sí menciona el artículo 2.1.d) 2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.

En sexto lugar, difiere en relación al impacto económico de la MAIN según lo previsto en el artículo 2.1.d)1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, ya que el artículo 3.1.e) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, afirma que le es de aplicación a "la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma", por contra aquel precepto se refiere a los "sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma", produciéndose una falta de correspondencia. Además, se disgrega como criterio de selección en la evaluación de impacto normativo *ex post* lo que es propio del contenido del impacto económico de la MAIN *ex ante*, según el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, ya que, por un lado, a lo ya reseñado en el artículo 3.1.e) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, hay que añadir , por otro lado, el artículo 3.1.f) de dicho Real Decreto que alude a los "Efectos significativos sobre la unidad de mercado,

1117 Ello responde a la coherencia interna entre los procesos, los cuales se retroalimentan, siendo conveniente para un ejercicio de comparativa entre los mismos.

la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas".

En séptimo lugar, tampoco se menciona la posibilidad de que se evalúen otros impactos, a diferencia del análisis de impacto normativo *ex ante* según el artículo 2.1.g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre; y en octavo lugar, no se identifica expresamente una metodología de decisión, aunque de lo mencionado parece inferirse la aplicación de una metodología comparativa entre los criterios de valoración reseñados y los establecidos en la MAIN.

En noveno lugar, en el proceso de la evaluación de impacto normativo *ex post* sería necesario establecer una descripción de la tramitación y de las consultas realizadas al respecto, al igual que en otros Estados, reforzando la democracia del proceso[1118].

Por último, sería conveniente modificar la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo e incluir el informe de evaluación de impacto normativo *ex post*, así como someter los informes individuales junto con el Informe Anual de Evaluación Normativa a publicidad activa y el resto de los trámites del procedimiento, siguiendo el ejemplo de otros Estados[1119] y del artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, referido a la evaluación de impacto normativo *ex ante*.

La importancia de la finalidad de la evaluación retrospectiva consiste en aportar información práctica relevante comparativa, siendo un instrumento de credibilidad y exactitud del análisis de impacto normativo prospectivo, puesto que contribuye a probar si se han logrado los objetivos establecidos, si la decisión pública ha sido eficaz y eficiente y el grado con el cual se han abordado los impactos para resolver el problema o la necesidad[1120], además de generar una priorización y racionalización de las intervenciones regulatorias, reduciendo las duplicidades e incongruencias políticas y jurídicas.

El tiempo para la realización de la evaluación de impacto normativo *ex post*, según la OCDE, debe ser el adecuado para que produzca sus efectos, recomendándose, con carácter general, un período de cinco años, aunque, como mencionamos en el Capítulo I, deberá atenderse al supuesto

1118 Véase el ejemplo de Italia, expuesto en el Capítulo II.
1119 Es el supuesto de Estados Unidos, ya que en la sección 4 de la Orden Ejecutiva 13610 establecía la necesidad de que las agencias pongan esta información a disposición del público dentro de un periodo razonable, sin exceder de tres semanas a partir de la fecha de presentación de los informes preliminares a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs*).
1120 Montoro Chiner (1985) afirma que es la "vía precisa para recuperar", por parte de la ciudadanía "la confianza en la ley y el Derecho".

concreto. En España se establece su realización de forma única en la anualidad posterior a su inclusión en el Plan Anual Normativo[1121], salvo que conlleven gastos plurianuales. En mi opinión, no solo es un plazo insuficiente para que se produzcan todos los efectos e impactos de la norma, sino que es escaso en cuanto a su contenido, pues no se mencionan los ingresos públicos de dicho impacto, ni el resto de los impactos existentes y sus consecuencias más allá de dicha anualidad, aspectos que, por otro lado, sí se establecen como criterios de selección y de valoración. Además, no se determina el plazo para su realización, a diferencia de otros Estados de nuestro entorno, como Italia.

De otra parte, no se prevé, con carácter generalizado, la posibilidad del establecimiento de cláusulas de vinculación de la vigencia o continuidad de la norma a la realización de la evaluación *ex post*[1122] [cláusulas de revisión (*review clauses*) o vencimiento de la normativa (*sunset clauses*)], sin perjuicio de que su uso debe hacerse con las cautelas necesarias ante una regulación sujeta a continuos cambios, como ocurre con la referida al desarrollo tecnológico. En este sentido, la OCDE[1123] dispone que esto supone una restricción al Gobierno o al Parlamento en la aprobación de nuevas iniciativas normativas al respecto, fundamentado en dicha realidad cambiante que demanda una actuación rápida del poder público. No obstante, en todo caso, debe evitarse que su uso regular puede generar una laguna legal[1124] si el poder ejecutivo y legislativo no tienen una actuación normativa diligente.

1121 En el Reino Unido la revisión posterior a la implementación (*post-implementation review, PIR*), referida a la revisión de la política regulatoria, complementa la apreciación previa contenida en la evaluación de impacto (*Impact Assessment*). Según la Guía Práctica del personal del Gobierno del Reino Unido (*Practical Guidance for UK Government Officials*, marzo de 2015) es una forma de evaluación, dentro del contexto de medidas regulatorias, debiendo determinarse la fecha para realizar una revisión posterior a la implementación en la fase final y de promulgación del análisis de impacto, aunque la primera revisión después de su implementación se llevará a cabo a través de una provisión de revisión estatutaria (*statutory review provision*) en la legislación pertinente, dentro de los 5 años siguientes a la fecha en que entró en vigor y, con posterioridad, cada 5 años.

1122 Dichas cláusulas serán adecuadas en los casos en que una medida no necesite ir más allá o cuando se imponga cargas desproporcionadas a las empresas, ya que ayudan a asegurar que se eliminarán, así como a mantener medidas efectivas y mejoras de apoyo hasta una determinada fecha. En el Reino Unido, las cláusulas de revisión son obligatorias para todas aquellas medidas que regulan el sector empresarial (incluyendo las medidas internas y las que eran derivadas de la Unión Europea), a excepción de las medidas regulatorias calificadas vías rápidas (*fast track*) y las medidas limitadas en el tiempo que están sujetas a una cláusula de vencimiento (*sunset clause*). Estas cláusulas tienen un periodo de vigencia, (no más de los 7 años de su entrada en vigor), transcurrido el cual se precisa una evaluación positiva de su eficacia para su continuidad. Véase sobre esta cláusula, HM Government (2011), *Sunsetting Regulations*, Londres: Crown, accedido el 4 febrero 2021, de http://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2011-0504/DEP2011-0504.pdf. Asimismo, véase Montoro Chiner (1985), quien afirma que las normas que establecen un "término cierto de vigencia", pueden sufrir vicisitudes que pueden hacer recomendable el establecimiento de los "efectos y repercusiones de la norma, por el desajuste de medios y fines al plazo de vigencia, o bien, debido a incertidumbre sobre la necesidad de regulación de sus supuestos en relación a la duración y modificación de las situaciones y a la adecuación y utilidad de las medidas adoptadas dentro del contexto de las restantes materias".

1123 OCDE (2012 b).

1124 Un ejemplo de esto se encuentra en el artículo 2.2 de la Guía Canadiense para la elaboración de Leyes Federales (*Guide to Making Federal Acts and Regulations*) que establece que debe "tenerse cuidado al considerar la inclusión de una disposición de 'vencimiento' o expiración en una ley, pues estas disposiciones pueden producir una laguna legal siempre y cuando el nuevo régimen legislativo no entre en vigor a tiempo".

Por último, debe destacarse la diferencia con otros ordenamientos jurídicos, en el sentido de que no existe en el nuestro una tipología de evaluación de impacto normativo *ex post* en virtud de determinados criterios[1125], sin perjuicio del establecimiento de un análisis de resultados (artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo), en el cual se evaluará en qué medida el instrumento regulatorio realmente contribuye a mejorar el proceso de toma de decisiones y sus resultados (a diferencia del análisis prospectivo, relativo a los impactos). Para esto es necesario tener en cuenta el "contrafactual" o "situación o condición que podría presentarse hipotéticamente para las personas, las organizaciones o los grupos si no hubiera una intervención para el desarrollo como la evaluada"[1126]. Esto responde a una autoevaluación o evaluación interna que se lleva a cabo por el Departamento Ministerial que haya propuesto la norma, que solamente se someterá a una *metaevaluación* del Ministerio con competencias de apoyo a la presidencia del Gobierno, cuando intervenga para realizar un análisis en orden a "asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno", comprobando que la MAIN incluya "una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la norma cuando fuere preceptivo" [artículo 26.9.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre] [1127]. En todo caso, en mi opinión, el punto de referencia de dicha *metaevaluación* debería situarse, también, en torno a los informes individuales.

En otro orden de cosas, destaca la falta de regulación de las fases que componen su proceso[1128]. Según la OCDE deberían diferenciarse los siguientes aspectos: Primeramente, debe producirse una fase de planificación, donde se establecerá un diseño adecuado de la propia evaluación al inicio del proceso[1129], concretando los motivos y formas para realizarla, lo que incluye cuestiones como la constitución de un grupo director de la evaluación y la elaboración de las preguntas orientativas

1125 Para el Reino Unido, véase HM Treasury (2020 b: 31 y 32), donde se ha previsto los principales tipos de evaluación posibles de la revisión posterior a la implementación (*post-implementation review*) que son: evaluaciones económica, de impacto, de resultados y de proceso, así como la revisión blanda (*light touch review*).
1126 OCDE (2002: 19).
1127 El Tribunal de Cuentas resalta la escasa realización de la evaluación de impacto normativo *ex post* en la Administración General del Estado (informe de fiscalización n.º 1408, pág. 36).
1128 En contraposición, el Derecho comparado ofrece distintos ejemplos, como es el caso de Chile que establece un proceso más simple [OCDE 2012 b: 62, compuesto de tres fases: análisis técnico, percepción ciudadana e informe final) y, por otro lado, el de Italia que tiene un proceso más complejo, este último señalado en el Capítulo II.
1129 Este diseño puede incluir, según la OCDE (2012 b: 20), lo siguiente: "diagnóstico inicial", en el cual se puede establecer una visión primigenia para la medición; "propósito (para qué se usarán los resultados de la evaluación)"; "objetivo (qué clase de información se espera que la evaluación proporcione)"; "alcance (qué amplitud debe tener en términos de geografía y tiempo)"; "criterios y preguntas de evaluación"; "fuentes de datos"; "fechas límite(s) y resultados esperados"; y "si la evaluación va a estar a cargo de consultores o expertos externos, de un equipo interno o de una mezcla de ambos".

de la evaluación, se dispondrá el marco necesario para la búsqueda, recopilación[1130] de los datos para contestarlas[1131], atendiendo al objeto de evaluación, y estructurará la información. En todo caso, la evaluación debe partir de uno o varios problemas y objetivos definidos, incluso un replanteamiento o no de los mismos[1132], cuando de la aplicación de la norma no solamente resulte dicho problema o problemas ya plasmados, sino, también, otros sobrevenidos, precisándose una nueva labor de identificación y definición. En todo caso, la realización de esta evaluación debe proporcionar la evidencia para confirmar y, en su caso, redefinir el problema regulatorio.

Además, debe llevarse a cabo un análisis de la evidencia reunida para responder a las preguntas de evaluación, en cuya fase final se aportarán juicios sobre los datos y hallazgos, produciéndose la correspondiente validación, otorgándose especial relevancia al aspecto económico[1133]. La fase final implica, pues, un análisis que se concretará en unas conclusiones basadas en la evidencia, debiendo ser claras, imparciales y adecuadas, además de la posibilidad de aportar recomendaciones para acciones futuras[1134]. Si la MAIN definitiva debe ser evidente y comprensible para la ciudadanía, debe establecerse una evaluación posterior en dichos términos, incluyendo un calendario de seguimiento adecuado para comprobar los efectos e impactos de la norma, también, por parte de la ciudadanía.

Los resultados de la evaluación deberían ponerse en conocimiento de la ciudadanía (especialmente, de los interesados), adjuntando la documentación del procedimiento (incluidas las consultas públicas que se pudieron realizar a estos efectos), más allá del informe, fomentando la

1130 Puede ser simultánea o secuencial. Véase OCDE (2012 b: 22), que pone como ejemplo los siguientes sistemas de recopilación de la información: "investigación interna" o "análisis documental", "evidencia numérica y estadística", "análisis comparativo", "encuestas vía cuestionarios", "diseño adecuado de preguntas", "entrevistas" y "grupos focales". Seguimos en este aspecto a F. Sáinz Moreno (2006), «Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa», en J. Pardo Falcón y F. Pau i Vall (coords.), *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamento* (págs. 19-36), Madrid: Tecnos (págs. 28 y 29).

1131 Véase OCDE (2012 b: 20 y 21). Por otro lado, en el Reino Unido, se establece una serie de preguntas durante la evaluación, en virtud del HM Treasury (2020 a), como: "¿en qué medida la política ha alcanzado sus objetivos?", "¿en qué medida se han ampliado los criterios de éxito?", "¿en qué medida ha habido consecuencias indeseadas?", "¿cuáles son los costes y beneficios 'a posteriori' y 'futuro'?", "¿sigue siendo necesaria la intervención del Gobierno?" o "¿ha cambiado el mercado como resultado de la política?", "¿qué ámbitos hay para la simplificación, mejora o desregulación?" y "¿los niveles de cumplimiento indican que el mecanismo de aplicación elegido es el apropiado?".

1132 Para que sea eficaz este instrumento es necesario que se determine con claridad los objetivos de la evaluación, como afirmaba la Comisión Nacional de la Competencia (2008), *Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia* (pág. 32), que no es posible valorar *ex post* la eficacia de la norma ante "la ausencia de una definición clara de objetivos".

1133 Como afirma el artículo 130.2 de la LPAC, al establecer que las Administraciones Públicas fomentarán el Análisis Económico del Derecho. En este sentido, el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, determina que el análisis *ex post* se centra en los resultados de la aplicación de la norma, "atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos.", a lo que hay que añadir el artículo 28.2 que afirma que en el informe anual del Análisis de Impacto Normativo *ex post* "se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2".

1134 Véase OCDE (2012 b: 24 y 25).

mayor difusión posible, junto con la realización de extractos o resúmenes que sean comprensibles y expongan los elementos más importantes de la evaluación.

De lo expuesto hasta ahora, con independencia de las confusiones terminológicas que denotan una falta de clarificación de los instrumentos y de la necesaria consideración de la evaluación de impacto como un proceso, ya sea prospectiva y retrospectiva, se hace necesario profundizar en estos instrumentos jurídicos, dotándoles de requisitos formales de carácter garantista en cuanto a su aplicación práctica, para que sean útiles y adecuados. Al respecto, debe insistirse en su necesaria conexión, para su adecuada retroalimentación y consideración de un proceso continuo, como se mencionó en el Capítulo I. Además, es necesario prestar atención a las soluciones alternativas (incluyéndose en la evaluación las mismas) e incardinar los mencionados procesos junto con el de elaboración e implementación de políticas públicas como elementos conectados, atendiendo a la decisión pública en general como plasmación de una política ante un problema (sin perjuicio de la consideración de la calidad normativa como una política pública). Junto a ello, con independencia del reforzamiento de la evaluación de impacto normativo *ex ante,* será necesario realizar una adecuada aplicación de la *ex post*, considerándose esencial para la calidad normativa española, para la consecución de un auténtico ciclo regulatorio.

Por efecto de lo anterior, el proceso de evaluación de impacto no puede identificarse con una suerte de derivación del procedimiento de elaboración de normas, pues supone un cambio de realidad basado en la evidencia y en la información (incorporando la perspectiva de otras ciencias, más allá de la jurídica para abordar la realidad), y en el que la tecnificación y racionalización tienen un cierto contrapeso en la legitimación democrática vinculada, en parte, al necesario acceso a la información y la participación de la ciudadanía de forma adecuada. Se trata de poner el foco en cómo se toman las decisiones públicas, acercándonos a lo que llama Sunstein "arquitectura de las decisiones", con el necesario "empujón" (*nudge*) al respecto y con el horizonte de alcanzar la legitimidad por eficacia[1135]. Todo ello permite avanzar en un modelo de gobernanza como evolución de las políticas regulatorias.

No obstante, en mi opinión, la regulación examinada es susceptible de mejora en diversos aspectos, a saber: En primer lugar, se deben determinar normativamente las fases correspondientes a un tipo u otro de evaluación, siendo necesario una evaluación previa para concretar el

1135 Sunstein y Thaler (2017). Esto es propio de la nueva gestión pública (*new public management*), donde la Administración Pública pone en el centro de actuación a la ciudadanía. Véase, al respecto, Montoro Chiner (2002: 158 y 159), que establece que esto va en consonancia con el "cambio en la asignación y en la utilización de los recursos, y en el logro de los objetivos".

instrumento de la decisión y otra posterior para dar contenido a la futura norma, en su caso, además de un proceso adicional de revisión. De otra parte, la normativa de aplicación examinada solo menciona la información, pero no el juicio, existiendo, al respecto, un escaso tratamiento de la metodología de aplicación, más allá de una referencia poco realista a las circunstancias del análisis de costes-beneficios. Pero, además, la consideración de la evaluación de impacto normativo *ex post* como un informe es inadecuada, ya que debe responder a un proceso dinámico en términos parecidos al del impacto normativo prospectivo (con las salvedades correspondientes), siendo necesario que en la evaluación de impacto normativo retrospectivo se aplique el principio de participación, en los términos de los artículos 9.2 y 103.a) CE, y se establezcan expresamente los criterios para determinar una metodología de aplicación, ya que de lo contrario, a mi juicio, se estaría ante una cierta discriminación, sin causa aparente, en virtud del proceso de evaluación. En todo caso, deben identificarse los sujetos destinatarios, directos e indirectos, de los impactos, atendiendo a distintos criterios de pertenencia (desde los grupos sectoriales empresariales o de personas, al lugar donde residan, reforzando la necesidad del establecimiento del impacto distributivo), y sus posibles ventajas y desventajas, atendiendo al principio de proporcionalidad. La jurisprudencia examinada en el Capítulo III ofrece criterios de configuración que no pueden obviarse.

4.3. **Los principios de buena regulación**.

4.3.1. *Introducción*.

En España, la conformación actual del contenido de los principios de buena regulación se ha ido configurando desde hace bastantes años por la doctrina, la jurisprudencia y la influencia comparada, como se comprobará al desarrollar cada uno de dichos principios[1136]. No obstante, la categorización y consolidación de determinados principios como de buena regulación es más reciente, debido a la influencia del Derecho comparado, de la Unión Europea y de la OCDE como se mencionó en los Capítulos I y II[1137], y su positivación vinculada al ejercicio de las potestades

1136 La OCDE (2011 b: 113) afirma que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, "incluyó una serie de relevantes principios, como la consulta y la evaluación de impacto legislativo". Sin embargo, discrepo de esta afirmación, porque el principio de participación ya se encontraba en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y la evaluación de impacto no existía como tal en consonancia con lo expuesto en este Trabajo.

1137 En este sentido, afirma el Consejo de Estado (2018), *Memoria del Conejo de Estado 2017*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 184), que la incorporación progresiva de dichos principios en el Derecho de la Unión Europea y en nuestro Derecho interno, se enmarca en la mejora regulatoria "que comenzó en la última década del pasado siglo XX a impulsos, sobre todo, de la Comisión Europea (*Informe Mandelkern on Better Regulation, 2001*) y de la OCDE (*Guiding Principles for Regulatory Quality*, 2005)". En este último sentido, téngase en cuenta lo dicho por la OCDE (2011 b: 47), al afirmar

normativas, sin perjuicio del hecho de que el reconocimiento de los principios jurídicos no precise, en todo caso, su expresa previsión en el derecho positivo[1138]: antes al contrario, se trata, simplemente, de que la experiencia existente ha llevado al legislador a identificar como principios de buena regulación aquellos que tienen una mayor conexión con el ejercicio de dichas potestades, estableciendo un anclaje fundamental para abordar las exigencias de la calidad normativa. De ahí la necesidad de tratarlos de forma específica en este Trabajo.

Con la LES se produce el primer reconocimiento de los principios de buena regulación con carácter básico[1139], en virtud del artículo 149.1.18.ª CE, dictaminando el Consejo de Estado[1140] que dicha norma contaba con el suficiente respaldo constitucional para determinarlos.

Así, el artículo 4.1 de la LES estableció como de buena regulación los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia, los cuales respondían, en gran medida, a los determinados en el Derecho comparado. Además, el apartado 1 del precepto establecía que "en la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios". Por su parte, el artículo 5 disponía que para "la aplicación de los principios de sostenibilidad y de buena regulación"[1141] (y para "contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria"), se llevará a cabo la ejecución de un "análisis previo de iniciativas normativas" y la realización del "proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos" (apartado 1), para lo cual se justificarán "entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas" (apartado 2) y, por último, en el "desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa" (apartado 3). Ciertamente, estas previsiones son insuficientes, pues respecto de los procesos de evaluación de impacto normativo, tanto prospectivo como retrospectivo, no se establece cómo proceder a su aplicación, y, por otro lado, sólo se contempla el trámite de consulta pública en el procedimiento

---

la necesidad de que "los países adopten amplios programas de reformas legislativas, en los que se establezcan principios de 'buena regulación'". Por otro lado, afirma Sánchez Graells (2009: 46) que "las distintas instituciones establecen principios comunes para el análisis de la calidad de la regulación, si bien priorizan su importancia con algunas diferencias", fundamentándose dicho carácter común en "su universalidad y su legitimidad".

1138 F. De Castro (1984), *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas (pág. 417) menciona que el "trámite de positivación va unido a su propia existencia ('vigencia social')", no obstante, establece Beladiez Rojo (2010: 54 y 55), que una idea se "eleva a la condición de principio general del Derecho" no fundamentada en que "la misma se encuentre recogida, expresa o implícitamente, en los textos positivos, sino que exprese un valor jurídico de la comunidad".

1139 Al respecto, véase OCDE (2010 c), *Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre «Política Normativa y Gobernanza»*, París: OCDE Publicaciones, concretamente el principio 11]. No obstante, algunas Comunidades Autónomas ya habían tomado la iniciativa como Castilla y León, a través del artículo 42.2 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, que estableció los principios de necesidad, proporcionalidad, transparencia, coherencia, accesibilidad y responsabilidad.

1140 Dictámenes n.º 215/2010 y 275/2015 (consideraciones generales, apartado III).

1141 La mención a los "principios de sostenibilidad" está incompleta, ya que las únicas referencias a dichos principios se llevan a cabo en el mencionado precepto y en el artículo 6 de la LES, sin determinar cuáles son y en qué consisten.

de elaboración de normas, pese a que debe extenderse a toda actuación. Sin embargo, respecto de la evaluación retrospectiva, el artículo 6.1 de la LES establece una revisión del *stock* regulatorio para adaptar la "normativa vigente a los principios de buena regulación". Por otro lado, el apartado 2 del precepto determinó que "se acordarán e impulsarán criterios para promover la aplicación de los principios de buena regulación", realizándose "en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública", fundamentalmente intentando conciliar aspectos propios procedimentales de las distintas Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que el procedimiento de elaboración de normas es competencia autonómica como se ha comentado en el Capítulo III. No obstante, el artículo 6 no ha alcanzado la eficacia deseada, ante la falta de concreción de sus precisiones y la ausencia de una fuerte convicción de su necesaria aplicación.

Por su parte, la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, establece una serie de principios denominados de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación (artículos 3 a 9), que coinciden, parcialmente, en denominación (necesidad, proporcionalidad, eficacia y transparencia) y en contenidos (como, por ejemplo, el de necesidad) con los establecidos en la LES. No obstante, es claro el ámbito más limitado de aplicación de la 20/2013, de 9 de diciembre, frente a la noción de principios de buena regulación, exigibles en todo tipo de instrumentos normativos, con independencia de las materias a las que afecten, lo que no impide un cierto solapamiento entre unos y otros[1142].

1142 Esta situación se da, también, a nivel autonómico. Así, en Andalucía, el artículo 2.2 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (*BOJA* núm. 131, de 4 de julio de 2007), tras la modificación realizada por el artículo 14.1 del Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas (*BOJA* núm. 82, de 30 de abril de 2014), determina los principios de aplicación a la mejora de la regulación económica, entendiendo por esta el "conjunto de actuaciones e instrumentos mediante los cuales los poderes públicos, al elaborar o aplicar las normas que inciden en las actividades económicas". Dichos principios son: "eficiencia, necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia". No obstante, la Resolución de 27 de enero de 2016, de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar los supuestos en los que un proyecto normativo puede incidir en la competencia, unidad de mercado, actividades económicas y principios de buena regulación (*BOJA* núm. 21, de 2 de febrero de 2016) determinaba que habría que valorar el impacto y consecuente emisión, en su caso, de informe preceptivo, cuando afecte no solo a la "competencia efectiva en los mercados, en la unidad del mercado, en las actividades económicas o en la mejora de la regulación, principalmente cuando afecten a los operadores económicos o al empleo". Pero, la determinación de la competencia en mejora regulatoria excede del ámbito trasversal propio de las competencias de esta institución, y, de hecho, el artículo 2 de la Resolución realiza una mezcolanza entre principios de buena regulación de la LES y la LPAC, en un periodo previo a la entrada en vigor de esta. Posteriormente, dicha Resolución fue dejada sin efectos por la de 19 de abril de 2016 (*BOJA* núm. 90, de 13 de mayo de 2016), que determina la adecuada consideración de dichos principios en el marco del artículo 2.2 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, si bien alude a los principios "de buena regulación económica", generando mayor confusión, si cabe, con lo establecido en la LPAC y, posteriormente, con el artículo 7 del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (*BOJA* núm. 250, de 31 de diciembre de 2019), referido a la "Memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación en los procedimientos de elaboración de normas de la Junta de Andalucía", que se remite a los principios del artículo 129, impulsada por la necesidad marcada por el Consejo Consultivo de Andalucía, dictamen n.º 741/2017, FJ II, donde se establecía que el "Centro Directivo responsable de la tramitación debería haber acompañado al expediente una memoria elaborada relativa al cumplimiento de los principios de buena regulación previstos en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015".

Posteriormente, y con la finalidad de dar un impulso definitivo a la mejora de la calidad mediante la sistematización de dichos principios, se establecen unos principios comunes de buena regulación en una única ley relacionada con el procedimiento administrativo de elaboración de normas, incluyéndose los siguientes principios de buena regulación en el artículo 129 de la LPAC[1143]: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, determinados en su apartado 1 y desarrollados en el resto de los apartados del precepto. Pero, además, se hace referencia a los mismos también, en el artículo 130.1 para que, en la revisión periódica de la normativa vigente, se adapte a dichos principios (redacción que recuerda al artículo 6.1 de la LES[1144]). Asimismo, el artículo 130.2 establece que las "Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas" y, en especial, "para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica".

Entre las diferencias más reseñables entre la LES y la regulación de los principios de buena regulación de la LPAC, debe insistirse, en primer lugar, en el fundamento competencial de esta última, mucho más amplio que el de la LES, como señalamos en el Capítulo III, y al que nos remitimos[1145]. Además, se disminuye el número de principios de buena regulación, que pasan de siete a seis, al suprimirse los principios de simplicidad y accesibilidad, si bien se introduce el principio de eficiencia, todo ello sin perjuicio de las diferencias en su contenido como se desarrollará en cada uno de ellos. De otro lado, quedan al margen del apartado primero examinado los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, contemplados en el apartado 7[1146], que junto con el de eficiencia, realzan la importancia del carácter económico de la

1143 Véase página 45 de la MAIN del Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su versión de 9 de enero de 2015. En este sentido, Santamaría Pastor (2016) afirma que "este artículo es claramente deudor del artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo", pero su actual regulación atiende al "afán de situar su contenido en un contexto normativo más adecuado". El Consejo de Estado (2018: 186) considera que estamos ante una "regulación conjunta, unitaria y de carácter general de los principios de buena regulación, que venía reclamándose por la doctrina legal de este Consejo y amplios sectores doctrinales".

1144 A diferencia de dicha norma, la LPAC pone en relación dichos principios en la fase previa al inicio del procedimiento, a través de la consulta pública previa.

1145 La STC n.º 55/2018, FF JJ 4 y 7, con fundamento en la STC n.º 91/2017, FJ 6, se refiere solamente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ya que el artículo 129 y 130.2 de la Ley "se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo, de los diferentes niveles de gobierno". En la sentencia se remarca su "escaso contenido normativo", ya que "no obstaculiza el desarrollo autonómico de estos principios ni la posibilidad de establecer otros diferentes", como tampoco "impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas", aspecto este último, que se contraviene con lo expuesto en este trabajo.

1146 En mi opinión la necesidad de justificación establecida en el artículo 129.1 de la LPAC se predica de los principios enumerados ahí, en virtud de una interpretación literal, no de los establecidos en el apartado 7. Este criterio es, también, el señalado por el Consejo de Estado (2018: 183) y la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña (2018), *Memoria para el año 2017*, Barcelona: Generalidad de Cataluña (págs. 118 y 119), así como por el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 741/2017, FJ II, último párrafo. En contra se sitúa la Oficina de Calidad Normativa de la Comunidad de Madrid, en su informe n.º 25/2020, fechado el 3 de abril de 2020, en su apartado 3.3.

reforma[1147] operada en 2015.

Por otra parte, debe insistirse en el ámbito objetivo de dichos principios en la LES, en el sentido de aplicarse a cualquier iniciativa normativa (tanto reglamentarias como legales [1148], con independencia de su no aplicación a las iniciativas legales autonómicas según el Tribunal Constitucional[1149]) en una Ley referida, sin embargo, a la sostenibilidad de la economía española, aspecto criticado por el Consejo de Estado[1150]. Por contra, los principios de buena regulación del artículo 129 de la LPAC, están referidos a cualquier materia en el ejercicio de dichas potestades[1151].

También, se establece diferencias en su justificación, ya que el artículo 129.1 de la LPAC afirma que debe constar en la parte expositiva de los proyectos normativos, más allá de la mención genérica del artículo 4.1 de la LES referida a que "la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios"[1152]. Por otro lado, existe una conexión más directa con la evaluación de impacto normativo *ex post* según el artículo 130.1 de la LPAC, no articulando su aplicación en el marco de los instrumentos de cooperación como establecía el artículo 6 de la

1147 En este sentido, la MAIN del anteproyecto de la actual LPAC sometido a dictamen del Consejo de Estado (pág. 48) establece su finalidad en "lograr un entorno regulatorio más favorable a la actividad económica que fortalezca el crecimiento económico al reforzar la certidumbre, predictibilidad y transparencia del regulador". Asimismo, véase D. Canals i Ametller (2016), «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación», en D. Canals i Ametller (ed. lit.), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación* (págs. 11-52), Girona: Documenta Universitaria (pág. 31), donde afirma que los principios de buena regulación son, propiamente, de buena regulación económica. No obstante, en mi opinión, no estamos exactamente ante la distinción que realiza el Reino Unido entre principios de buena regulación y principios de buena regulación económica.

1148 Así lo establecía el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, referido al anteproyecto de LES, al reconocer, como uno de los fundamentos de su positivación, el ser una "exigencia general e indeclinable de toda iniciativa normativa que se propongan las Administraciones Públicas".

1149 La STC n.º 55/2018, FJ 7, con fundamento en la STC n.º 91/2017, FJ 6, establece que "los artículos 129 y 130.2 no resultan aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de los gobiernos autonómicos".

1150 El dictamen del Consejo de Estado n.º 215/2010 afirma que dicha argumentación llevaría a "prescindir" del artículo 4.

1151 Así lo afirma, por otro lado, el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 275/2015 sobre el anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concretamente en su apartado III.C).4.c), al considerar que el objeto de la norma es "establecer unos principios de obligado respeto por las Administraciones Públicas que ejerzan la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria que tienen reconocidas, principios que escapan al ámbito al que en rigor se extiende dicha competencia (artículo 149.1.13.ª CE)". Ese "alcance general" con respecto a la LES es reconocido por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña (2018: 117 y 118), y autores como Prieto Romero (2016: 343), quien señala que "ahora en la LPAC se enuncian, claramente, como principios de aplicación general con independencia de la materia económica, social, sanitaria, etc.- que constituya el objeto de la regulación de que se trate".

1152 Dicha diferencia es remarcada por el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, A.G. 41/2020, con fecha 14 de julio de 2020, el cual se remite al dictamen de 18 de enero de 2018 que establece que el artículo 129.1 de la LPAC "va más allá de la simple mención a que la propuesta se adecúa a los citados principios y a la específica referencia al cumplimiento de solamente alguno de ellos". Así, lo afirma Santamaría Pastor (2016) que sobre dicha justificación del artículo 129.1 y 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la "nueva LPAC no se limita a reiterar este conjunto de buenos deseos, sino que, yendo más allá de lo que previó la Ley de Economía Sostenible, establece mecanismos para su puesta en marcha". En términos parecidos se ha pronunciado, también, el Consejo de Estado (dictamen n.º 806/2018) y el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización n.º 1408 (pág. 22), señalando la necesaria justificación de los principios mediante un razonamiento concreto al caso. Por contra, para el Tribunal Constitucional dicha diferencia no es tal, ya que un precepto proviene del otro.

LES al referirse a la Conferencia Sectorial de Administración Pública.

Por último, no puede olvidarse que los principios de buena regulación, al ser principios generales del Derecho, se definen como la "esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen»" a estas y sean fuente del ordenamiento jurídico según el artículo 1.4 del Código Civil. Los principios inspiran a la norma habilitante que atribuye potestades a las Administraciones Públicas, las cuales deben respetar dichos principios, de conformidad con lo previsto en el artículo 103.1 CE, al estar sometida la Administración no solamente a la Ley sino también al Derecho[1153]. Como señalaba De Castro[1154], los principios jurídicos constituyen "la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica", y a ello deben sumarse otras funcionalidades como el control del ejercicio discrecional de la potestad normativa, en los términos planteados en el Capítulo III.

En definitiva, los principios de buena regulación son un elemento fundamental en la calidad normativa española, ya que guían los procesos de evaluación y el procedimiento de elaboración de normas[1155], tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia y la doctrina, al establecer la necesidad de su justificación no solo en la parte expositiva de las normas, sino, también, como parte de la documentación del expediente[1156], reconociéndose su carácter básico y concreto[1157]. Además, como ya se ha señalado, la determinación y aplicación de estos principios es un elemento de gran importancia en la fiscalización del ejercicio de la potestad normativa.

1153 STS, Sala 3.ª ROJ n.º 12013/1990, FD 2.º.

1154 De Castro (1984: 420). También, afirma que los principios jurídicos son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica" de una determinada comunidad.

1155 Afirma el Consejo Consultivo de Andalucía (2019), *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía 2018*, Granada: Consejo Consultivo de Andalucía (pág. 89) que "dicha declaración no es una pura formalidad, sino que debe guardar coherencia con la documentación obrante en el expediente". También el Consejo de Estado (2018: 183), en su dictamen n.º 161/2017 considera que, lejos de ser declaraciones retóricas, han de informar "toda la elaboración de las disposiciones de carácter general".

1156 Así, podemos encontrar dos opciones: las Administraciones que han adoptado un único documento en el cual recogen toda la documentación preparatoria, como es la MAIN; y las que elaboran distintos documentos preparatorios, entre ellos la memoria justificativa de los principios que nos ocupan, como es el supuesto de Andalucía, concretamente de la disposición adicional 6.ª del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre. Sin embargo, en este último caso, se pueden producir solapamientos entre dicha memoria y otras, como la justificativa y económica, salvo que se aplique la cláusula de derogación implícita de la disposición derogatoria única de dicho Decreto.

1157 Ese reconocimiento legal no empece la aplicación de otros principios. Así, llama la atención que el principio de participación ciudadana no se establezca como principio de buena regulación, más allá de su inclusión dentro del principio de transparencia del artículo 129.5 de la LPAC. Esta situación no casa bien con su reconocimiento constitucional en los artículos 9.2 y 105.a) como garantía del carácter democrático del procedimiento de decisión pública. En este sentido, véase Canals i Ametller (2019: 94).

4.3.2. *Principio de necesidad*.

El principio de necesidad es uno de los juicios que conforman el principio de proporcionalidad como se comprobará al tratar este. En el ordenamiento jurídico español, y concretamente en relación con el procedimiento administrativo especial de elaboración de normas, ya existía un reconocimiento del principio de necesidad a través de los informes de necesidad y oportunidad de la iniciativa normativa que, en primer lugar, se recogía en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, concretamente en su artículo 129.1 y, posteriormente, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1158], como, también, en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, con mención en su preámbulo y en el artículo 2.1.a), como parte del apartado de la "oportunidad" del contenido mínimo de la Memoria ordinaria, lo cual es desarrollado en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[1159].

El principio de necesidad se convirtió en un principio autónomo de calidad normativa en el artículo 4.2 de la LES, influenciado por las normas de transposición de la Directiva de Servicios (Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 22 de diciembre)[1160]. Dicho artículo básico establecía que "la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general", sirviendo de referencia para distintas Comunidades Autónomas[1161] y proyectándose en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

La LPAC recoge este principio en su artículo 129.2, con algunas diferencias respecto a su precedente, como se verá a continuación. También, la LRJSP recoge este principio de forma implícita con carácter básico en su artículo 4.1, al referirse no expresamente al principio de

1158 Concretamente, en los artículos 22.2 y 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, para, respectivamente, los anteproyectos de ley y los proyectos reglamentarios. El Consejo de Estado (1991), *Memoria del Conejo de Estado 1990*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 75), afirma que dichos estudios constituían la "base inexcusable de todo proyecto normativo, realzando su específica significación como garantía primaria de que la iniciativa a adoptar es legal, acertada y oportuna", lo cual era una "garantía" satisfecha con la "equilibrada ponderación de los problemas advertidos, de los objetivos pretendidos y del contenido material del proyecto, con examen analítico, si ha lugar, de las fórmulas técnicas posibles", junto con el "estudio de los términos de su inserción en el ordenamiento jurídico y de sus efectos previsibles queridos o que, por no serlo, demandan adoptar prevenciones cautelares u obstativas".

1159 Al respecto, establece que "se está marcando la razón primera de la propuesta, su punto de partida; delimita el problema o situación que se aborda y es la base sobre la que comenzar a diseñar una actuación para afrontarla", siendo una norma "oportuna cuando resulta conveniente en un determinado momento y/o ante una determinada situación".

1160 En dichas Leyes se establecen dos principios diferenciados: el de necesidad y el de proporcionalidad. Véase, al respecto, el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y los artículos 1.2 y 2.1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre), y en el ámbito doctrinal a Mora Ruiz (2016: 524).

1161 Con carácter previo a dicha Ley, ya había sido previsto en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en los apartados 2.1.a) y 4.1 de la Guía metodológica de mejora de la calidad normativa. Con independencia de dicha excepción, las demás Comunidades Autónomas siguieron el ejemplo estatal, como es el caso, por ejemplo, de la Región de Murcia, concretamente en su Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, página 19.

necesidad, sino al determinar la obligatoriedad de las Administraciones Públicas de motivar la necesidad de la intervención para la protección del interés público en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Centrándonos en el artículo 129.2 de la LPAC, el principio de necesidad se vincula, junto al de eficacia (de una forma confusa), a la exigencia de que la "iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general", reproduciendo, así, la literalidad del artículo 4.2 de la LES, aunque este último no incluye la referencia al principio de eficacia[1162], pese a que la justificación de dicho interés conlleva una "identificación clara de los fines perseguidos" (tal y como definía el artículo 4.8 LES el principio de eficacia)[1163] y "ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución"[1164], debiendo prevalecer este aspecto cuando del principio de necesidad se trata[1165].

Esta interpretación es la establecida en el ámbito estatal, en el artículo 2.1.a)1.º y 2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, al determinar que se explicará en la MAIN la adecuación al principio de necesidad "justificando la razón de interés general en la que se funda, y que es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución"[1166].

1162 Este principio se regulaba de forma expresa en el artículo 4.8 de la LES. Al respecto, véase I. del Guayo Castiella (2017 b), «"Better and Smart Regulation". Los principios de la buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público», en J. C. Laguna de Paz (coord.), J. L. Martínez López-Muñiz (hom.), I. de los Mozos Touya (coord.) e I. Sanz Rubiales (coord.), *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz, Tomo I El ser de la Administración Pública* (págs. 451-470), Madrid: Reus (pág. 459), quien señala que "No es fácil determinar a cuál de los dos principios son referibles esas exigencias, si al de necesidad o al de eficacia, o a ambos", al respecto se infiere que "la primera está más ligada al principio de necesidad, mientras que las dos segundas pertenecen al campo de la eficacia", ya que la LES establecía que "el principio de eficacia imponía que la iniciativa normativa partiese de una identificación clara de los fines perseguidos, que estableciese unos objetivos directos y que evitase cargas innecesarias y accesorias para la consecución de los objetivos finales".

1163 Dicha conexión es señalada por Prieto Romero (2016: 349) al afirmar que "los fines públicos son una concreción o derivación de las razones de interés general que la motivan, debiendo explicitarse en la propia norma", por lo tanto "no resultará suficiente con una vaga alusión a determinadas razones de interés general, sino que será necesario precisar los concretos fines públicos que se tratan de alcanzar con la regulación propuesta".

1164 Véase artículo 2.1.a) 2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En este sentido, Sánchez Graells (2009: 47), señala que el principio de necesidad "requiere que únicamente se inicie el proceso normativo tras determinar que el método más eficaz para la implementación del nuevo objetivo de política pública es la aprobación de nueva regulación en esa materia".

1165 Existe una clara conexión entre dichos principios, ya que la idoneidad debe conllevar la consecución del objetivo, como manifiesta E. Desdentado Daroca (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona: Aranzadi (págs. 250 y siguientes). No obstante, precisa S. Muñoz Machado (2015 a), «Los principios de constitucionalidad y legalidad», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, *Tomo III,* Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 294), que la "Administración solo posee discrecionalidad para elegir entre medidas eficaces".

1166 No obstante, el citado precepto del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, entra en contradicción con lo mencionado en el artículo 129.2 de la Ley 39/2105, de 1 de octubre, ya que se refiere, junto al principio de necesidad, al de eficiencia a diferencia, por contra, de este que menciona al principio de eficacia.

En otro orden de cosas, el principio de necesidad del artículo 129.2, no responde al subprincipio necesidad, sino al de idoneidad o adecuación (*Prinzip der Geeignetheit*) del principio de proporcionalidad en sentido amplio del test de proporcionalidad alemán, al que aludiremos, en el sentido de que los medios utilizados para la consecución del objetivo deben ser adecuados o idóneos y alcanzar, así, el fin de interés general perseguido. Ello tendrá una gran importancia en la primera fase del proceso de evaluación de impacto normativo, conectando con lo establecido en el artículo 133.1.a) y b) de la LPAC, como parte del contenido de la consulta pública previa al señalar como aspectos que hay que tener en cuenta los "problemas" y la "oportunidad". Así, este principio conlleva un juicio en relación con la evaluación previa del problema público, identificándolo de forma adecuada y señalando sus causas, para lo cual será necesario determinar su naturaleza, fuentes, grado y sus acciones de respuesta. Con posterioridad, hay que definir los objetivos de la intervención que dan lugar a la justificación de la concreta iniciativa normativa.

El artículo 129.2 de la LPAC debe relacionarse con un ejercicio adecuado de la motivación[1167], al mencionar que la "iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general", (cuestión ya tratada en el Capítulo III), lo cual debe ir más allá de justificaciones peregrinas y de un ejercicio obsesivo de la potestad pública normativa basadas en justificaciones amplias como la mera existencia de una competencia específica o regulaciones análogas en otros entornos, como ya hemos mencionado. Además, la fundamentación debe estar dirigida a la satisfacción del interés general, debe ser dinámica, en constante evolución sin que, en todo caso, esté predeterminada y se justifique, posteriormente, a través del procedimiento. En consecuencia, existe una conexión imprescindible entre el principio de necesidad, la oportunidad de la norma y la necesaria motivación, como bien establece el artículo 2.1.a) y b) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, atendiendo a la "identificación clara de los fines perseguidos", que como señala la doctrina, sirve como parámetro a través del cual se puede evaluar el instrumento de decisión.

En todo caso, debe evitarse un ejercicio desviado de la potestad normativa, al ejercerla para finalidad distinta, pública o privada, de la que justifica su atribución[1168], lo que suele ser

1167 La STC n.º 106/2001, FJ 6.e) afirma que el "contenido de la motivación ha de extenderse, primero, a la especificación de cuál de las finalidades legalmente previstas (...) es la perseguida con la adopción de la medida" y, también, como "segundo, a la explicitación de las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida (…)" y "los aspectos formales de la motivación", debiendo "contener los datos necesarios para que el afectado y posteriormente los órganos judiciales puedan llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, aunque no resulta exigible que en el mismo se explicite ese triple juicio por parte de la Administración", ya que "los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo". En el mismo sentido, véase las SSTC n.º 170/1996, FF JJ 5 y 6; 128/1997, FJ 4; 200/1997, FJ 4 y 141/1999, FJ 5.

1168 La STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 10817/1992, FD 1.º afirma que se incurre en desviación de poder "tanto si la Administración persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, o un fin público

excepcional[1169] y que debe ser probado por quien recurre dicha actuación[1170]. De esta forma, el establecimiento de los principios de buena regulación constituye un elemento probatorio o, al menos, un término comparativo, que debe constar en el expediente, en el que ha de concretarse la idoneidad de la solución. Junto a ello, además de la realización de un fin distinto al previsto, deben plantearse las consecuencias de realizar un fin que es el previsto, pero que, sin embargo, no se considera adecuado, en el marco del principio de buena administración y de los principios afectados, así como del resto de elementos del control de la discrecionalidad, y plantea la necesidad de adoptar una mejor solución. A estos efectos, es necesario un ejercicio de comprobación a través de la evaluación retrospectiva respecto de la prospectiva, para determinar la utilidad de la consecución del fin determinado[1171], conectando con el principio de buena administración y, de forma más concreta, con la calidad normativa, atendiendo a cuestiones sustantivas[1172].

En definitiva, el principio de necesidad es un principio de buena regulación que se identifica con el juicio de idoneidad del principio de proporcionalidad. La LPAC lo regula junto con el de eficacia, en virtud de su fuerte conexión, exigiendo un esfuerzo interpretativo en determinar no solo el interés general y los fines al caso, sino también el medio con el fin, ante lo cual es un instrumento importante la motivación de la actuación administrativa. En este último sentido, es fundamental el control por la ciudadanía del ejercicio, en su caso, desviado de la potestad que nos ocupa, teniendo en cuenta los datos del propio expediente, facilitando su visibilidad, también, por la Administración que no pude obviar lo predeterminado por ella misma de forma concreta

distinto del previsto en la norma habilitante".

1169 Véase, entre otros, Sánchez Isac (1973); J. M. Trayter Jiménez (1994), «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *Poder Judicial*, 34, págs. 339-350; C. Chinchilla Marín (1999), *La desviación de poder*, Madrid: Civitas; S. Martín-Retortillo Baquer (1957 a), «La desviación de poder en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, 22, págs. 129-178 (págs. 137 y 138); y M. F. Clavero Arévalo (1959), «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 30, págs. 105-130 (pág. 114).

1170 Al respecto, en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2856/2017, FD 4.º, se sostiene que la "divergencia" debe "quedar demostrada y no meramente alegada por quien en ella se apoya para impugnar". No obstante, el Tribunal Constitucional en su STC n.º 97/2003 FJ 13, considera que "el control judicial del fin de la actividad administrativa descansa en apreciaciones subjetivas (...) es posible tanto si la desviación es burda o grosera como si intenta disfrazarse de forma más sutil, sin perjuicio de que, en este último caso, la dificultad probatoria sea mayor", no siendo exigible "una prueba plena del ejercicio desviado por parte del órgano administrativo y, en su lugar, quepa acudir a la prueba de presunciones". Dichas presunciones están fundamentadas en lo dificultoso de llevar a cabo la prueba directa de la desviación de poder, ya que "exige una indagación en el terreno psicológico", según la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 6493/1996, FD 4.º.

1171 Para A. Barak (2017), *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima: Palestra Editores, no es necesario que se cumpla el fin plenamente, "pero no debe ser insignificante o marginal", determinando si su consecución es posible, "tanto fáctica como jurídicamente" según J. Fernández Nieto (2008), *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid: Dykinson (pág. 356).

1172 Con la evaluación retrospectiva se va más allá de lo formal, porque supone comprobar con aspectos prácticos, determinando si atiende o no a cuestiones sustantivas. Lo teórico y formal debe refutarse en lo práctico y material. Así, Barak (2017) establece que la adecuación se examina "de acuerdo con los resultados que se pueden alcanzar en la práctica", teniendo que llevarse a cabo dicha conexión no solo de forma prospectiva basada en la "probabilidad" certera de la realización del fin, sino, también, retrospectivamente en un ejercicio de comprobación de lo previsto y de lo realizado, llegando a afirmar el autor que el examen de la conexión racional entre medios y fines "debe ser continua".

respecto del expediente, ya que su propia actuación sería contraria.

Por otro lado, se plantea que dichos fines sean adecuados, mediante un ejercicio de evaluación que supone un control mayor de la discrecionalidad del ejercicio de la potestad normativa, del que puede resultar que el fin o el medio no ha sido adecuado, para lo cual deberá comprobarse no solo la idoneidad jurídica, sino la técnica y temporal[1173], en aras de la calidad normativa.

4.3.3. *Principio de eficacia*.

La eficacia es un principio general del derecho de relevancia constitucional (artículo 103.1)[1174], como también estatutaria[1175], además de ser un mandato que dirige la actuación, *ad extra* y *ad intra*[1176], de la Administración Pública, puesto que le vincula en la consecución de los objetivos previamente establecidos para la satisfacción del interés general. Así, otorga la medida necesaria para comprobar si se han conseguido unos resultados y si son adecuados al problema o necesidad planteada, siendo un instrumento de baremación de la legitimidad de la acción pública, ya que constituye, como se ha señalado, un elemento de fiscalización de la ciudadanía en íntima conexión con el principio de buena administración[1177], o, incluso, un instrumento de medida de una competitividad sana entre las distintas Administraciones Públicas, en beneficio del interés general de la ciudadanía[1178], que requiere una actuación objetiva[1179]. Se trata, además, de un principio

1173 Sobre los medios temporales y materiales, a los que la doctrina italiana llamaba "mérito", véase Martín-Retortillo Baquer (1957 a: 142).

1174 Cfr. M. Baena del Alcázar (1984), «Artículo 103. La organización y la función pública», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, *tomo VIII*, Madrid: EDERSA (pág. 272), quien cuestiona la virtualidad práctica del principio, y considera que se trata de un mero criterio.

1175 Por ejemplo, en el Estatuto de Autonomía para Andalucía existen distintas menciones a la eficacia: artículos 7, 10.4, 40.2, 43, 44, 133.1, 152.2 y 189.3.

1176 P. T. Nevado-Batalla Moreno (2003), «La materialización del principio de eficacia en el derecho español, ¿utopía o realidad?», *Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, 1/16, págs. 177-185 (pág. 180). Como ejemplo de aplicación de su actuación interna puede hacerse referencia a la planificación y gestión de los recursos humanos, así como en su actuación, respectivamente, artículos 1.3.f) y 69.1, así como 53.8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Véase, también, la STC n.º 18/1984, FJ 3 que remarca la consideración de nuestro Estado "como social de Derecho", que "viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad", siendo el principio de eficacia consustancial a la cláusula de Estado social, ya que según la STC n.º 178/1989, FJ 3 "una de sus consecuencias es (...) la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad", ante lo cual "debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente".

1177 El principio de buena administración es un principio de principios, formando parte de ese el principio de eficacia: véase la STS, Sala 3.ª, fechada el 30 de julio de 1991, rec. 168/1990, FD 8.º.

1178 Así, la Unión Europea en su Libro Blanco de la Gobernanza determina el principio de eficacia como uno de los cinco principios acumulativos para acercar a la ciudadanía las instituciones europeas.

1179 F. Garrido Falla (1990), «Gobierno y Administración», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 67, págs. 321-328, acuña el término de "eficacia indiferente".

sujeto al límite constitucional del "sometimiento pleno a la ley y al Derecho", debiendo existir el adecuado equilibrio entre eficacia y garantía, ya que se ha de conseguir esa, sin merma de esta[1180].

El principio de eficacia se encuentra desarrollado en distintas normas jurídicas referidas a distintos ámbitos materiales[1181]. En el caso de la calidad normativa, su punto de inflexión se sitúa en el Informe Mandelkern, incidiendo en "el cuidado de la efectividad y la eficacia de las normas", como "una cuestión irrenunciable en la agenda de una buena política normativa"[1182]. Pero, además la Guía de Mejora Regulatoria (*Better Regulation Guidelines*) de la Comisión[1183] lo establece como uno de los criterios que define la evaluación (*effectiveness*), intentando dar una respuesta racionalizadora y legitimadora a la crisis de la legislación[1184] y de su exclusiva concepción jurídica, en el sentido de ofrecer respuestas ante la riqueza y complejidad de la realidad[1185]. En este sentido, es necesario dar el paso de la legitimación por legalidad y añadir otras como la legitimación por eficacia[1186], a fin de racionalizar la decisión pública, con las garantías propias del Derecho[1187], en

1180 Véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4035/1995, FD 3.º. Así, afirma S. Martín-Retortillo Baquer (1998), «De la simplificación de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 147, págs. 7-30 (pág. 34), que "las exigencias del principio de eficacia en la actuación administrativa" no pueden habilitar la "omisión por parte de la Administración de trámites exigidos por el ordenamiento jurídico". Señala L. Parejo Alfonso (1995), *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas y Boletín Oficial del Estado (pág. 109), que "ni la eficacia puede nunca comprender exigencia de renuncia a conquista alguna del Estado de Derecho (legalidad y demás principios proclamados en el artículo 9.3 Constitución Española, es decir sometimiento pleno a la Ley y al Derecho)", como tampoco "el sometimiento al Derecho puede llegar a comportar condicionamientos y requerimientos que hagan impracticable una actuación eficaz".

1181 Por ejemplo, el principio de eficacia se convierte en un marco de adecuación de la actuación transparente en la gestión de los servicios públicos, concibiéndose como un principio general de buen gobierno, según lo establecido en el artículo 26.2.a).1.º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

1182 Consejo de Estado (2010: 192).

1183 SWD (2017) 350, pág. 56. Además, en su página 28 se define como la medida en la cual, las diferentes opciones, alcanzarían sus objetivos.

1184 Afirma L. Mader (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne: Payot (pág. 4), que la "crisis de la legislación es también, y quizás, sobre todo, una crisis de su aplicación y sus efectos".

1185 Al respecto, véase N. Bernard (2003), «Pour une évaluation législative qui réhabilite est effet qu'on dit pervers. L'exemple du logement», *Éthique et économique*, 1, págs. 1-20 (pág. 8), para quien el "legislador no tiene un buen conocimiento de la realidad social, pero ni siquiera sospecha la complejidad del mismo", de forma que, para dar cumplimiento de sus necesidades, debe abrir el Derecho a otras ciencias que deben guiar a la legitimación en un ejercicio de racionalidad teleológica. En el mismo sentido, téngase en cuenta A. Flückinger (2007), «L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois», *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138, págs. 83-101 (pág. 83). Por su parte, Schmidt-Aßmann (2012: 138 y 139) establece que "la ciencia del Derecho Administrativo ha de estar igualmente abierta a las Ciencias Sociales y Económicas. La separación entre el «ser» y el «deber ser» no significa que el canon metodológico de carácter jurídico sea autosuficiente y se baste por sí solo". Asimismo, véase Marcilla Córdoba (2005 b: 278).

1186 Así, afirma G. Doménech Pascual (2005), «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 167, págs. 97-145 (pág. 102), que: "Evidenciar —o hacer que parezca— que las actuaciones públicas logran realmente los objetivos perseguidos contribuye de manera decisiva a obtener la aprobación ciudadana".

1187 Establece Rodríguez-Arana Muñoz (2002: 40 y 44) que la necesaria integración del principio de eficacia en la legalidad nos debe llevar a una necesaria exigencia. También, L. Parejo Alfonso (1989), «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, 218-219, págs. 15-65 (pág. 33), afirma que no existe una "disyuntiva" entre "Derecho o eficacia", sino una concepción integradora al respecto, determinando "las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva, idónea para la satisfacción real de los intereses generales".

torno a la ciudadanía (*circum vertere civis*) [1188] o *pro cives*. Nos situamos, pues, ante la preocupación por la eficacia funcional del Derecho, que nos lleva a una nueva forma de evaluar la satisfacción del interés general[1189], teniendo en cuenta que el principio de eficacia se establece expresamente como de buena regulación, por primera vez en el artículo 4.1 y 8 de la LES, cuya definición hacía hincapié en que el proyecto normativo debía tener muy en cuenta dos aspectos: los fines y los objetivos directos. Para esto, era necesario la determinación inteligible de los fines, siendo imprescindible para la consecución de las metas directamente relacionadas, pero, además incluyendo la evitación de "cargas innecesarias y accesorias".

Posteriormente, el artículo 129.1 y 2 la LPAC regula el principio de eficacia con algunas diferencias respecto a su predecesora: la primera, su regulación conjunta con el principio de necesidad confundiéndose con el mismo, como ya mencionamos. Segunda, desaparece la mención a las cargas que, actualmente, se incluye en el principio de eficiencia, así como la referencia al establecimiento de los objetivos directos, mezclándose, en mi opinión, la finalidad con el objetivo[1190]. Junto con estos, se mencionan los "objetivos de la norma", que deberían identificarse con aquellos adecuados para resolver el problema o necesidad en el momento de realización de la consulta pública previa según el artículo 133.1.c) de la Ley. La diferenciación entre fines y objetivos se pone de manifiesto en el artículo 2.1.a)1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, al exigir en el apartado de la oportunidad del contenido de la MAIN ordinaria, la necesaria mención, entre otros, de la "identificación clara de los fines y objetivos perseguidos", además de describirse los "objetivos y fines de la norma" para realizar la evaluación *ex post*[1191] [letra j) del precepto].

1188 Al respecto, afirma L. Ortega (1994), «El reto dogmático del principio de eficacia», *Revista de Administración Pública*, 133, págs. 7-16 (pág. 12) que la ciudadanía en una democracia debe valorar los resultados del bienestar social. Schmidt-Aßmann (2012: 71 y 72) establece que forma parte del principio democrático del Derecho Administrativo lo que denomina "forma de dirigir a la Administración" y que determina un "*estilo administrativo*", por lo que "la acción administrativa no ha de ser sólo conforme a la Ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros *criterios de corrección* (eficacia, calidad, etc.)".

1189 Auby y Perroud (2013: 27 y 28). La mencionada satisfacción se concebía, por parte de la doctrina como un plano o dimensión interna del principio de eficacia, véase al respecto J. B. Lorenzo de Membiela (2004), «Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 164, págs. 331-348 (pág. 335), siendo, en mi opinión, una concepción que se mueve en distintos planos, entre ellos el interno y el externo (actuación respecto de la ciudadanía), y teniendo como finalidad última dicha satisfacción, como establece A. Descalzo González (2012), «Eficacia administrativa», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2, págs. 145-151 (págs. 148 y 149).

1190 Afirma Parejo Alfonso (1989: 35) que el principio de eficacia "requiere fines normativamente predeterminados de forma suficientemente concreta". La distinción se sigue haciendo patente en el artículo 129.5 de la LPAC, referida al principio de transparencia al determinar la necesidad de que se "definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas" y en la revisión periódica de la normativa en vigor por las Administraciones Públicas para establecer, entre otros aspectos, la consecución de los objetivos previstos de acuerdo con el artículo 130.1 de la LPAC. Doménech Pascual (2005: 103) recalca la importancia de dicha evaluación, al mencionar que "el seguimiento de sus decisiones constituye un mecanismo imprescindible para controlar y asegurar que éstas alcanzan real y eficientemente los objetivos marcados".

1191 Al respecto, afirma Marcos (2009: 344) que "los estudios de impacto son la evidencia principal para evaluar *ex post* la eficacia de las normas en vigor, al aportar información sobre en qué medida las normas han cumplido sus objetivos de manera satisfactoria y si han causado o no efectos no deseados".

Sin embargo, hay una cierta confusión terminológica que se hace más patente en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, cuando se establece que la evaluación *ex post* realizada tendrá en cuenta, en todo caso, entre otros aspectos, la "eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que se ha conseguido los fines pretendidos con la aprobación", de forma que se vuelve a la definición del principio de eficacia del artículo 129.2 de la LPAC, pero no se mencionan los objetivos necesarios para dicha evaluación, identificados en su artículo 130.1.

Por efecto de lo anterior, no estamos ante conceptos equivalentes, puesto que la finalidad es el fin de una actuación pública para resolver el problema o necesidad pública correspondiente, siendo los objetivos las realizaciones de un carácter más inmediato para dicha finalidad[1192]. En todo caso, debe existir una simbiosis y adaptación entre la realidad y la decisión pública, en relación con la consecución de los objetivos y fines establecidos, pero a unos niveles óptimos de calidad[1193].

El principio de eficacia debe partir de una adecuada determinación del problema, para lo cual, hay que identificar el o los objetivos, que deben ser, en todo caso, concretos y realizables[1194]. Así, la medición de la eficacia es de importancia para la adecuada consecución del interés general, más allá de medir, única y exclusivamente, en términos de legalidad, las repercusiones en el ámbito estrictamente jurídico de tutela. Se trata, en mi opinión, no sólo de un elemento fiscalizable, sino, también, de una exigencia, tanto para la propia Administración, o los tribunales, como, especialmente, la ciudadanía, en tanto que destinataria última de la acción pública. En este sentido, es necesario utilizar unos parámetros específicos, distintos de los utilizados para evaluar el cumplimiento de la legalidad y de los utilizados para medir la eficacia en las empresas privadas[1195], para saber si una norma es eficaz, destacando los siguientes: los costes que supone, los impactos que produce y los objetivos de interés general que se consiguen, debiendo responder, estos últimos, a verdaderas necesidades y problemas sociales directos, que no escondan intereses espurios. Ello

1192 Esta diferenciación se pone de manifiesto por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2015), *Guía práctica para el diseño y la realización de evaluaciones de políticas públicas*, Madrid: Ministerio de Hacienda y Administraciones Pública y Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, concretamente en su página 68.

1193 Véase el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, que se refería a "la calidad como forma ordinaria" de gestión de la Administración estatal.

1194 Afirma Zapatero Gómez (2009: 97) que es preciso que los objetivos "huyan de las generalidades y afirmaciones grandilocuentes y sean objetivos realmente operativos". Al respecto, A. Flückinger (2007: 94) sostiene que las características de los objetivos deben ser las siguientes: "objetivos, claros, inequívocos, precisos, fácilmente medibles, operativos, determinables, expresos, estables, ciertos, convergentes y no contradictorios".

1195 Schmidt-Aßmann (2012: 28 y 29) asevera la necesidad de ahondar más allá de una visión legal para la transformación del Derecho Administrativo. Así, junto con los indicadores de medición de la conflictividad administrativa o judicial que se pueden establecer al respecto, lo cual suponen un elemento propio de la legalidad, pueden determinarse otros criterios. Así lo afirma, por ejemplo, Flückinger (2007: 85) al indicar que "varían según el tipo de norma a implementar: el grado de implementación, el grado de cumplimiento (para obligaciones), el grado de uso (para derechos) o el grado de atención (para medidas persuasivas)".

precisa una metodología de medición, que clarifique los tipos de eficacia existentes[1196]: la material, que supone una noción sustantiva de la eficacia que equivale, según Vaquer Caballería[1197], a la efectividad o sometimiento de los fines o efectos deseados o efectos voluntarios de la intervención[1198] (la prevista en el artículo 103.1 CE); la formal, referida a la aptitud o potencia de surtir efectos; la particular y global, correspondiéndole, respectivamente, la consecución de un fin u objetivo específico o un conjunto de fines perseguidos por las organizaciones; y la territorial y temporal[1199], siendo el lugar y momento donde produce efectos.

La eficacia tiene, así, dos manifestaciones claras: una referida a la actuación propia de la Administración (para la adopción de la decisión pública, su implementación y ejecución) y otra referida a la acción de la ciudadanía en orden a la aceptación (o no) de los postulados de la decisión normativa, lo que entroncaría con el concepto de eficacia jurídica que lleva pregonando la doctrina.

Por otro lado, el principio de eficacia está en íntima relación con otros principios, según López Menudo[1200] al tener una "amplia proyección" y erigirse en principio "de cabecera", aglutinando a otros "derivados y más específicos", además del de buena administración. Se trata de los principios de eficiencia, igualdad, antiformalismo[1201], economía procedimental[1202], simplificación, legalidad, seguridad jurídica[1203] y responsabilidad.

1196 Diferencia Parejo Alfonso (1989: 19) entre "diversos tipos de eficacia en función tanto de la naturaleza de los objetivos (determinados normativamente o en virtud de criterios económicos o técnicos) como de las formas de la consecución de éstos (celeridad, intensidad, sistematicidad)".

1197 Vaquer Caballería (2011: 102).

1198 Zapatero Gómez (2009: 33 y 34) distingue entre eficacia y efectividad: en la primera se confronta el comportamiento previsto en la norma y el real, la "norma es eficaz cuando es obedecida"; y en la segunda existe causalidad entre los resultados a perseguir y las actuaciones previstas normativamente. Por otro lado, respecto de la factibilidad, afirma Montoro Chiner (1989: 17) que la indagación técnica es un instrumento para evaluar *a priori* la adecuación de una norma a los objetivos y resultados que con el mismo se esperaban conseguir. Y es que si la norma desconoce los hechos que configuran una realidad concreta, esta puede resultar –además de disonante con el concepto medio de justicia, lo que constituye un problema jurídico-inadecuada al hecho o situación objetiva que pretende regular y, por tanto, fallida en su pretensión por falta de adecuación y oportunidad. Este movimiento tiene su plasmación en el ordenamiento, así, por ejemplo, el apartado I, antepenúltimo párrafo del expositivo y artículo 6.2 de la Ley Vasca 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (*BOPV* núm. 254, de 30 de diciembre de 2003), determina que en el curso de elaboración de las normas se tendrán en cuenta, entre otros, los estudios e informes relativos a la factibilidad de las normas y a su coste.

1199 Véase M. Vaquer Caballería (2010), *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

1200 López Menudo (1992: 50, 57 y 58).

1201 Principio que puede desdoblarse en los de celeridad y eficacia en sentido estricto (por todas, las SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 5232/1988 y 11692/1988).

1202 Este principio supone la agilización del procedimiento, sin merma de la legalidad, evitando un mayor gasto económico y de tiempo, impidiendo la repetición de trámites o que estos se alarguen en demasía, dentro "de los límites del procedimiento que nunca se pueden desbordar por supuestas razones de mayor celeridad", ni perder relieve en los casos de "ausencia de perjuicio para tercero" (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 8033/1992, FD 3.º).

1203 Véase M. Rebollo Puig (1996), «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, 244-245, págs. 161-210 (págs. 195 y 196): el autor asocia las "cuestiones de técnica normativa" con "valores tan esenciales para el ordenamiento como la certeza del Derecho y la seguridad jurídica, o incluso la eficacia".

Desde la perspectiva de la responsabilidad, puede afirmarse que este principio es consecuencia del principio de eficacia, ya que determina a quien se le imputa y asume la actuación de la Administración en la consecución de los objetivos marcados[1204] (sea por propia iniciativa del decisor público, sea a instancia de aquellos que participan en la elaboración, implementación y ejecución de la actuación administrativa). Esta relación se refuerza con la garantía del principio de transparencia, que permite concretar los objetivos a conseguir, su forma y el sujeto u órgano responsable; a ello se suma la evaluación de impacto normativo *ex post,* en tanto que instrumento de contraste de la información del análisis de impacto normativo *ex ante* en relación a la identificación y medición de los objetivos comparados con el problema, así como la determinación de sus consecuencias, vinculándose, necesariamente, con la motivación de la regulación[1205]. No obstante lo anterior, es llamativo que el principio de responsabilidad no esté expresamente regulado en la normativa estatal referida a la calidad normativa, a diferencia de otros países[1206].

En otro orden de cosas, en el artículo 131, párrafo 1.º de la LPAC se pone de manifiesto la correlación existente entre publicidad de las normas, vigencia y efectos[1207], y la realización del principio que nos ocupa, en la medida en que la publicación de la norma determina el momento en

1204 Véase, Muñoz Machado (1986: 214-217) y la teoría de las "leyes inútiles" afirmando que "es difícil (...) a la propia Administración Central evaluar los medios con que cuenta para ejecutar sus propias decisiones", complicándose "cuando las leyes del Parlamento estatal, en un sistema de autonomías, han de ser ejecutadas o aplicadas, porque es asunto de su competencia, por instancias políticas distintas".

1205 Un ejemplo claro de la conexión entre motivación y responsabilidad se da en la Directiva de Servicios, en la que la motivación debe ser lo suficientemente clarificadora del cumplimiento de una adecuada justificación, necesidad y proporcionalidad de la Directiva desde el punto de vista del mercado y, además, de cómo dicha regulación fomenta la competitividad.

1206 Así, se menciona expresamente como de buena regulación en el Informe Mandelkern, de forma que consiste en que las "autoridades responsables de la elaboración de las normas han de tener en cuenta su aplicación", para lo cual "deberían ser capaces de informarles (a las partes implicadas) sobre las dificultades en la implementación de las políticas o de las normas, para que de este modo puedan ser modificadas" (pág. 18), siendo adecuado, en mi opinión, extender dicho principio a la evaluación de impacto normativo *ex post*, para valorar la necesaria rendición de cuentas al respecto. Por otro lado, en el Reino Unido, el informe Nolan define la responsabilidad como aquel principio por el cual los cargos públicos deben ser responsables de sus decisiones y acciones ante el público, sometiéndose a distintos instrumentos adecuados de control. En el derecho autonómico, la Comunidad Autónoma de Castilla y León añade este principio a los de buena regulación, como aquel que "supone la determinación de los órganos responsables de la ejecución y del control de las medidas incluidas en la norma" [artículo 42.1.c) de la Ley 2/2010, de 11 de marzo].

1207 Eficacia, validez y vigencia, se entremezclan y distinguen dependiendo de la orientación ideológica y jurídica. En este sentido, el debate se plantea fundamentalmente entre corrientes positivistas e iusnaturalistas. Al respecto de la validez existen, fundamentalmente, tres teorías: los positivistas preocupados por la pertenencia de la norma al ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, Kelsen (teoría sistemática de la validez); el realismo norteamericano, centrado en la efectividad social de las normas (teoría fáctica de la validez), siendo su mayor precursor Hart; y el iusnaturalismo, por la realización de principios o valores éticos de carácter extrasistemático (teoría axiológica de la validez). Kelsen entendía que identificar validez con eficacia era una "falacia iusnaturalista" [Tratado sobre la naturaleza humana, libro III, parte I, sección I, en The Philosophical Works, v.2, págs. 245-246. tomado de J. Cianciardo (2004), «Modernidad Jurídica y Falacia Naturalista», *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 13, págs. 27-42 (págs. 37 y 38)], al contrario de los seguidores de los iusnaturalistas que establecían que era posible derivar el "deber" ser del "es", como afirma R. McInerny (1982), *Ethica Thomistica*, Washington, D. C.: The Catholic University of America Press, quien sugiere que "debería" ya está vinculada a "es", en la medida en que la naturaleza misma de las cosas tiene fines u objetivos dentro de ellos.

que la misma es exigible y puede valorarse su validez, una vez que entre en vigor[1208].

Según Vaquer Caballería[1209], la ciencia del Derecho ha estado más preocupada por la validez y vigencia, así como por la eficacia formal de las normas que por su eficacia material y eficiencia. Dichos efectos formales se pueden identificar con los efectos jurídicos de la norma, asociados a unos presupuestos de hecho determinados. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta inicial previsión puede no cumplirse si se presentan supuestos como la falta de cumplimiento o de aplicación de la norma ("desuso"), o el supuesto de la "teoría de las normas perversas" elaborada por Fernández Dols[1210] (que hay que distinguir de las normas justas e injustas), en el sentido de que las normas formalizadas y sujetas a sanciones no se cumplen, acarreando consecuencias negativas no solo para los individuos implicados, sino para el grupo social en su conjunto que asume o sufre por iniciativa de otro grupo o por propia iniciativa[1211]. Desde esta perspectiva, es claro que debe prestarse atención a los efectos sociales que producen las normas[1212].

De otra parte, las normas jurídicas, como regla general, producen efectos "hacia adelante" o *ex nunc,* debiendo tenerse en cuenta la excepción de su eficacia retroactiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.3 del Código Civil y el artículo 9.3 CE, que proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales[1213]. Se echa en falta, en el marco de la Teoría del Derecho, un estudio minucioso sobre el grado de eficacia que requiere una norma jurídica, y su medición, si bien la implantación de la evaluación o análisis de impacto normativo hace que se evolucione en sentido contrario.

1208 Véase la publicidad de la norma como un requisito de eficacia de la misma en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 818/2003, FD 3.º. Por el contrario, la posición mayoritaria es la de quienes consideran que estamos ante una condición de existencia o validez de la norma, así, afirma J. M. Boquera Oliver (1960), «La publicación de disposiciones generales», *Revista de Administración Pública*, 31, págs. 57-94 (pág. 77), que la "publicación es requisito esencial para la existencia de las disposiciones generales".

1209 Vaquer Caballería (2011: 107).

1210 J. M. Fernández Dols (1992), «Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa», *Revista de Psicología Social*, vo. 7, n.º 2, págs. 243-255, aborda la determinación de los efectos y las consecuencias de la transgresión de una norma.

1211 J. M. Fernández Dols (1993), «Norma perversa: hipótesis teóricas», *Psicothema*, 5, Suplemento, págs. 91-101. El autor establece dos grupos de hipótesis ante la norma perversa: la referida a los procesos de influencia social, ya que el origen de las normas perversas se sitúa en "cierta incompetencia práctica de quien las promulga y desmoraliza por igual al grupo con autoridad y al grupo subordinado, disminuyendo los mecanismos de control social con respecto a otras normas" susceptibles de cumplir, "y promueve la aparición de una crítica más intensa hacia el que trata de imponer la norma genéricamente que al que se desvía con respecto a esta u otras normas". Y la relativa a las relaciones intergrupales, al tener las citadas normas perversas "un notable poder destructivo que consiste básicamente en diluir un grupo social o una organización en núcleos o subgrupos que negocian o imponen una determinada forma de vulneración de la norma perversa". El autor afirma que, con asiduidad, "tales grupos giran en torno a una forma peculiar de liderazgo a través de un individuo especialmente poderoso y hábil, capaz de proporcionar tal solución a sus clientes".

1212 Siguiendo la distinción realizada por L. Hierro (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel (pág. 75) entre dos tipos de efectos que producen las normas jurídicas: los jurídicos y los sociológicos.

1213 Véase por todas, las SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 4456/1989 y 14711/1989, en las que se afirma que en las normas reglamentarias solamente puede sostenerse el rechazo de la retroactividad *in peius* por quedar fuera de su ámbito normativo y solamente tener eficacia *ex nunc*, al quedar, como materia reservada a la ley, la retroactividad normativa.

Por otro lado, el concepto de validez está muy relacionado con el de vigencia, definiéndose este como el periodo de tiempo en que una norma se entiende que es válida para que "entre(n) en vigor y produzca(n) efectos jurídicos" en un periodo de tiempo indefinido (salvo que se establezca lo contrario en la misma norma), debiendo "publicarse en el diario oficial correspondiente" (artículo 131.1 de la LPAC), al afectar a una pluralidad indeterminada de personas. Por otro lado, se denomina *vacatio legis* al intervalo de tiempo necesario o suficiente entre la publicación oficial de la norma y su entrada en vigor para permitir su conocimiento efectivo por sus destinatarios (tanto ciudadanía como poderes públicos)[1214]. En nuestro Derecho, ese período suele establecerse, en primer lugar, por la norma y, subsidiariamente, si esta no lo establece se aplica el plazo del artículo 2.1 del Código Civil, sin perjuicio de lo previsto para las fechas de comunes de entrada en vigor del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, para el ámbito de la Administración General del Estado[1215].

Con todo, la excepción del artículo 2.1 del Código Civil, en cuanto que las normas entran en vigor a los 20 días de su publicación, "si en ellas no se dispone otra cosa", se está convirtiendo en la regla general, ya que la salvedad que contiene se está interpretando con total flexibilidad, de manera que la regla general (*vacatio* de veinte días) pueda ser soslayada por cualquier disposición, del rango que sea, obviando o acortando el período ordinario de *vacatio*[1216], con independencia de que concurran o no circunstancias excepcionales y sin previo análisis y justificación del alcance y complejidad de la norma a la que se pretende otorgar vigencia inmediata. En mi opinión, deberían

1214 La *vacatio* debe contemplarse como un principio constitucional inmanente a la institución objeto de regulación, de acuerdo con el significado que posee en nuestro sistema jurídico la publicación de las normas (artículos 9.3 y 91 CE, así como 2.1 del Código Civil). De esta manera, la publicación, como afirma J. A. Santamaría Pastor (1985 b), «Artículo 91», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs. 1292-1311), Madrid: Civitas (pág. 1309), "no es un mero instrumento de conocimiento de la ley", siendo un requisito esencial, ya que es un "hecho" que "fija definitivamente el contenido de la ley, a la vez que el momento inicial para el cómputo del plazo en orden a su obligatoriedad efectiva". Véase directriz n.º 42 de Técnica Normativa de la Administración General del Estado.

1215 Junto con el artículo 2.1 del Código Civil, las fechas comunes de entrada en vigor configuran un doble régimen supletorio de *vacatio legis*, afectando al principio de seguridad jurídica, según el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015, apartado IV, observación n.º 41 y E. Gallardo Romera (2016), «Novedades en materia de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria introducidas por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 51-60 (pág. 55), aunque en mi opinión se diferencia que no es de aplicación general como lo es el artículo 2.1, ya que las fechas comunes se aplican cuando se den los supuestos establecidos y se dirija a un grupo específico de sujetos.

1216 No habrá periodo de *vacatio legis* si se establece la entrada en vigor inmediata al momento de la publicación de la norma. El Consejo de Estado en su dictamen n.º 4794/1997, consideración III.3 afirma que "se ha convertido, prácticamente, en cláusula de estilo introducir una disposición final que ordena la entrada en vigor inmediata de la norma que se aprueba" [véase J. L Martín Moreno (2004 b), «Qualis erit Lex», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 113-126 (págs. 124 y 125)]. Al respecto, hay que tener en cuenta lo establecido en la directriz 42, letra f), de Técnica Normativa de la Administración General del Estado y la directriz 43 como ejemplo tipo al respecto. Esta técnica es muy desaconsejable y debe justificarse dicha elección de forma motivada, porque esta decisión puede perjudicar seriamente a la ciudadanía y afectar al principio de publicidad y seguridad jurídica y, en definitiva, a una adecuada aplicación de la norma.

tenerse en cuenta diferentes criterios para decidir el momento de entrada en vigor de la norma, atendiendo a cuestiones como el contenido de las norma, las personas destinatarias llamadas a cumplirla, intereses en juego e instrumentos de aplicación (entre los que se podrían encontrar la aprobación de normas reglamentarias de desarrollo de las que se hace depender la efectividad de algunos preceptos legales[1217]): se trata de justificar cualquier excepción a la regla general de *vacatio* en el expediente, a través, fundamentalmente, de la MAIN.

En contraposición con la *vacatio legis*, debe hacerse referencia a las fechas comunes de entrada en vigor, esto es, la determinación de concretos plazos a lo largo del año para la entrada en vigor de las normas que afecten a un determinado grupo o sector, tradicionalmente el empresarial. Así, se regula de forma novedosa en el artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, con clara influencia del Derecho comparado internacional[1218], en relación a las leyes o reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros o por sus miembros que impongan "nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta", siendo este un concepto jurídico indeterminado[1219]. No obstante, esta regla general tiene una serie de excepciones que deben acreditarse en la MAIN [según el artículo 2.1.4.º.b) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre], que son[1220]: Reales Decretos-Leyes, el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas[1221] y otras

1217 Así lo ha remarcado el Consejo Consultivo de Andalucía, en su dictamen n.º 492/2006. Especial consideración merece esta problemática cuando las exigencias de "*vacatio"* derivan del contenido sancionador de la norma aprobada. Sobre el mismo, el dictamen del Consejo de Estado n.º 274/2015, apartado III.C).c) no ha creído conveniente la invocación del título competencial del artículo 149.1.8.ª CE (y que sí se encontraba en el borrador del anteproyecto sometido a dictamen), que determina que las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas corresponden al Estado (STC n.º 65/2020, FJ 7 A, donde se establece un resumen de su jurisprudencia al respecto). Las dificultades para su aplicación que puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015, no debe llevar al camino de la inacción, ya que existen ejemplos en el Derecho comparado, como es el caso señalado por dicho dictamen del Reino Unido, donde se fijan fechas para la entrada en vigor de nueva regulación que, en mi opinión, facilita una mayor concienciación de las empresas respecto de las nuevas o modificadas obligaciones. En todo caso, se trata de un instrumento de racionalización que debe tener difusión y publicidad, a fin de generar una mayor confianza legítima sobre la situación regulada: téngase en cuenta el Programa Regulatorio Avanzado (*Forward Regulatory Programme*) del Reino Unido, que se publica el 1 de enero de cada año.

1218 La regulación estatal recuerda a la establecida por el gobierno francés de las denominadas *dates communes d'entrée en vigueur* (DECV), ya mencionadas en el Capítulo II. En el ámbito de la Unión Europea destaca la Comunicación de la Comisión sobre el primer informe de evolución sobre la estrategia para la simplificación del marco regulador, COM (2006) 690 final, página 19 y la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008 (A «Small Business Act» for Europe), que, entre sus recomendaciones, incluye la concreción de fechas de entrada en vigor de cualquier norma que afecte a las pymes, para que se incorpore a la normativa estatal. No obstante, afirma E. Gallardo Romera (2016: 55) que "(…) como destacó el Consejo de Estado en su dictamen, no parece que este sistema de fechas de entrada en vigor comunes sea un instrumento que se aplique con carácter general en derecho comparado", aspecto que no comparto atendiendo a lo manifestado a lo largo de este Trabajo.

1219 Así lo afirma Gallardo Romera (2016: 55), para quien esta expresión "implica, pues en muchas ocasiones, (que) va a quedar en manos de los diferentes operadores jurídicos determinar la fecha de entrada en vigor de las normas".

1220 En el derecho francés se recoge una excepción no prevista en el caso español, relativa al supuesto en el que la norma conlleve medidas de implementación necesarias para su eficacia.

1221 En mi opinión, esto plantea la cuestión de si está justificada la excepción cuando el plazo de transposición de una directiva está en 4 años. En este caso, podría estar justificándose una cierta inactividad del Gobierno para transponer en plazo, debido a causas propias o ajenas. En definitiva, la aplicación de este supuesto debería atender a circunstancias muy

razones debidamente justificadas que así lo aconsejen (siendo, esta última, una cláusula residual y abierta, susceptible de concreción)[1222]. Las fechas comunes de entrada en vigor son el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a la aprobación de la norma.

Por otro lado, la comunicación de la *vacatio* puede generar otros problemas tangenciales, ante la dificultad de los no legos de computar los plazos. En este sentido, se diferencia entre el supuesto de cómputo del plazo desde la publicación de la norma en el boletín o diario oficial, y aquel en el que se concreta una fecha de entrada en vigor (siendo la menos utilizada, en virtud de la dificultad en su determinación, aunque ofrece mayor seguridad jurídica[1223]). Otra dificultad añadida es la generada por la vigencia diferida, que se suele establecer en las normas de complejidad, consistente en que las distintas partes que componen la norma tendrán vigencia determinadas en fechas futuras para cada una de las partes de la norma de forma progresiva; ello genera consecuencias negativas para una adecuada implementación de la norma ante la inexistencia de su reflejo en la realidad y la dificultad para alcanzar los fines normativos previstos, con lo cual su adopción debe justificarse pertinentemente. En este contexto de vigencia diferida o fechas comunes, la posibilidad de que puedan modificarse las fechas afecta a la ciudadanía que ha adaptado su comportamiento a los postulados normativos (como también la propia Administración), aunque durante la *vacatio* no se produzcan efectos jurídicos[1224], puede suponer un menoscabo en la legitimidad de la decisión, ya que se vulnera la confianza legítima generada, sin perjuicio, en su caso, de responsabilidad administrativa[1225].

En conclusión, hay que partir de una premisa mayor cual es la eficacia de un sistema es

excepcionales, que justifiquen una imposibilidad manifiesta por circunstancias completamente externas al Gobierno.

1222 Este concepto jurídicamente indeterminado es muy amplio y deberá concretarse en cada supuesto, con justificación *ad hoc*, no estereotipada, para evitar que se caiga en la misma constantemente, convirtiéndose la excepción en la regla general. Así, Santamaría Pastor (2016) señala el peligro en el uso sistemático de esta excepción debido a la "inveterada y fortísima inclinación que todas nuestras Administraciones tienen a suprimir el período de v*acatio*". Desde el modelo francés, podría importarse a nuestro derecho el supuesto en el cual las normas dispongan medidas favorables a las empresas, que entrarían en vigor inmediatamente después de su publicación.

1223 Véase como ejemplo en el Derecho comparado Nueva Zelanda, Legislation Design and Advisory Committee (2019), *Guidance on commencement clauses.*

1224 Muñoz Machado (2015 b), «El ordenamiento jurídico», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo IV*, Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 125).

1225 Así, resulta ejemplificativo de lo que queremos decir la modificación, hasta en tres ocasiones, de la disposición final 7.ª, párrafo 2.º de la LPAC, referido a la entrada en vigor de las previsiones relativas "al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico", a través de tres Reales Decretos-leyes: 11/2018, de 31 de agosto; 27/2020, 4 de agosto; y 28/2020, de 22 de septiembre, pasando de la versión originaria de "dos años de la entrada en vigor de la ley", a partir del "2 de octubre de 2020", al 2 de "abril de 2021", teniendo en cuenta que la motivación de las sucesivas reformas ha sido "la dificultad de concluir los procesos de adaptación necesarios" en relación con la implantación total de la Administración electrónica. Al respecto, véase en Nueva Zelanda el Legislation Design and Advisory Committee (2019: 1), que afirma que el momento de inicio (*commencement clauses*), puede generar cargas de importancia si no se tiene en cuenta el contexto práctico.

condición necesaria de su existencia. La eficacia de las normas es un instrumento para alcanzar los objetivos de las políticas públicas plasmadas en las mismas, y ello precisa su evaluación, estableciéndose parámetros objetivos para la comprobación del grado de consecución de la norma y de la eficacia en la resolución de los problemas y necesidades. Estos parámetros deben definir el contexto a analizar, que pueden ser de naturaleza espacial o temporal para entender a una norma como eficaz (en el sentido de eficacia como propiedad de la norma[1226]) cuando "la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen las normas"[1227]. Pero, además, es necesario ajustar lo más posible el procedimiento normativo y el proceso de decisión política a la realidad social, para eliminar la distancia entre esta y la norma: las normas deben cumplirse, estas, a su vez, han de alcanzar los objetivos determinados, y todo ello debe llevarse a cabo en el marco de un proceso técnico de elaboración, pero también político y social en el que atender a su necesidad y pertinencia, así como su aplicación y efectos.

En definitiva, los problemas públicos no terminan con la adopción de las normas, pues ello nos situaría en el ámbito propio de una política simbólica[1228]. Antes al contrario, es necesario que se establezcan los instrumentos para una adecuada comparación de la actuación y la consecución de los objetivos, de forma que se realicen el principio de eficacia y el resto de principios que confluyen, a fin de asegurar no solo una eficacia real, sino, también, una mejor decisión y actuación. Una posición contraria nos llevaría al mantenimiento del *statu quo*, decidiéndose y ejecutándose una decisión predeterminada al inicio del procedimiento de elaboración, y este y la evaluación de impacto normativo justificarían la decisión[1229], pero alejada de cualquier evidencia; ello se agravaría si, además, se prescinde del proceso de evaluación *a posteriori*, quedando todo en el terreno de la determinación de unos pocos, sin la participación de expertos alejados de los interesados y la ciudadanía en general, y en ámbitos más teóricos que prácticos: nos distanciaríamos de la eficacia real, en claro detrimento de la gobernanza regulatoria[1230].

1226 P. E. Navarro López (1987), «Eficacia, tiempo y cumplimiento», *Doxa*, 4, págs. 257-266 (pág. 262).
1227 G. Von Wright (1970), *Norma y acción: Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos.
1228 M. Edelman (1995), *The symbolic uses of politics*, Urbana: University of Illinois Press.
1229 P. Jover Presa (2006: 120).
1230 Véase, al respecto, Doménech Pascual (2005: 121), que establece que es importante "investigar la eficacia real de la regulación, es decir, determinar en qué grado ha sido cumplida por los ciudadanos y aplicada por las autoridades públicas, y en qué medida y con qué costes se han logrado los objetivos perseguidos". La OCDE (2010 d), *Panorama de las Administraciones Públicas 2009*, París: OCDE e Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 57), establece que "la gestión pública puede estar experimentando un cambio de un enfoque más tecnocrático para la optimización de la actuación técnica hacia un enfoque verdaderamente más amplio de la gobernanza pública", esto supone "la reincorporación de valores públicos básicos como la integridad, la transparencia, la responsabilidad, la equidad y la participación en un conjunto de herramientas de mejora de la eficacia y la eficiencia".

4.3.4. *Principio de proporcionalidad*.

La intervención pública puede producir en la esfera del particular, si no es controlada de forma adecuada, una situación de abuso de poder[1231]. Así, esto ha tenido, en un primer momento, una especial atención en actuaciones de una mayor intervención (como en el ámbito sancionador o en los supuestos de afectación de derechos fundamentales). Ello ha situado al principio de proporcionalidad en un primer plano, que ha evolucionado en cuanto a su significado y ámbito de aplicación, con clara influencia del Derecho alemán[1232], así como de la jurisprudencia y doctrina, hasta llegar a su positivación posterior[1233]. No obstante, en su sustrato subyace un debate sobre la necesaria racionalidad de la decisión pública, lo cual entronca con una cuestión de afianzamiento de su legitimidad basada en evidencias.

Así, el origen de este principio en el Derecho alemán se sitúa en el caso *Kreuzberg* el 14 de junio de 1882, el cual supuso una limitación del poder de policía[1234], reconociéndose como un principio tradicional del Derecho administrativo[1235]. En Francia, también se manifiesta dicho principio con la Sentencia del Consejo de Estado en el caso *Benjamin* de 19 de mayo de 1933 (*arrêt Conseil d'État, 19 mai 1933, Benjamin*), en relación con la libertad frente al poder de policía, y, en particular, el mantenimiento del orden público y la libertad de reunión[1236]. Por otro lado, en

1231 Afirma A. Barak (2017), que la proporcionalidad es una "herramienta clave en las democracias sociales" en la búsqueda del "equilibrio adecuado (…) entre el 'yo' y el 'nosotros'".

1232 En el cual tiene una gran influencia en su transmisión, implantación y confluencia en su aplicación en Europa la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase J. I. López González (1998), «El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 143-158 (pág. 144). Sobre una visión del Derecho comparado del principio de proporcionalidad, véase J. Barnés Vázquez (1994), «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, págs. 495-538.

1233 J. I. López González (1998), «El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 143-158 (pág. 144).

1234 El supuesto se refiere a la anulación de una ordenanza policial que denegó la construcción de un edificio a determinadas alturas por razones estéticas, cuando solamente se podía limitar los derechos, en este caso de propiedad, por razones de seguridad en virtud de la Ley General de Tierras para los Estados Prusianos, concretamente párrafo 10, segunda parte, título decimoséptimo (*Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, Paragraph 10 II 17 ALR*). Véase J. R. Fuentes i Gasó (2017), «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 49-50, págs. 26-86 (págs. 32-39), así como M. Ibler (2005), «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51, págs. 5-22 (pág. 7).

1235 La posterior jurisprudencia del Tribunal Administrativo Superior de Prusia (*Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Pr. OVG*) cristalizó en una cláusula general del Derecho policial en el artículo 14 (1) de la Ley de Administración de la Policía de Prusia (*Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz*).

1236 Posteriormente, el principio de proporcionalidad condicionó el control policial a través del triple test de proporcionalidad (*triple test de proportionnalité*), en el sentido de verificar que son idóneos (*adaptées*), necesarios (*nécessaires*) y proporcionales (*proportionnées*). Junto con esta técnica de control de la discrecionalidad, el Consejo de Estado de Francia ha establecido dos técnicas más: error manifiesto de evaluación (*erreur manifeste d'appréciation*) y teoría del coste-beneficio (*théorie du bilan coûts/avantages*), el primero referido a una decisión tomada en base a unos hechos excesivamente desproporcionados en el ejercicio de una potestad discrecional, en el cual se ejerce un control de

el *Common Law* aparece el control de la discrecionalidad de la decisión pública asociado a la idea de que no sea irracional, así es de resaltar el caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* en 1948, planteando un triple test de amplia aplicación posterior, los dos primeros referidos a factores a tener o no en cuenta y el último de irracionalidad, en el sentido de que ninguna autoridad razonable consideraría imponerla[1237].

El principio de proporcionalidad ha tenido en la legislación española un reconocimiento expreso si bien, inicialmente, con carácter parcial y sectorial, influido por el derecho comparado internacional. Así, se empieza a vislumbrar en el derecho positivo español en el artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa[1238] y, más especialmente, en el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales[1239], donde se establece una regulación similar a la actual configuración del principio de proporcionalidad[1240].

En este período, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*) dicta su decisión de 10 de junio de 1958, sobre la libertad de elección de profesión y libertad de establecimiento de farmacias[1241], y fija la teoría de los tres pasos o subprincipios (*Drei-Stufen-Theorie)* conforme al artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn, lo cual supone la consagración a nivel constitucional del principio administrativo de proporcionalidad en el Derecho alemán[1242]. La incidencia de la jurisprudencia alemana se deja sentir en España, concretamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1959, que anula parcialmente la Orden del Ministerio

mínimos, véase *arrêt Sieur Pardov* de 3 de febrero de 1975 y el segundo el juez administrativo va más allá de un control en abstracto de la utilidad pública de la intervención, realizando una valoración detallada de las posibles ventajas y desventajas de la misma, para lo cual hay que resaltar el *arrêt Ville Nouvelle Est* (CE, ASS., 28/05/1971). Esta se ha extendido más allá de su intervención originaria referida a la expropiación a otras intervenciones, por ejemplo, obras públicas, servidumbres, cuestiones urbanísticas. Pero, además, no solo se confronta una intervención pública con el interés privado, sino con otras finalidades públicas, además de añadir a los costes sociales y financieros cuestiones medioambientales, especialmente con el *arrêt Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres, Conseil d'État, 28 mars 1997*. Véase sobre dicho principio en Francia a V. De Falco (2019), *Acción administrativa y procedimientos en el Derecho Comparado*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (págs. 258 y 259), y una evolución del principio de proporcionalidad y su relación con el Derecho constitucional en Francia a R. Bousta (2011), «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes», *Revue Française de Droit Constitutionnel, 88, págs. 913-930.*

1237 El test se ha visto afectado por la irrupción del principio de proporcionalidad a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*): véase M. Künnecke (2007), *Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison*, Berlín y Heidelberg: Springer-Verlag (págs. 95-110). Al respecto del Reino Unido y Estados Unidos, véase a De Falco (2019: 248-250 y 265-269) especialmente, para este último, el test arbitrario y caprichoso (*arbitrary and capricious test*) y el test sustancial (*substantial test)*.

1238 *BOE* núm. 351, de 17 de diciembre de 1954.

1239 Aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, *BOE* núm. 196, de 15 de julio de 1955.

1240 Así, puede señalarse, posteriormente, el artículo 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, al afirmar que: "el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos".

1241 *BVerfGE 7, 377-444 (Beschluss vom 10. Juni 1958)*.

1242 Ibler (2005: 17). Véase, al respecto, J. Schwabe (2009), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, DF: Fundación Konrad Adenauer AC (págs. 316-326).

de Educación Nacional de 27 de marzo de 1958[1243], consagrando, así, un control material de la potestad reglamentaria a través de los principios generales del Derecho[1244].

Sin embargo, posteriormente y de forma paulatina, se va acrecentando la proyección generalizada del principio a todos los ámbitos de la realidad jurídica[1245], aunque es a partir de la aprobación de la Constitución cuando se consolida en nuestro ordenamiento jurídico, pese a no tener un reconocimiento expreso. El principio se encuentra, así, implícito en varios preceptos constitucionales, según el Tribunal Constitucional, como son los artículos 1.1[1246], 9.3[1247], 10.1 y 2[1248], 103.1[1249] y 106.1[1250], aunque en relación con cualquier restricción de todo derecho

1243 *BOE*, de 24 de abril de 1959.

1244 Se pone de manifiesto el principio de proporcionalidad en relación con el establecimiento de determinadas obligaciones docentes de los catedráticos de Enseñanza Media, como la impartición de asignaturas no propias de su especialidad y la necesidad de percibir determinado complemento retributivo. Afirma García de Enterría (1959 b: 138) su importancia al establecer que el Tribunal realiza una "valoración directa de los respectivos supuestos de hecho para determinar la justificación de las medidas reglamentarias", ante lo cual la "Sala niega las razones" aducidas por la Administración para tratar de "justificar o «apoyar» la oportunidad de la norma «por faltar las circunstancias» reales que se invocan", afirmando "en la propia Sentencia la superior idoneidad de otra solución hipotética frente a la escogida por la Administración: «por poder subvenir a ella (la necesidad) por otros medios más adecuados»".

1245 Así lo afirma J. I. López González (1988), *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto García Oviedo, que establece que el principio de proporcionalidad es un trasunto del de legalidad. Esto se debe, según M. Carlón Ruiz (2010), «El principio de proporcionalidad», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (págs. 203-230), Madrid: La Ley, a la "transición acumulativa hacia el Estado social y democrático de Derecho", el cual "amplió el ámbito material de las declaraciones de derechos de los ciudadanos".

1246 La conexión del principio que nos ocupa con los artículos 1.1 y 10.1 se produce por ser un principio inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia (STC n.º 85/1992, FJ 4), con clara influencia del Derecho alemán, concretamente del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn. Al respecto, véase J. Alguacil González- Aurioles (2006), «La proporcionalidad y el principio democrático: presupuestos e implicaciones de un debate constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, 68, págs. 131-150 (pág. 135). Este enfoque es asumido por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC n.º 50/1995, FJ 7, al afirmar que es un "principio inherente al valor de justicia". Se garantiza, así, su vertiente material, conectándose el principio *favor libertatis* que rige en nuestro ordenamiento con el poder público, ya que este solo puede limitar la libertad del ciudadano en la medida que sea indispensable para proteger los intereses generales, siendo necesario, además, respetar la dignidad de la persona.

1247 Atendiendo a la conexión existente entre el principio de proporcionalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como puso de manifiesto García de Enterría (1959 b).

1248 Ténganse en cuenta los artículos 8 a 11 y 15 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: por todas, la STC n.º 62/1982. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, véase E. Bindi (2016), «Test de proporcionalidad en el «Age of Balancing*», Revista de Derecho Político, 96, págs. 291-330* (págs. 317-322) y B. Fassbender (1998), «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 51-74.

1249 El precepto afirma que la Administración sirve con objetividad los intereses generales [principio de neutralidad, basándose en datos objetivos, como expone la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3820/2017, FD 3.º, letra B)], por lo que conlleva una determinación y ponderación de los intereses de una concreta medida a adoptar, de forma motivada, para lo cual es necesario el principio de proporcionalidad como instrumento para valorar el alcance de los intereses al caso concreto.

1250 El ejercicio del control jurisdiccional de la Administración implica el control de la adecuación entre la actuación administrativa y los fines que la justifican, planteando la obligación de equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad pública perseguida, y no exclusivamente como una mera alusión a la desviación de poder. Véase las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 12013/1990 y 3820/2017, FD 3.º, B) donde establece que el recurrente debe acreditar que las "singulares medidas resulten desproporcionadas", siendo, como afirma Barnés Vázquez (1998: 17) un "principio relacional", ya que "compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin". Además, los Estatutos de Autonomía de segunda generación han incluido dicho principio, como es el caso de Andalucía, que lo establece como parte del contenido del derecho de buena administración en su artículo 31, el cual es desarrollado por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (*BOJA* núm. 215, de 31 de octubre de 2007), que en su artículo 5.1.a) se refiere al principio de proporcionalidad de los "actos de la Administración", excluyendo a las normas.

fundamental (SSTC n.º 205/2001, FJ 4 y 56/2003, FJ 4)[1251].

A principios de los años 80 del siglo pasado, el Tribunal Constitucional asume en su jurisprudencia el test de proporcionalidad alemán, consolidándose a mediados de la década siguiente, como canon de constitucionalidad[1252], a la vez que en la legislación ordinaria iba consolidándose dicho principio en distintos ámbitos, como, por ejemplo, sancionador y subvenciones[1253].

La entrada de España en las Comunidades Europeas supuso un impulso definitivo a la plena implantación del principio de proporcionalidad[1254], especialmente con la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que transpone la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español, introduciéndose en el mismo los principios de necesidad y proporcionalidad como principios regulatorios que se consolidan en dicha norma como compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y, al mismo tiempo, permiten eliminar las barreras y disminuir las trabas que restringen inmotivadamente el acceso y ejercicio a las actividades de servicios. Ello requiere la adaptación de los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas, así el artículo 2.1 de dicha Ley modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, añadiendo un artículo 39 bis, en el que se dispone el principio de proporcionalidad como rasero de intervención.

1251 Véase E. Roca Trías (2013), *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, XV Conferencia Trilateral 24-27 octubre 2013, Roma (pág. 7). Al respecto, la STC n.º 66/1995, FJ 5 afirma que para superar "el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones": en primer lugar "si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto"; en segundo lugar "si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia"; y, por último, "si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto".

1252 Así, véase la STC n.º 62/1982, FJ 5. Al respecto, afirma Roca Trías (2013: 7) que durante "los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio 'conjunto', casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos". Canon de constitucionalidad que no es autónomo (STC n.º 55/1996, FJ 3) y que permite verificar, según la STC n.º 53/2014, FJ 7, que las medidas son "constitucionalmente adecuadas" de "un fin constitucionalmente legítimo", "sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política".

1253 Artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o los artículos 17.3.n), 35.4.a), 59.2, 62.1 y 63.1. la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Al respecto, véase López González (1998: 146-149).

1254 Sobre el origen de este principio en el ámbito comunitario, nos remitimos al Capítulo II. Referido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase Bindi (2016: 312-316). Posteriormente, se dispusieron las condiciones de aplicación de dicho principio y el de subsidiariedad en un protocolo anejo número 7 al Tratado de Ámsterdam, lo cual generó que se hicieran distintos informes con carácter anual, como antesala de la política de mejora regulatoria o regulación inteligente de la Unión Europea [resaltando el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (*DO* C 364 de 18.12.2000)], plasmándose este principio general del Derecho de la Unión en el artículo 69 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el protocolo número 2 [véase el Acuerdo interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación, entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, estableciéndose en la Caja de Herramientas de la Mejora Regulatoria (versión 2021), págs. 35 y 36 una lista de comprobación al respecto, accedido el 22 enero 2022, de https://ec.europa.eu/info/sites /default/files/br_toolbox-nov_2021_en_0.pdf.].

Posteriormente, el artículo 4.1 y 3 de la LES recoge el principio de proporcionalidad como uno de los principios de buena regulación[1255], debido al impulso definitivo y al reconocimiento de este principio como propio de la calidad normativa por parte de la Unión Europea, así como, también, de los países de la *Common Law*, como hemos visto en el Capítulo I[1256]. Se trata de verificar que existe una relación razonable y adecuada entre el medio elegido y el fin público a cumplir, debiendo optarse por la medida menos restrictiva para los derechos y libertades de los particulares, en virtud de la ponderación de las ventajas y limitaciones que pueden concurrir y la satisfacción del interés general para atender a una determinada necesidad. Así, el principio de proporcionalidad en la Ley se definía como aquel que establece que "la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado" (artículo 4.3 LES).

Tanto la jurisprudencia [1257] como la doctrina [1258] recogen la definición del principio de proporcionalidad del modelo alemán *(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)*, con su test de proporcionalidad, el cual responde a tres juicios o subprincipios, aplicados de manera sucesiva y escalonada, respondiendo a un orden lógico, cronológico y eliminatorio, que son: adecuación o

1255 En el ámbito autonómico se había producido una cierta anticipación respecto de la regulación estatal y la consideración de la proporcionalidad como principio de calidad normativa. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, concretamente el artículo 42.2.b) de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, dispuso que su "aplicación permite la identificación de los impactos previstos y la determinación de las opciones más adecuadas para conseguir los objetivos definidos" y en su Guía metodológica de mejora de la calidad normativa se afirma que dicho principio conlleva "el análisis de la relación entre las ventajas de las consecuencias de la regulación que se va a acometer, y los costes o restricciones que esta regulación impone".

1256 La *Better Regulation Task Force* (2003 a: 4) definía el principio de proporcionalidad (*proportionality*) como un principio de buena regulación (*principle of good regulation*), por el cual los "reguladores deben intervenir cuando sea necesario" (incluyendo como alternativa la no regulación y no solo una regulación prescriptiva) y las "soluciones deben ser adecuadas al riesgo que representan, además de que los costes identificados deben ser minimizados". De otra parte, hace hincapié en reducir el impacto en las pymes y en evitar la sobrerregulación. Por otro lado, el Informe Mandelkern (pág. 9) lo define como un objetivo de cualquier norma en la búsqueda del "justo equilibrio entre las ventajas que ofrece y las limitaciones que impone".

1257 La jurisprudencia ha hecho una aplicación constante del principio de proporcionalidad desde los postulados del test de proporcionalidad alemán. Así, véase, por todas, la STC n.º 206/2007, FJ 6. Por su parte, el Tribunal Supremo viene aplicando el principio desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, destacando sentencias posteriores como la SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 12013/1990, FD 2.º y 3564/2000, FD 3.º.

1258 Así, es de destacar la definición realizada por Barnés Vázquez (1994: 500), para quien se trata de un "principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos", así como "«proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades", resumiendo que la acción pública "debe ser útil, necesaria y proporcionada". Afirma R. Alexy (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 111), la necesidad del juicio de proporcionalidad en relación con los mandatos de optimización que suponen los principios (que al igual que las reglas son normas). Véase, también, López González (2014: 126 y 127).

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[1259].

Con la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, se establece como principio que hay que tener en cuenta, junto con el de necesidad, en las distintas actuaciones de las autoridades competentes cuando determinen restricciones al acceso a una actividad económica o a su ejercicio (suponiendo, a su vez, una garantía de las libertades de los operadores económicos), siguiendo la estela de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Finalmente, como principio de buena regulación, se establece en el artículo 129.1 y 3 de la LPAC, en cuya virtud "la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios"[1260].

De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, el principio de proporcionalidad debe llevarse a cabo en tres fases: una previa, para determinar la adecuación del instrumento, lo cual conlleva una necesaria comparativa de las distintas opciones planteadas, engarzando con el trámite de la consulta pública previa (reduciendo el margen de apreciación del poder público); una segunda, en relación con el propio contenido del proyecto normativo[1261]; y una última, no mencionada de forma expresa por el artículo 129, referida al procedimiento de evaluación de impacto normativo retrospectivo[1262]. Además, no debe dejarse a un lado un aspecto no mencionado en la norma, cual es la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con los trámites de los procesos reseñados de evaluación, atendiendo, entre otros aspectos, a la importancia de la reforma propuesta, a la dificultad de la materia y a la importancia de los impactos[1263]. Así, aunque no se mencione de

1259 Véase Barnés Vázquez (1998: 18 y 19).

1260 La LRJSP consolida y afianza el reconocimiento del principio, al incluirlo, de forma generalizada, en su artículo 4.1, como un principio de intervención de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias, reconociéndole, junto a otros, su valor como un principio de funcionamiento y actuación (apartado II, párrafo 3.º de su exposición de motivos). De otra parte, el principio se integra en el contenido estatal de la MAIN, según el artículo 2.1.a)2.º y 3.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, dentro del apartado referido a la oportunidad de la propuesta, como desarrollo de lo establecido en el artículo 26.3.a) de la Ley 50/1997, de 27 de octubre.

1261 Véase artículos 4.3 de la LES y 129.3 de la LPAC: ambos preceptos coinciden en que vienen referidos, solamente, al procedimiento de elaboración de normas y al proceso de evaluación de impacto normativo prospectivo (en virtud de una asimilación inadecuada de ambos).

1262 Aspecto que, por otro lado, sí menciona el artículo 4.1 de la LRJSP en términos generales, al indicar que se "deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos", siendo una novedad respecto al artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como afirma Morote Sarrión (2016: 71) y López González (2014: 122). Pero, además, y de forma especial, hay que señalar lo establecido en el artículo 130 de la LPAC, que insiste en "evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica", sin perjuicio de que debe tenerse en cuenta en la evaluación de impacto normativo *ex post* los principios de buena regulación.

1263 En este sentido, véase Department for Business Innovation & Skills (2015)*, Better Regulation Framework Manual. Practical Guidance for UK Government Officials*, Londres: Crown (págs. 26 y 59-61), que establece que los análisis y los recursos invertidos sean proporcionados, para lo cual deben tenerse en cuenta distintos factores como el grado de impacto, la etapa y sensibilidad de la política en cuestión, así como la capacidad y realización del análisis en relación con

forma expresa, la aplicación del principio se manifiesta, por ejemplo, en lo previsto en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, al establecer una memoria ordinaria y abreviada, dependiendo de los distintos impactos, pero atendiendo a criterios temporales y cuestiones ajenas al contenido de la solución concreta (como así establece el artículo 27.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), siendo esta una de las diferencias entre el procedimiento de elaboración de normas y el proceso de evaluación de impacto normativo.

Entre la regulación del principio que nos ocupa en el artículo 4.3 de la LES y la actual regulación de la LPAC, se encuentran algunas diferencias que deben destacarse. Así, en primer término, se sustituye la expresión "la consecución del objetivo que se persigue" que se encontraba en el artículo 4.3 de la LES[1264], por "atender la necesidad a cubrir con la norma", siendo un concepto más amplio que aquel de necesaria concreción. Además, el artículo 129.3 enlaza con el proceso de evaluación de impacto normativo y, concretamente, con las actuaciones previas realizadas, especialmente con la consulta pública previa y el principio de necesidad del artículo 129.2.

De otro lado, el artículo 4.3 se refería al "instrumento" y "otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado"[1265], y el artículo 129.3 alude al contenido de la "regulación imprescindible" y "otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios": el artículo 129.3 deja a un lado la necesaria conexión con el principio de eficacia, para acercarse a la afectación de la decisión sobre los destinatarios, aproximándose a una prohibición de excesos. No obstante, dicho precepto debe llevarnos a la consecución, al menos, del mismo nivel de eficacia, aun cuando no se establezca de forma expresa[1266], además de plantear la necesidad de determinar los destinatarios, teniendo en cuenta que pueden tener distintos derechos y obligaciones, de los cuales unos se benefician y otros no, al existir impactos y consecuencias de doble efecto. En este sentido, sería necesario realizar un ejercicio de ponderación sobre estos destinatarios, atendiendo no solo al proyecto, sino, también, a su incidencia sobre el resto del ordenamiento jurídico.

---

sus beneficios.

1264 Se deja sentir en dicho precepto la impronta del Informe Mandelkern (pág. 9), ya que el equilibrio entre ventajas y limitaciones, referido a los instrumentos, implica que estos se adecúen, en mayor medida, "a los objetivos que deseen alcanzar".

1265 La previsión conecta, también, con el Informe Mandelkern (pág. 9), al indicar que el principio de proporcionalidad establece que debe realizarse una valoración por los "Estados miembros" y "la Comisión", cuando "opten entre los distintos instrumentos de que disponen". Así, también, lo establece la Guía de Mejora Regulatoria de la Comisión Europea, SWD (2015) 111 final, págs. 29 y 30, en cuya virtud el informe del análisis de impacto debe presentar los resultados de la comparación de forma accesible (resaltando la solidez de la comparación, objetivos, sensibilidades, limitaciones e incertidumbres) y en el resultado final la elección.

1266 Siguiendo lo establecido por la STC n.º 66/1995, FJ 5.º: véase Fernández Nieto (2008: 428).

Contrastado el artículo 129.3 de la LPAC con la concepción ampliamente reconocida por la jurisprudencia y la doctrina del principio que examinamos, deben destacarse algunas insuficiencias de la regulación. Así, primeramente, existe una determinación incompleta del principio de proporcionalidad en los términos del test alemán de proporcionalidad, ya que no se incluye al juicio de idoneidad que se identifica, de forma equívoca, con el principio de necesidad establecido en el artículo 129.2 de la LPAC, como ya se ha comentado. Aunque no se mencione, sería recomendable que se estableciese normativamente la aplicación del principio de proporcionalidad de forma escalonada, teniendo en cuenta el juicio de idoneidad en primer lugar, después el juicio de necesidad (que responde al principio de proporcionalidad del artículo 129.3) y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que no se incluye en dicho artículo 129.

Además, el juicio de necesidad (*Erforderlichkeit*) determinará si la medida pública resulta imprescindible para lo cual se impone la comparación entre la medida normativa y otras medidas alternativas, a fin de determinar la más benigna[1267] entre todas aquellas que revistan, al menos, la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, de acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales existentes en el momento de elaboración del proyecto normativo y congruente con los hechos, medios y finalidades. Aunque, en todo caso, para que se lleve a cabo la comparación, debe concurrir, al menos, un medio alternativo, salvo en el supuesto de que solamente exista una única solución, la normativa, como, por ejemplo, ocurre en los supuestos de habilitaciones legales[1268], donde se llevaría a cabo, así, un ejercicio comparativo entre el contenido de la norma y la realidad existente, entendida desde distintos puntos de vista como el administrativo, judicial y del ciudadano[1269].

Por otro lado, en este juicio es necesario tener en cuenta el perjuicio que se genera, lo que conllevaría la realización de un examen hipotético en el análisis de impacto normativo *ex ante*, estableciendo una lista de precedencia de los medios. El artículo 129.3 de la LPAC se centra en la menor restricción de derechos[1270] o que impongan menos obligaciones. Dicha concepción negativa

1267 Este es el criterio del Tribunal Constitucional Federal Alemán, *BVerfGE 30, 292 (316).*

1268 Afirma la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 12013/1990, FD 2.º que el principio "opera en dos tipos de supuestos": uno de "carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables" y otro "excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad", en los casos "en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado".

1269 Así, afirma el Consejo Constitucional francés (*Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013*) que la falta de participación en una decisión medioambiental (concretamente facultar a la potestad reguladora para fijar las condiciones bajo las cuales determinadas nuevas construcciones deben incluir una cantidad mínima de materiales de madera, sin limitación alguna) afecta al principio de proporcionalidad con base en el artículo 4 de la Declaración de 1789, por lo cual se declaró inconstitucional el inciso V del artículo L. 224-1 del Código de Medio Ambiente (*code de l'environnement*).

1270 Según Barak (2017) la "restricción de un derecho tiene lugar cada vez que se produce una acción del estado que

en defensa del *favor libertatis* del ciudadano[1271], debe ser medida, como se ha dicho, atendiendo a los destinatarios de la norma y la intensidad de afectación[1272], incluso de otras normas de otros ámbitos sectoriales, por lo cual se hace necesario realizar un ejercicio de *metaevaluación*, con el que garantizar una adecuada coherencia. En todo caso, en un análisis de impacto normativo *ex ante* partimos de una previsión que se fundamenta en el estado de conocimiento existente[1273], de la información que se disponga, y otras variables que, en definitiva, pueden hacer imperfecta la decisión, pero que, no obstante, aportan un mayor valor al disponer de la misma, debiendo constar en el proceso[1274], e impidiendo una situación de no decisión.

En cuanto a la valoración de la afección negativa relativa[1275], pueden utilizarse distintos valores, si bien la legislación española se centra, sobre todo, en las cargas administrativas y en los costes que pueden generarse no solo para las empresas, sino, también, para la ciudadanía en general. No obstante, la definición establecida por el artículo 129 de la LPAC se refiere a las obligaciones y derechos, conceptos más amplios que las cargas y costes reseñados, y que pueden incluir obligaciones o derechos no susceptibles de cuantificación. La cuestión será, entonces, la necesidad de determinar en esta fase previa a la realización del juicio de proporcionalidad en sentido estricto una metodología de decisión, prestando atención a los distintos impactos de la acción administrativa (no solo el económico), para determinar la dimensión negativa. Así, la propuesta de opciones de intervención no normativas o de no intervención, en la mayoría de los casos van a suponer menos obligaciones para sus destinatarios, salvo que se trate de iniciativas normativas modificativas de situaciones en la que existe una gran número de obligaciones o restricciones de derechos, en cuyo caso se favorece una cierta tendencia hacia la petrificación del derecho; no obstante, debe insistirse en que, de acuerdo con el tenor literal del precepto, el juicio de proporcionalidad gira en torno al contenido de la norma, no del instrumento.

---

deniega o impide que el titular del derecho lo ejerza de acuerdo a la plenitud del supuesto de hecho de dicho derecho". Al respecto, Barnés Vázquez (1998: 21) identifica que se corresponden a un "cuadro de derechos y libertades en cada caso reconocido (CEDH, TUE, Constitución interna, legislación ordinaria) y su nivel de protección".

1271 STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5006/1997, FD 3.º: el Tribunal considera que "la medida adoptada sea la menos restrictiva posible".

1272 Véase G. P. Lopera Mesa (2005), «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, págs. 381-410 (págs. 401 y 402), quien considera que la comparación ha de ir más allá del mero aspecto económico.

1273 Así lo afirma el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su Sentencia *BVerfGE 90, 145* [Cannabis].

1274 Al respecto, el Consejo de Estado en su dictamen n.º 366/2005, sobre el anteproyecto de Ley Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco, ante las reclamaciones de los particulares en la tramitación en relación con las restricciones excesivas a la libertad de empresa, señala en su apartado II la importancia de la documentación que conforma el expediente para "enjuiciar la racionalidad, razonabilidad o proporcionalidad de algunas de las medidas que pueden incidir".

1275 Según Barnés Vázquez (1998: 17 y 19), el carácter negativo implica ser "siempre *restrictivo* o de gravamen de derechos" (lo cual es aplicable, en mi opinión, también al término "obligaciones" que menciona la LPAC) y "*relativo*" supone "sólo por referencia al caso".

Por último, la definición del principio de proporcionalidad del artículo 129.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, no menciona, como se ha indicado, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que es aquel que se lleva a cabo una vez superado los dos juicios o subprincipios anteriores, en el sentido de determinar que la aplicación de la medida normativa va a suponer más beneficios o ventajas para el interés general[1276] que perjuicios sobre otros bienes y derechos, y siendo necesario un ejercicio de ponderación, que exige concretar las magnitudes de los objetos de comparación, así como la intensidad de dicha intervención (con criterios unívocos atendiendo a las circunstancias del caso concreto). Al respecto, podría utilizarse como metodología el análisis costes-beneficios, como afirma Barnés Vázquez[1277], integrándose el Análisis Económico del Derecho en el test alemán, anticipando, en cierta medida, lo previsto en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En consecuencia, la ausencia de dicho juicio difumina el control de la discrecionalidad administrativa posible a través del principio de proporcionalidad[1278].

En definitiva, el principio de proporcionalidad constituye un auténtico principio general del Derecho, especialmente considerado en el derecho alemán, que ha ido consolidándose a partir de su positivación tanto en el nivel comunitario como nacional, y de su aplicación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. De este modo, el principio que nos ocupa se erige en un instrumento clave en el control del ejercicio de la potestad pública, especialmente relevante en el caso de la potestad normativa, debiendo ocasionarse el menor perjuicio al ciudadano, en el marco irrenunciable de la noción material de Estado de Derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales[1279]. Este principio ha de ser interpretado con mesura, racionalidad y prudencia, a fin de evitar situaciones de desviación de poder, debiéndose armonizar con el resto de los

1276 Téngase en cuenta el artículo 103.1 CE. Para Lopera Mesa (2005: 403) cabe el ejercicio de ponderación cuando "las razones a favor de la intervención tienen un peso mayor", aunque pone de manifiesto la posible complejidad de la realización del balance entre las máximas *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore*.

1277 Barnés Vázquez (1998: 25).

1278 Afirma López González (1998: 156) que este juicio es de especial relevancia en el ejercicio de decisiones discrecionales para su adecuado control de legalidad [véase, también, Barnés Vázquez (1998: 22)]. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán considera que la "prohibición de exceso" en la regulación o principio de proporcionalidad en sentido estricto (*Übermaßverbot*) actúa como canon de todas las actuaciones del Estado, con fundamento en el Estado de Derecho (*BVerfGE* 23, 127 [133]). Para S. Muñoz Machado (2015 a: 295) la "búsqueda de la alternativa menos gravosa puede plantear conflictos entre intereses públicos y privados, o también entre los intereses de diversos particulares", por lo que se hace especialmente necesario la realización del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

1279 De este modo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán afirma en su Sentencia *BVerfGE 65, 1* [Censo de Población] que el principio de proporcionalidad deriva directamente de la esencia de los derechos fundamentales mismos que, al ser manifestación del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, son restringidos únicamente por el poder público siempre que sea indispensable para la salvaguarda del interés público, que debe aceptar al formar parte de la comunidad, siempre que dichas decisiones sean en interés de esta según la Sentencia *BVerfGE 34, 238* [Reproducción de una grabación secreta]. Así, en dicho sentido lo establece López González (1998: 154) al afectar a la "esfera de libertad de las personas". En España, véase la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las declaraciones de los estados de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (por ejemplo, STC n.º 148/2021).

principios. No obstante, la regulación actual del principio de proporcionalidad como de buena regulación resulta incompleta, al faltar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, afectando el control de la discrecionalidad, a lo que se le añade la predeterminación de la decisión normativa y la falta de plasmación del principio en la realización de los procesos de evaluación, lo cual influye claramente en la decisión para resolver el problema o necesidad y desvirtúa el valor material de la justicia y del Estado de Derecho.

4.3.5. *Principio de seguridad jurídica*.

La seguridad jurídica es un principio general del Derecho reconocido en el artículo 9.3 CE[1280], de difícil definición jurídica[1281], en el que concurren elementos como la seguridad y la paz[1282], su grado de exigibilidad[1283] y su carácter de principio de principios. Esto último ha sido tomado por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para definir el principio de seguridad jurídica, como la "suma de certeza y legalidad[1284], jerarquía y publicidad normativa[1285], irretroactividad de lo no favorable[1286], interdicción de la arbitrariedad". Se trata de una "suma de estos principios[1287], equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad" (por todas, las SSTC n.º 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990); no es un

1280 En Francia, la seguridad jurídica (*sécurité juridique*) se basa en los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de 1789 y en el artículo 34 de su Constitución, aunque el Consejo de Estado francés en 2006 reconoció explícitamente por primera vez el principio de seguridad jurídica como principio general de derecho, y lo ha utilizado para fundamentar la obligación de la Administración de prever medidas transitorias cuando cambie la reglamentación. E, Ass., 24 de marzo de 2006, *Sté KPMG y otros*, n ° 288460 y siguientes.

1281 Véase A. E. Pérez Luño (1991), *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel (pág. 28), que resalta la "imprecisión y/o equivocidad de que adolecen buena parte de los intentos doctrinales dirigidos a concretarlo".

1282 Así, J. Guasp Delgado (1971), *Derecho*, Madrid: Gráficas Hergón, afirma que en la "seguridad jurídica subyace la paz social (en el sentido de orden social) que, como bien, prevalece sobre la injusticia individual por ser un bien colectivo y un *prius* para el progreso y la justicia". Además, G. Peces-Barba Martínez (1993), *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (págs. 224 y 225), establece que la seguridad jurídica es parte de un valor central más grande: el de la seguridad, ya que esta es la paz, la ausencia de miedo y certeza ante el abuso de poder, como parte del sistema legal y frente a la desconfianza producida por el hecho de no satisfacer las necesidades básicas. Esta seguridad tiene un componente puramente legal, cual es la seguridad jurídica que tiene tres manifestaciones en: el poder, el sistema legal y la sociedad.

1283 G. Rosado Iglesias (2006), «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, págs. 83-123 (pág. 85).

1284 Existe una relación estrecha entre el principio de seguridad jurídica y el de legalidad, al cual debe someterse los distintos poderes del Estado, como señala F. Rubio Llorente (1993), «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, págs. 9-42 (pág. 21), respecto del poder ejecutivo, según los artículos 9.1 y 3 y 103.1 CE.

1285 Afirma J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (2006), «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, págs. 17-54 (pág. 24), que dicha manifestación se plasma en la "obligación de garantizar la cognoscibilidad de los documentos normativos a través de la publicación formal" o necesaria para que produzca sus efectos. Pero, además añade a dicha finalidad la de existencia y presunción de aprobación de dichos textos: véase SSTC n.º 179/1989 y 3/2003, FJ 10.

1286 Véase Ugartemendia Eceizabarrena (2006: 26 y 27).

1287 Incluye a todos los principios del artículo 9.3 CE, salvo el de responsabilidad. Afirma la STC n.º 71/1982, FJ 4 que la "seguridad jurídica requiere certeza en la regla de derecho y proscribe fórmulas proclives a la arbitrariedad", existiendo un constante equilibrio entre estos principios.

compartimento estanco, al igual que los que se integran el art. 9.3 CE, según la STC n.º 270/2015, FJ 7, ya que "cobra valor en función de los demás y en tanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de derecho (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6)"[1288]. No obstante lo anterior, el principio de seguridad jurídica tiene valor por sí mismo[1289].

Este principio jurídico, al tener carácter transversal en toda la actuación administrativa, tiene también proyección sobre la calidad normativa. Así, como principio de buena regulación se concretó, en primer lugar, en la LES y, posteriormente, en la LPAC. En la primera de dichas normas, concretamente en su artículo 4.4, se establecía no una definición de dicho principio, sino un mandato dirigido al cumplimiento del mismo, cual es que las "facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento", adscribiendo, a dicha actuación, una serie de consecuencias: por un lado "generar un marco normativo estable y predecible"; y, por otro, crear "un entorno de certidumbre" para las acciones a adoptar por la ciudadanía y las empresas, incidiendo especialmente sus efectos sobre la adopción de decisiones económicas.

Posteriormente, el artículo 129.4 de la LPAC, sigue, en grandes líneas, lo establecido por su predecesora[1290], si bien presenta algunas diferencias. Así, desaparece la mención a la "facultad" referida a la iniciativa normativa, favoreciendo la consideración de potestad pública. Sin embargo, la referencia a la iniciativa normativa parece no dar cabida a la situación previa de posibles decisiones alternativas a la solución normativa; ni incluye la revisión, pese a la importancia de tener en cuenta los distintos actos de ejecución y la jurisprudencia existente en torno a la norma concreta, pudiendo dar lugar a situaciones que afecten al principio de seguridad jurídica.

De otra parte, la coherencia con el resto del ordenamiento[1291] se predica del "nacional y de la Unión Europea"[1292], lo cual puede ser inexacto, ya que podía venir referida, en mi opinión, tanto

1288 Véase Ugartemendia Eceizabarrena (2006: 23-32).
1289 Por todas, la STC n.º 99/1987, FJ 6 c). Asimismo, téngase en cuenta Ugartemendia Eceizabarrena (2006: 21 y 22).
1290 Mora Ruiz (2016: 526) establece que el principio en el precepto "no es objeto de definición directa, sino de forma instrumental".
1291 Se entiende obligada la necesidad de la coherencia en el ordenamiento, como afirma N. Bobbio (1991), *Teoría General del Derecho*, Madrid: Edición Debate (pág. 189), al entender por este "una totalidad ordenada", reconociéndolo cuando "los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí". La coherencia se identifica con el término anglófono *consistency,* al respecto véase la Ley de Reforma Legislativa y Regulatoria de 2006 británica (Legislative and Regulatory Reform Act 2006) section 21 (2) (a), con anterioridad había sido determinado como uno de los principios de buena regulación (*principles of good regulation*) por la *Better Regulation Task Force* (2003 a: 5).
1292 Véase el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, páginas 51-53, donde señala una doble vertiente en la integración del Derecho europeo en el derecho nacional: una positiva en el cual recalca la necesidad de facilitar el pleno conocimiento de la ciudadanía y los operadores jurídicos, con un carácter claro y público, y otra negativa para inaplicar y eliminar la existencia de normas en el derecho

al ordenamiento jurídico interno y al externo, y dentro de este último incluir el Derecho internacional[1293]. Junto a ello, la determinación del concepto "coherencia" dependerá del criterio doctrinal predominante. Así, una visión exclusivamente positivista (Kelsen[1294] y Hart[1295]), identifica la coherencia con la ausencia de conflictos normativos entre diferentes disposiciones (normas de un mismo nivel, en los cuales no debe existir contradicción o incompatibilidad, y entre diferentes niveles para lo cual es necesario que exista correspondencia). Esta visión adolece de no incluir aquellos principios jurídicos que no estén positivizados y no tienen en cuenta las reglas morales existentes en una sociedad, aspectos que son tenidos en cuenta por otros (como es el caso de Alexy y Dworkin), incluyéndose la moral y valores como la justicia (como señala Alexy[1296] al afirmar el argumento de la injusticia o pretensión de corrección), para la validez de las normas, siendo este el criterio aplicable por el Tribunal Constitucional. No obstante, a mi juicio, es necesario ampliar el campo de acción objetivo de la coherencia, de forma que no solo se plantee respecto de otras normas, sino, también, en relación con el propio contenido de la norma, con el expediente de elaboración de la norma y/o el proceso de evaluación de impacto y con otras normas, no solo las ya aprobadas, sino las que estén en proceso de elaboración, o incluso, las políticas públicas[1297]. Desde esta perspectiva, resulta crucial utilizar la evaluación de impacto normativo. Con todo, la falta de coherencia no es el único elemento que genera un déficit de previsibilidad[1298], existen otros elementos obstativos para la plena aplicación del principio de seguridad jurídica

nacional: una positiva en el cual recalca la necesidad de facilitar el pleno conocimiento de la ciudadanía y los operadores jurídicos, con un carácter claro y público, y otra negativa para inaplicar y eliminar la existencia de normas en el derecho nacional incompatibles con el comunitario. Esto se llevará a cabo "mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse". Así véase, por ejemplo, la STJUE de 23 de febrero de 2006, Comisión/España, asunto C-205/04. Un ejemplo de coherencia con el Derecho de la Unión Europea, que es remarcada por el Consejo de Estado (1998: 159 y 160), consiste en la necesidad de transponer las Directivas más allá de la "solución simplista de convertir en norma interna la traducción española de la Directiva".

1293 Martínez López-Muñiz (2016: 326) afirma que dicha coherencia debería aplicarse a normas de mismo o superior rango, aunque existe la dificultad de "cumplir esta exigencia y justificar que queda cumplida".

1294 Kelsen (1960).

1295 H. L. A. Hart (1998), *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

1296 R. Alexy (1997), *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa (pág. 73).

1297 Afirma el Consejo de Estado (2012: 234) que las memorias que componen el procedimiento de elaboración de normas deben reflejar los estudios de evaluación de las políticas públicas, que son aquellos "encaminados a ponderar y valorar los efectos de la política que se va a poner en práctica conforme a criterios definidos de manera previa y escrita". En la misma línea, la jurisprudencia señala que el control jurisdiccional abarca, entre otros aspectos, "la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta" (STS, Sala 3.º ROJ n.º 6840/2008, FD 5.º), debiendo estar en consonancia no solo con las actuaciones o comportamientos previstos en dicha norma (aplicación o ejecución e implementación de las normas y los comportamientos de la ciudadanía), sino también con las políticas públicas afectadas. En el Derecho comparado, el Reino Unido establece como uno de los principios de regulación económica, el denominado principio de coherencia (*coherence*), en la idea de que los marcos reguladores deben formar parte de una lógica de un contexto político de Gobierno más amplio, y ser coherentes con las prioridades establecidas, permitiendo la consecución intersectorial, donde corresponda, de los objetivos de la política en cuestión. La distinción de los términos *coherence* y *consistency* responde a la diferenciación de N. MacCormick (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, el cual afirma que ambos son requisitos para que una justificación legal tenga una argumentación racional, además de instrumentos idóneos para garantizar la certeza del Derecho, entendiendo por el primero una integración de las normas del sistema para que tengan sentido al incluirse en el todo y el segundo implica que no se produzcan contradicciones entre normas.

1298 Véase I. Lifante Vidal (2013), «Seguridad jurídica y previsibilidad», *DOXA*, 36, págs. 85-105 (pág. 99).

como las antinomias[1299], los conceptos jurídicos indeterminados[1300] o una reglamentación general fragmentaria sin justificación alguna, especialmente en la relación entre las leyes y las normas reglamentarias de desarrollo[1301]. La coherencia jurídica es una labor de todos, no solo del órgano que elabora y aprueba la futura norma, sino todos aquellos que participen en el procedimiento de elaboración de normas, y procesos de evaluación de impacto normativo, como también del órgano que realice la metaevualuación de los mismos, como el Ministerio de la Presidencia en el ámbito de la Administración General del Estado, según lo previsto en el artículo 26.9.b), f) y g) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. En este sentido, resultan fundamentales los mecanismos de participación y colaboración entre Administraciones, aplicables no solo en la ejecución de la norma, sino, especialmente, en una fase previa de elaboración[1302], destacando el trámite de consulta a las Administraciones.

De otro lado, el ejercicio coherente de la "iniciativa normativa" tiene como finalidad generar "un marco normativo" "estable" y "predecible", según la LES, a lo que se añade *ex* artículo 129.4, párrafo 1.º su carácter "integrado, claro y de certidumbre". Así, la estabilidad parece referirse a la previsibilidad del "marco normativo" en relación con el ámbito temporal, constantemente comprometido con el cambio normativo, aspecto resaltado por el Consejo de Estado[1303], al afirmar que una de las características de nuestro tiempo es la "poca estabilidad de las normas jurídicas, incluso de las de superior rango", produciendo una "gran inseguridad". Esta situación parece vinculada a las características de la sociedad moderna (influenciada por la globalización y la sociedad del conocimiento y la información, que hace que la vida vaya mucho más rápida), así

1299 Según el diccionario panhispánico del español jurídico, se define a una antinomia como: "Contradicción real o aparente entre dos principios o leyes, o entre dos pasajes de una misma ley". Se trata de una cuestión fiscalizable por la jurisdicción ordinaria no susceptible de inconstitucionalidad (STC n.º 121/1992, FJ 3).

1300 Se definen como términos imprecisos que pueden "contener un margen de apreciación", aunque esto "no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación" (STC n.º 53/1985, FJ 10), ya que el sistema normativo contiene suficientes elementos para delimitar, al caso, su alcance (STC n.º 76/1990) o cuando son "indispensables por cuanto no son sustituibles por referencias concretas" (STC n.º 71/1982, FJ 4). No obstante, en mi opinión es una labor complicada incluso para el especialista en Derecho.

1301 Así, lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado (1990), *Memoria del Consejo de Estado 1999*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 57-63), entendiendo que debe interpretarse excepcionalmente y siempre que esté justificada "la promulgación de normas reglamentarias parciales que respondan a las explícitas remisiones legales, cuando así lo requiera la naturaleza de la materia o de la propia remisión", como, por ejemplo, "materias con perfiles propios y nítida sustantividad o el de aspectos coyunturales o afectados por previsibles mutaciones discordantes con la proyectada estabilidad del reglamento general de ejecución de la ley". De esta manera, establece el Consejo de Estado (2008), *Doctrina legal 2005*, Madrid: Boletín Oficial del Estado (pág. 43), la necesidad de la tramitación paralela "para evitar eventuales duplicidades, lagunas o dudas sobre la mejor ubicación sistemática o contenido de algún precepto". Una posición más enérgica, al respecto, a favor del desarrollo reglamentario completo, véase Consejo de Estado (2012: 253-256).

1302 La existencia de múltiples centros de producción normativa es uno de los elementos generadores de la hipertrofia normativa o "profusión excesiva de normas", según el Consejo de Estado (2003: 70). Así, solamente la Junta de Andalucía ha aprobado entre los años 2006 a 2014 cerca de 14.000 normas (fuente propia).

1303 El Consejo de Estado (1993: 115) ha llegado a decir que "a medida que aumenta la esperanza de vida de los hombres disminuye, con mayor rapidez aún, la de las normas".

como a factores endógenos de nuestro ordenamiento (un sistema de las autonomías en constante proceso de cambio, la integración en la Unión Europea, la sobrerregulación generada o las soluciones normativas impulsivas por parte del poder público en relación a las cuestiones formales que someten a las sustantivas)[1304].

Esa tensión entre el principio de seguridad jurídica, en su vertiente de estabilidad o previsibilidad que representa conservación y mantenimiento del estado de las cosas, respecto del carácter innovador del ordenamiento jurídico es una constante, que no siempre se resuelve a favor del primer aspecto, sino, todo lo contrario, según la jurisprudencia, al afirmar que la seguridad no puede "erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente" [STC n.º 182/1997, FJ 11 c)], ni debe "entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen" (STC n.º 273/2000, FJ 6), jurisprudencia confirmada por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[1305], criticada por su carácter excesivamente formalista[1306]). En consecuencia, dicha estabilidad choca con la innovación del ordenamiento jurídico, pero no puede llegar al punto de impedir este último, siempre que sea adecuado, atendiendo al momento, a su forma y a su contenido[1307], y considerando las condiciones

1304 El Consejo de Estado (2011), *Memoria del Consejo de Estado 2010*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 137 y 138) y (2003: 70 y 71), afirma que "la fugacidad de las normas" se refiere a la constante modificación, al sustituirse una norma en "poco tiempo por otra" y la celeridad en la aprobación de las normas es consecuencia, más veces de las que se desearía, de "hechos singulares y esporádicos que se proyectan intensamente sobre la opinión pública durante un periodo no necesariamente largo"; por tanto, debe salvaguardarse el carácter de "generalidad de la norma" y de futuro, frente a un "carácter coyuntural y efímero", a fin de atender los problemas y no anticiparse a ellos. Así, la falta de estabilidad ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, y autores como Martín-Retortillo Baquer (1998: 8 y 12) afirman que estamos en un estado de permanente modificación del ordenamiento jurídico que impide que las normas arraiguen, sean aceptadas socialmente y consoliden líneas de comportamiento para una adecuada consistencia, siendo "práctica habitual que las dificultades que pueda presentar la aplicación de cualquier norma terminen solventándose rápidamente mediante su sustitución y modificación". E. García de Enterría (1952), «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», *Revista de Educación*, 1 vol. II, págs. 143-148, resalta la incidencia de la seguridad jurídica más allá de las garantías formales.

1305 Se afirma, así, que el principio de seguridad jurídica "no puede prevalecer sobre la potestad de innovar el Ordenamiento Jurídico", permitiendo "acudir incluso a la modificación del criterio inicialmente seguido aplicando el instrumento de la modificación o derogación de la norma anterior por otra posterior del mismo rango y de contrario o diferente signo" (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4222/2003, FD 22.º), ya que "la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos" (ROJ n.º 6317/2006, FD 3.º) y que ni la seguridad jurídica ni la confianza legítima "garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones" (ROJ n.º 5919/2005, FD 8.º). Por todas, la ROJ n.º 2427/2016, como resumen de su jurisprudencia.

1306 Rubio Llorente en su voto particular a la STC n.º 208/1988, afirma que "la seguridad jurídica no exige (...) la petrificación del ordenamiento, pero sí (…) el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales" quebrantados o desconocidos "los compromisos asumidos por el Estado", en el cual se adiciona al carácter formal el valor material de la confianza y de la estabilidad. En el mismo sentido, el voto particular emitido a la STS ROJ n.º 61/2017 por la magistrada María Isabel Perelló Doménech, apartado 2.º3) afirma que "no resulta fácil imaginar una vulneración más palmaria del principio de seguridad jurídica que (…) adoptar decisiones empresariales de considerable entidad", llegando hasta "la propia continuidad en el ejercicio de la actividad, sin conocer el régimen jurídico y económico que les va a ser de aplicación".

1307 Ante dicha controversia, afirma H. Henkel (1968), *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus (pág. 550), que dicha estabilidad debe ser susceptible de cambio o innovación, siempre que no sea un cambio brusco, afirmando, al respecto M. Otero Parga (1997), «Nota sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, págs. 621-635 (pág. 629), la dificultad de su determinación, identificándolo como "variación notable" en la que "los individuos se sientan desprotegidos o ignoren sus derechos y la forma de hacerlos valer". Sobre dicha

de la norma a modificar[1308].

Así, entiendo que no se debería hacer una diferenciación entre las consideraciones de orden jurídico, de aquellas otras que pertenecen en puridad al ámbito propio del debate de política regulatoria, sobre la bondad o acierto de dichos cambios con las adecuadas garantías[1309]; antes al contrario, uno y otro ámbito deberían conectarse, identificando la estabilidad del marco normativo en el ámbito de la calidad normativa, más allá del principio de seguridad jurídica, en el sentido de incluir otros principios de buena regulación y, por ende, de la buena administración. Por lo tanto, la mencionada estabilidad debe identificarse con las consecuencias positivas en distintos ámbitos como, por ejemplo, en el ámbito económico, siempre y cuando que esto no vete la innovación jurídica dentro de los postulados legales y con las debidas garantías. Así, aunque los cambios regulatorios son un riesgo más a ponderar (por ejemplo, en la gestión de planificación de las empresas), la cuestión no estriba en la existencia de dicho riesgo regulatorio[1310], sino en cómo se produce[1311], debiendo realizarse un adecuado ejercicio de ponderación de los beneficios y ventajas

modificación brusca y su afectación al principio de seguridad jurídica también se contempla en Francia por el Consejo de Estado, como *modifiant trop brutalement les règles* (*CE, Ass. 11 juillet 2001, Fédération nationale des syndicats d'exploitants et autres, no 219494 et autres*).

1308 Una actuación perniciosa que afecta a la estabilidad sería el contenido *"*reglamentista" de las leyes, como afirma el Consejo de Estado (2009: 212), puesto que "la minuciosidad de la regulación contenida" puede generar dificultades para el caso de que sea precisa la reforma de la norma, por ejemplo, a través de instrumentos normativos deficientemente justificados que aligeren la carga procedimental como el Decreto-ley o el procedimiento prelegislativo de tramitación abreviada.

1309 Este ejercicio de diferenciación se llevó a cabo por la Comisión Nacional de la Energía, en el informe 3/2007 emitido sobre el procedimiento de aprobación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE* núm.126, de 26 de mayo de 2007), accedido el 18 marzo 2021, de https://www.cnmc.es/sites/default/files/1562569_8.pdf, al entender que la norma atendía las distintas observaciones realizadas por las Comunidades Autónomas en cuanto a la afección del principio de seguridad jurídica.

1310 S. Rodríguez Bajón (2012), «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, 188, págs. 189-205 (pág. 196), define al riesgo regulatorio como contingencia debida "a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre". Véase, también, una crítica sobre las consecuencias negativas en relación con el principio de seguridad jurídica y los intereses socioeconómicos ante una regulación deficitaria en su especialización técnica como es la referida a las energías renovables en E. Gamero Casado (2015), *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Granada: Comares (págs. 126 y 127). Al hilo de lo anterior, véase Consejo Constitucional francés (*Conseil constitutionnel*), *CC, no 2013-582 DC du 19 décembre 2013, cons. 14*, en el cual afirma que "no puede, sin suficiente motivos de interés general, ni socavar situaciones legalmente adquiridas ni cuestionar los efectos que legítimamente puede esperarse". Sobre el riesgo regulatorio, véase una interpretación favorable a la innovación del ordenamiento jurídico y su asunción, en la SAN, Sala de lo C-A, ROJ n.º 2878/2008, FD 7.º referido al empresariado que opere en un mercado con constantes cambios, como es el de los libros de texto.

1311 Al respecto, se podría señalar como ejemplo, la aplicación del artículo 8.2 y disposición transitoria tercera de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (*BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 2005), y su modificación por la Ley 42/2010, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 318, de 31 de diciembre de 2010), que deroga, entre otros aspectos, el artículo 8.2, por el cual se adaptó determinados espacios en lugares de ocio para que se fumase, generando un coste a los propietarios (con la posible repercusión a los usuarios con el aumento de precios, afectando a la competencia), disponiéndose una moratoria hasta el tercer trimestre de 2006 para su adaptación. Posteriormente se derogó a finales de 2010, sin existir disposición transitoria al respecto y sin prever medidas compensatorias, prohibiéndose la posibilidad de fumar en dichos establecimientos. En mi opinión, es cuestionable la falta de justificación de forma fehaciente sobre el cambio de circunstancias de una norma respecto a la otra, con datos constatables, pudiendo atribuirse a un defecto de la formación

de una u otra solución, teniendo en cuenta los distintos trámites, impactos y principios afectados. Sin embargo, la preferencia jurisprudencial favorable a la innovación no debe generar en el subconsciente del poder público una propensión hacia la misma, sin tener en cuenta los efectos negativos de la falta de estabilidad del ordenamiento y de la importancia de la decisión pública racional en aras del interés general[1312]. La innovación del ordenamiento debe responder a circunstancias externas a la adopción de la solución normativa concreta, y no a circunstancias internas viciadas del poder público en la concepción de la decisión, y, por tanto, lo importante es desincentivar la mala calidad normativa y las posiciones que la justifican.

A los efectos de determinar las formas y cauces de innovación, es de relevancia el principio de confianza legítima, como corolario del de seguridad jurídica[1313]. Se trata de un principio de origen foráneo, asumido por la jurisprudencia de nuestro país[1314], por influencia del Derecho comunitario (especialmente de la jurisprudencia del, por entonces, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)[1315]. Es un principio predicable de las Administraciones Públicas, tanto en su actuación

---

de voluntad del órgano decisor normativo, ya que los datos podría haberlos obtenido en dicho momento. A estos efectos, véase informe de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa sobre la posible responsabilidad patrimonial generada por este cambio normativo, accedido el 2 septiembre 2018, de https://sie.fer.es/recursos/richImg/doc/15322/06-06-11%20INFORME%20LEY%20TABACO%2027%2005%2011.pdf.

1312 Así, Santo Tomás [Summa, 1-2, q. 97, a.2, citado por Otero Parga (1997: 625)] afirma que "las leyes deben ser modificadas siempre que se ofrece la ocasión de decretar otras mejores, pero el mero cambio de una ley es en sí mismo un perjuicio para el bien común". De este modo, el Consejo de Estado (1991: 79 y 80) establece que, sin perjuicio del constante cambio de la realidad social y la correspondiente adaptación normativa, es necesario la estabilidad por mor del ordenamiento jurídico y de su recepción social, ya que en ocasiones no da tiempo a que las normas "acrediten sus virtudes o sus defectos y a que se consolide una práctica administrativa conocida y un clima general de confianza, demandado, sin duda, por un buen orden de convivencia".

1313 Así lo establece la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, ROJ n.º 3424/2016, FD 6.º.a) y autores como López Menudo (1992: 58) y E. García de Enterría (2002), «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *Revista de Administración Pública*, 159, págs. 173-208 (pág. 176), afirmando este último, por el contrario, que no existe una correlación absoluta. El principio de confianza legítima sirve como elemento que hay que tener en cuenta en el conflicto que se puede generar entre los principios de seguridad jurídica y el de legalidad de la actuación administrativa (por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1423/2001), y guarda especial relación con el de buena fe, aunque es necesario diferenciarlo. La buena fe es un principio de actuación de las Administraciones Públicas que supone un límite al ejercicio de potestades frente a los derechos y que, también, prohíbe el "abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo" (*ex* artículo 7.2 del Código Civil), en los términos del artículo 3.1.e) de la LRJSP. Al respecto, véase J. B. Lorenzo de Membiela (2006), «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 171, págs. 249-263 (pág. 255), quien considera que el principio de buena fe es aquel que "tiene como consecuencia un prototipo de conducta con unos comportamientos concretos que deben ser asumidos por quien crea esa expectativa. Esas conductas son encuadrables en el concepto de normalidad, configurándose como una conducta esperable y relevante jurídicamente".

1314 Según J. García Luengo (2001 b), *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas (págs. 183 y siguientes), así como la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7200/1999, FD 4.º.a), es un principio acuñado en el Derecho alemán. Otros autores afirman que tiene su origen en el Código de Procedimiento Administrativo de Polonia, como González Pérez, según cita Lorenzo de Membiela (2006: 250). Por todas SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 244/2013, FD 7.º, y 5919/2005, FD 8.º, respecto de su evolución y su arraigo en nuestra jurisprudencia.

1315 Véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 7200/1999, FD 4.º.a) que remite a las "sentencias de 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz-Werk) de 16 de mayo de 1979 (asunto Tomadini), de 12 de abril de 1984 (asunto Unifrex), de 26 de abril de 1988 (asunto Haupptzollamt Hamburg-Jonas/P, Krücken)", y, especialmente "la doctrina recogida en sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1995", además de que "forma parte del acervo que integra el Derecho comunitario europeo, en el que los principios generales ocupan un lugar especialmente destacado".

y relaciones, *ex* artículo 3.e) de la LRJSP, siendo reconocido expresamente en algunas Comunidades Autónomas en su norma institucional básica [1316], en contraposición con la Constitución[1317]. Este principio supone un límite, de fondo y de forma, de la actuación de la Administración[1318], evitando una alteración arbitraria de la misma[1319], en virtud de la confianza ciudadana, puesto que se genera una expectativa manifestada mediante indicios racionales objetivos, a través de signos o hechos externos suficientemente concluyentes, sin que suponga una petrificación o congelación del ordenamiento jurídico, pero sí la certeza de la "previsibilidad del cambio" normativo (y no la certeza del marco normativo propio del principio de seguridad jurídica[1320]). Este principio tiene especial incidencia en el Derecho económico, ya que el libre mercado demanda un marco jurídico estable en relación con la constante mutación del ordenamiento jurídico[1321], enlazando con el carácter funcional del Derecho, al garantizar "que la actuación administrativa sea ejercicio real de servicio objetivo al interés general" y una "manifestación del valor superior de la seguridad y de la racionalidad o, en sentido negativo, de la prohibición de la arbitrariedad y de la proscripción de la incerteza, de la imprevisibilidad o de la inseguridad jurídica"[1322]. Desde esta perspectiva, es claro que el principio de confianza legítima supone la realización del principio de buena administración[1323], sin perjuicio de su conexión con

---

Véase, respecto a "daños derivados de la pertenencia a la Unión Europea", Consejo de Estado (1995), *Memoria del Consejo de Estado 1994*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 177 – 179).

1316 Por ejemplo, Andalucía en el artículo 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, desarrollado por el artículo 3.h) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

1317 García de Enterría (2002: 175) concluye que en España no tiene relevancia constitucional, a diferencia de Alemania, donde se deduce, al igual que el de seguridad jurídica, del principio de Estado de Derecho, artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, según I. Sanz Rubiales (2001), «Confianza legítima y poder legislativo», *Revista de Derecho*, 2, págs. 93-123 (pág. 92).

1318 Sanz Rubiales (2001: 92).

1319 Véase STS, Sala 3.ª, ROJ n.º. 3424/2016, FD 6.º.a), en cuya virtud es susceptible de control por la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a la utilización "injustificada y abusiva" de las "potestades normativas, adoptando medidas desvinculada de la persecución de fines de interés general, que se revelen inadecuadas para cumplir su objetivo y que sorprendan las expectativas legítimas de los destinatarios de la norma".

1320 Deben ser lo "suficientemente concluyentes" como "para que induzcan racionalmente" al administrado a confiar, así la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 13239/1990, FD 1.º estableció que deben estar revestidas de "«apariencia de legalidad» de una actuación administrativa concreta", por la que se realizan "determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas (sic) consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración", abriendo la posibilidad de apreciar responsabilidad patrimonial, como establece la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4258/2010. Dicha apariencia, que va más allá de la mera expectativa de la invariabilidad de las circunstancias (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4222/2003 FD 20.º), puede estar movida por varias circunstancias: no ha existido un "conocimiento anticipado"; no se han establecido "medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta" y sean "proporcionadas al interés público" en cuestión; o, no se hayan previsto "las debidas medidas correctoras o compensatorias" referidas a "las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento". Como ejemplo de previsibilidad del cambio puede citarse la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7200/1999, FF DD 3.º y 4.º respecto de la aprobación del Real Decreto 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de las especialidades farmacéuticas de uso humano (*BOE* núm. 34, de 8 de febrero de 1997), ya que, según el Tribunal, "la norma cuestionada se enmarca en una larga tradición de régimen de precio autorizado y márgenes de dispensación controlados para los medicamentos".

1321 Así lo establecen Sanz Rubiales (2001: 94) y Lorenzo de Membiela (2006: 261).

1322 J. Rodríguez-Arana Muñoz (2013 b), «El principio general de confianza legítima», *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho*, 4, págs. 59-70.

1323 B. Tomás Mallén (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (págs. 205 y 256).

las exigencias de la buena regulación[1324].

De otra parte, la predecibilidad se identifica como sinónimo de previsibilidad o, según la jurisprudencia, como "Derecho previsible"[1325], esto es, aquello que no se halle expuesto a cambios tan frecuentes e inesperados que impidan adecuar razonablemente las conductas de sus destinatarios a las sucesivas previsiones normativas. Siguiendo la clasificación realizada por Lifanta Vidal[1326], solamente parece referirse a su dimensión temporal, no a la objetiva ni la subjetiva. Así, entre los distintos instrumentos que coadyuvan al carácter previsible de la norma, podemos encontrar la planificación normativa, la entrada en vigor (incluyendo las llamadas fechas comunes), e, incluso, las garantías de publicidad, transparencia y participación ciudadana, así como un adecuado procedimiento de elaboración de normas y los procesos de evaluación de impacto normativo.

Por otro lado, la expresión de un marco normativo "integrado" se refiere a un ordenamiento jurídico unitario que, atendiendo al concepto de unidad de Bobbio[1327], debe incluir las fuentes de Derecho y la inexistencia de incompatibilidades, por lo que deberán resolverse las antinomias y las lagunas, teniendo en cuenta la conexión existente entre ordenamientos jurídicos (supranacionales e infraestatales). Así, habría que articular mecanismos de colaboración frente a problemas como la proliferación normativa[1328] y la inadecuada ubicación o compartimentación de las normas jurídicas[1329]. Se trata de una exigencia de racionalidad jurídico-formal o sistemática[1330], dado que la norma debe ponerse en relación con el conjunto normativo preexistente, situándose en

1324 T. Font i Llovent (2009), «Los órganos consultivos y la calidad normativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 133-150 (págs. 141 y 142), que incardina el principio de confianza legítima dentro de la calidad normativa.

1325 Se trata, según el Tribunal Constitucional, de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica (SSTC n.º 37/2012, FJ 8 y 273/2000, FJ 9) que "ha de permitir al administrado una razonable previsión respecto de la conducta a observar y de los efectos que de ella se sigan" según el Consejo de Estado (2012: 252).

1326 Lifante Vidal (2013).

1327 Bobbio (1991: 166 y siguientes).

1328 La proliferación de normas debe integrarse "adecuadamente" generando una "auténtica consolidación legal", como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado (2011: 136 y 137), lo que supone una "fácil y segura búsqueda, identificación, localización y aplicación del régimen legal", ya que si no fuese así, según este órgano (2003: 70 y 71), supondría un "factor de inseguridad" generando "dificultad de conocer en un momento dado cuál es la norma vigente para un caso" y "el riesgo de que, una vez conocida, ésta no llegue a ser una guía u orientación segura" .

1329 Como afirma el Consejo de Estado (2000: 88) "un sitio para cada norma y cada norma en su sitio", pronunciándose sobre la importancia de la sede material de las normas reiteradamente. El Consejo de Estado (1993: 121) ha identificado, así, tres factores de riesgo de la seguridad jurídica: la falta de certeza de la normativa vigente, su difícil localización y su falta de entendimiento, afirmando que "para un experto profesional del Derecho es difícil señalar con certeza cuáles son las normas vigentes sobre determinada materia administrativa en un momento dado", lo que agrava, en mi opinión, la situación de la gran mayoría de la ciudadanía respecto del derecho aplicable. Por otro lado, García de Enterría (1999 a: 81-83) señala el carácter utópico de la sistematización normativa, al ser una labor compleja o imposible, ya que se "dispersa, pues, sin razón apreciable para el lector ordinario, una misma regulación o una misma Ley, que resulta pulverizada en lugares diversos cuya localización es una especie de juego cabalístico".

1330 Siguiendo a Atienza Rodríguez (1997: 28 y ss).

las *sedes materiae* que le corresponde en virtud de criterios lógicos y sistemáticos (o, en términos más rotundos, en el contexto donde debe desplegar la mayoría de sus efectos)[1331]. Sin embargo, este planteamiento se ve amenazado en los supuestos de leyes de contenido heterogéneo como las leyes de presupuesto[1332], las leyes de medidas o acompañamiento[1333] (ambas de especial relevancia por su controvertida y constante aplicación en el Derecho español[1334]) y las denominadas leyes ómnibus o escoba[1335], consideradas como aquellas en las que se aprovecha la aprobación de una norma para llevar a cabo la modificación de otra u otras precedentes. Este fenómeno no es exclusivo del Estado, sino que se ha extendido a las Comunidades Autónomas[1336], siendo una de

1331 Véase I. M. Giménez Sánchez (2008), «Las leyes de acompañamiento y el problema de las "leyes ómnibus"», *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, págs. 525-565.

1332 Son las únicas normas legales declaradas inconstitucionales cuando su regulación ha ido más allá de los límites del artículo 134 CE. La STC n.º 67/1990, FJ 3 establece, respecto de su apartado 2, el "núcleo de la Ley de Presupuestos un contenido mínimo, necesario e indisponible que ha de estar constituido por los Presupuestos en sentido estricto, esto es la previsión de ingresos y la autorización de gastos", pero este "no es exclusivo y excluyente, pues no impide que (...) establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria", salvo "lo dispuesto en el apartado 7.º", siempre "que guarden directa relación con los estados de autorización de gastos y de previsión de ingresos o con la orientación de la política económica en que se sustentan". Así, establece la STC 76/1992 en su FJ 4 la vulneración del principio de seguridad jurídica con el desbordamiento de su contenido mínimo señalado por la Ley de Presupuestos. También, lo afirma el Consejo de Estado (1987), *Memoria del Consejo de Estado 1986*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 51-69) y en su dictamen n.º 859/1992.

1333 Las leyes de medidas o acompañamiento son instrumentos legales anuales de tramitación paralela a las leyes de presupuesto. Se trata de un fenómeno que se inició con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, hasta la Ley 62/2003 en el Estado (aunque ha tenido una continuidad en determinadas Comunidades Autónomas que no han establecido procedimientos reducidos de elaboración de normas o no tenían competencia para aprobar Decretos-leyes en virtud de sus Estatutos de Autonomía, como era el caso de Andalucía antes de la última reforma estatutaria), afectando a distintos ámbitos de la realidad susceptibles de regulación sin demora, sobre la base de una justificación estereotipada y recurrente de "una mejor y más eficaz ejecución del programa económico del Gobierno en los distintos ámbitos en que aquél desenvuelve su acción" (dictamen del Consejo de Estado n.º 3065/2003). Véase, por todas, las SSTC n.º 136/2011 (FJ 3), 176/2011, 209/2012 y 120/2014, que indican que afecta al principio de seguridad jurídica, pero no es susceptible de inconstitucionalidad. Posición contraria es el voto particular del magistrado Manuel Aragón Reyes a la STC n.º 136/2011, donde resalta su importancia negativa, no solo por el calendario de tramitación que coincidía con las leyes de presupuestos (siendo una puerta de atrás para introducir contenidos que se llevaban a cabo antes en estas), sino por su "efecto descodificador", lo cual "origina una evidente incertidumbre sobre la normativa vigente, lo que representa un riesgo (...) para la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 CE", aunque sitúa la inconstitucionalidad en la "vulneración del principio democrático (art. 1.1 CE), como manifestación de la soberanía popular (arts. 1.2 y 66.1 CE y STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3)" y que tiene "su proyección sobre el procedimiento legislativo (arts. 66.2, 89.2 y 90 CE, en particular)", ya que "desnaturaliza la función legislativa de las Cortes, así como la concepción constitucional de la ley (ínsita en los arts. 1.1 y 2 y 66.1 y 2 CE) como expresión de la voluntad popular", sin perjuicio de "resaltar que la calidad de las leyes debiera constituir un objetivo primordial del legislador y más todavía del legislador democrático".

1334 Véase P. García-Escudero Márquez (2013), «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la elaboración de las leyes?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, págs. 199-236 (pág. 214), respecto de la idea de que en el Derecho comparado internacional se da la obligación de que las leyes tengan un contenido homogéneo.

1335 Ejemplo paradigmático es la LES, al entrar en contradicción respecto a sus propios postulados de calidad normativa, y, especialmente, en relación con la seguridad jurídica y la creación de un entorno de certidumbre jurídica. Esto fue señalado en los trabajos preparatorios de dicha norma en el Parlamento, concretamente a través de las enmiendas del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) sobre el título I, al afirmar que ¨incumple el contenido del propio artículo 4 del Proyecto de ley (…)", concluyendo que la "promulgación de una ley de estas características dificulta, sin duda, su conocimiento real por los ciudadanos, lo cual no contribuye a fortalecer el principio seguridad jurídica".

1336 Véase Consejo de Estado (2000: 84), que afirma que se ha producido un "contagio expansivo y quizá inevitable", ya que "el fenómeno referido al Estado se ve hoy multiplicado por su mimética reproducción en las Comunidades Autónomas", como puede ser el caso, por ejemplo, de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (Comunidad Valenciana) (*DOGV* núm. 8202, de 30 de diciembre 2017), que consta de 53 artículos plagados de modificaciones legislativas, que se agrava, posteriormente, con la Ley 17/2018, de 11 de julio, de la Generalitat, de modificación de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre (*DOGV* núm.

las causas de dispersión normativa en el ordenamiento jurídico español.

A lo anterior, hay que añadir la existencia de materias y competencias de carácter transversal, existiendo dificultad en identificar las normas aplicables, agravada en un Estado complejo como el español, de forma que pueden afectarse distintas normas, unisectorial o multisectoriales, como, ocurre en la transposición de directivas. Se precisa, así, un esfuerzo en la tramitación de cada norma, porque en el procedimiento de elaboración de normas y el de evaluación de impacto normativo *ex ante* y *ex post* debe relacionarse el contexto de la norma en el que se incluye, lo cual es especialmente complejo en procesos con múltiples integraciones[1337].

Otro elemento de dificultad para el principio que nos ocupa es el de las normas intrusas, que son aquellas que modifican a otras normas con las que no guardan relación material, lo cual debe producirse con la adecuada justificación[1338].

Por otro lado, hay que tener en cuenta que existe una vertiente negativa de la necesaria integración de las normas que es la derogación, ya que exige la utilización de las derogaciones expresas y las tablas de vigencias, afectaciones y derogaciones en el procedimiento de elaboración de normas [1339].

8338, de 13 de julio de 2018).

1337 El Consejo de Estado (1993: 163) asevera que la labor de "transposición íntegra de la directiva es, a veces, imposible", cuando, por ejemplo, introduce "modificaciones parciales en varias normas vigentes" o "cuando la directiva se limita (...) a señalar sus objetivos sin descender a detalles".

1338 La STS, Sala 3.ª ROJ n.º 411/2003, FD 8.º establece que, aun siendo necesaria la modificación, debe tenerse en cuenta el principio de seguridad jurídica en la "garantía de la consistencia del ordenamiento producto del estudio y ajuste sistemático de la modificación y de la debida transparencia de su conocimiento", que tiene su plasmación en el procedimiento, a través "técnicas normativas adecuadas". A resaltar es la diferenciación entre contenido unívoco, heterogéneo y preceptos intrusos que realiza P. García-Escudero Márquez (2018), «40 años de Técnica Legislativa», *Revista de las Cortes Generales*, 104, págs. 179-213 (pág. 208). Un ejemplo especial, referido a una misma materia como podría ser la potestad autoorganizativa, es la utilización de parte de la modificación de los estatutos de un ente instrumental como la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para modificar la regulación de una sociedad mercantil, como Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A., para el ejercicio de funciones de control administrativo (STSJ AND, Sala C-A, ROJ n.º 1102/2016, FD 4.º). En el Derecho comparado, por ejemplo, encontramos en Francia los "jinetes legislativos" (*cavaliers législatifs*), mencionado por el Consejo de Estado (1993: 122 -124), "*cavaliers*" o sea "a caballo de" otra y por M. A. Arróniz Morera de la Vall (2006), «Nota sobre la doctrina del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya en materia de técnica legislativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 209-214 (pág. 213). Al respecto, de esto último, véase Sentencia del Consejo Constitucional n.º 2006-534 de 16 de marzo de 2006 (*Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006*), donde establece como doctrina la prohibición de una enmienda de una tramitación de un proyecto de ley en sede parlamentaria, que no tenga vinculación (*lien*), pudiendo ser esta indirecta, con el texto. Esto es plasmado en la Constitución de la V República en su artículo 45.1. Un ejemplo reciente de esto en España lo encontramos en la enmienda presentada por el grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, la número 603, al proyecto de Ley de modificación de la Ley Concursal, en cuyo apartado cuarto al sostener la modificación del apartado 6 del artículo 31 de la ley por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, donde se dispone: "Si el nombramiento de Fiscal General recayese sobre un miembro de la Carrera Fiscal quedará en situación de servicios especiales y adquirirá la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo una vez se produzca su cese".

1339 El Conseil d'État (2016: 71) afirma la obligación de derogar la normativa ilegal, lo cual contribuye a la seguridad de la normativa aplicable (téngase en cuenta, también, lo ya mencionado para Italia en el Capítulo II referido a las *taglia-leggi*). En España, véase las normas exclusivas de derogación como, por ejemplo, en Cataluña el Decreto 334/2011, de

Por último, la referencia a un marco normativo "claro" se ha puesto en relación con los criterios lingüísticos y la técnica normativa, como manifestación formal no exenta de importancia, como ha señalado el Consejo de Estado al afirmar que "unas veces por su utilidad y otras porque en Derecho -que sólo cobra vida a través del lenguaje- la forma es lo que da el ser a las cosas, y una defectuosa formulación repercute inevitablemente en el contenido". En el ámbito de la Administración General del Estado, en sus Directrices de Técnica Normativa, se resalta la importancia que posee la técnica normativa para la seguridad jurídica[1340], "mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental [1341] con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones", ayudando a utilizar un lenguaje correcto para su mejor comprensión ciudadana. Se ha destacado por el Tribunal Constitucional la importancia de la corrección de la norma[1342], si bien el principio de seguridad jurídica no siempre está en riesgo en supuestos de omisiones o deficiencias técnicas sin más de una norma, ya que no constituyen "tachas de inconstitucionalidad" (STC n.º 150/1990), especialmente cuando se trata de una "norma claramente formulada y formalmente publicada", que no merece el calificativo de incierta (STC n.º 129/1987, FJ 5), dejando claro que no le corresponde enjuiciar la calidad técnica de las normas, ni la perfección técnica de las Leyes al afirmar que "el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa" [SSTC n.º 109/1987, FJ 3, c) y 341/1993, FJ 2]; no obstante, el Tribunal advierte de los riesgos existentes a la hora de legislar en relación a "ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución" (STC n.º 341/2005, FJ 9), lo que adquiere "especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma" en la *lex repetita*[1343] y la falta de cita de los títulos competenciales o de la

10 de mayo, por el que se derogan varias disposiciones reglamentarias referidas a materias que son competencia del Departamento de Economía y Conocimiento (*DOGC* núm. 5877, de 12 de mayo de 2011).

1340 Consejo de Estado (1994), *Memoria del Consejo de Estado 1993*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 186).

1341 Una inadecuada técnica legislativa puede ser debida, entre otros factores, a la improvisación y a la falta de capacidad, lo cual refuerza la oscuridad y dificultad de las normas Son ejemplos de esta actividad perniciosa, según el Consejo de Estado (1981), *Memoria del Consejo de Estado 1980*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 48) y (2000: 71), los siguientes: menoscabo de la gramática y de la sintaxis, preceptos largos y con demasiados incisos poco claros, introducción de demasiadas excepciones a la regla general y de las excepciones a las excepciones, múltiples remisiones [no solo internas, sino, también, externas a la propia norma, especialmente de las normas modificativas véase el Consejo de Estado (2003: 71) sobre su dificultad de comprensión al ser "carentes por sí solos de sentido"] y falta de concordancia de la terminología entre el reglamento de ejecución y la ley, evitando, también, términos gramaticales que induzcan a la confusión normativa.

1342 Sostiene la STC n.º 150/1990, FJ 8 que "no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas". Véase en dicho sentido a Marcos Fernández (2009: 338) que afirma que la "corrección formal de las normas jurídicas, que la técnica normativa persigue, constituye una exigencia ineludible del principio de seguridad jurídica".

1343 En este sentido, cabe recordar lo declarado en la STC n.º 10/1982, FJ 8 y establecido en las SSTC n.º 62/1991, FJ 4, apartado b) y 147/1993, FJ 4 al afirmar que la "simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma", pudiendo llevar a la "confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde

determinación del carácter básico u orgánico de una norma[1344].

Otro elemento que afecta a la claridad es la aprobación del procedimiento de elaboración de normas, en el sentido de omitir la evacuación de trámites o prever el cumplimiento de forma ritual o reduciendo los plazos o ampliándolos[1345].

De otra parte, la certeza también puede estar en riesgo ante la falta del ejercicio en plazo de una potestad normativa (ampliamente tratado por la doctrina la omisión de los reglamentos ejecutivos que no se dictan en el plazo establecido en las leyes) y la no adopción de medidas de implementación de las normas, ya que el Derecho, según Fernández Galiano y Castro Cid[1346], busca "la eliminación de la inseguridad y de la incertidumbre en el ámbito de las relaciones sociales y sienten (los destinatarios) la urgencia de saber a qué atenerse"[1347]. En ambos casos, no solo se encuentra comprometido el principio de seguridad jurídica, e incluso el de legalidad, sino el principio de eficacia.

Por otro lado, el objeto del principio examinado, frente a la regulación de la LES, no es la "actuación y toma de decisiones de las personas y empresas", sino que trasciende lo económico para proyectarse sobre todos los ámbitos de la realidad. En este sentido, el poder público debe considerarse destinatario de las normas no solo en una vía interpretativa y ejecutiva, sino también en la fase previa de su conformación; sin embargo, el precepto considerado se centra en la racionalidad externa, excluyendo cualquier consideración relativa a la racionalidad interna de la decisión pública. Así, en mi opinión, el objetivo no es preservar un estado de cosas cualquiera atribuido por la legalidad vigente, sino aquel que sea adecuado al interés general, haya sido razonado, interiorizado y legitimado en virtud de unos valores éticos imperantes (incluidos aquellos que son universalmente reconocidos), relacionando el principio de seguridad jurídica con

---

su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía" (STC n.º 341/2005, FJ 9), con la excepción, según el Tribunal Constitucional, de los supuestos "en que la reiteración simplemente consista en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo" (STC n.º 47/2004, FJ 8), para lo cual sería adecuado una identificación concreta de los preceptos reproducidos según el Consejo Consultivo de Andalucía (dictamen n.º 591/2006). Véase, últimamente, en dichos términos STC n.º 51/2019, FJ 6.

1344 Se trata del supuesto en el que en una norma se articulan competencias estatales y autonómicas, en el sentido de que han de concretarse los preceptos básicos, para reducir la indeterminación formal, hasta que sea compatible con la seguridad jurídica (SSTC n.º 69/1988, FJ 6 y 80/1988, FJ 5), o, al menos, la norma debe dotarse de una estructura compatibles para inferir su carácter básico sin especial dificultad. Sería, también, conveniente la determinación expresa del rango de ley orgánica de los preceptos que atiendan a su ámbito material, véase, al respecto, la STC n.º 5/1981, FJ 21.

1345 Así lo establece el Consejo de Estado (2003: 76), al señalar que es necesario para "conseguir un ordenamiento jurídico más claro y con más amplia y puntual observancia".

1346 A. Fernández Galiano y B. Castro Cid (1993), *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid: Universitas (pág. 152).

1347 Véase Calvo Charro (1995: 259).

la concepción existente de la racionalidad legislativa[1348], considerando a la ciudadanía destinataria de las normas[1349] y atendiendo a un proceso volitivo de la concepción de las normas con un carácter ordenado en el tiempo. Para Atienza Rodríguez[1350] se trata de un proceso en el cual interactúan distintos componentes con un determinado tipo de racionalidad legislativa en virtud de su función lingüística, jurídico-formal o sistemática, pragmática, teleológica y ética o axiológica[1351]. Cada una de las racionalidades legislativas debe contener los elementos propios del principio de seguridad jurídica (así como aquellos que los distorsionan, puesto que están interrelacionados[1352]), presentes en todos los ordenamientos jurídicos[1353].

El artículo 129.4 de la LPAC es más profuso que el establecido, a estos efectos, por la LES, ya que añade tres párrafos más. Así, en el segundo párrafo se dispone que cuando "en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos" a los establecidos en la LPAC, deben estar "justificados" atendiendo a la "singularidad de la materia" y a los "fines perseguidos por la propuesta" normativa. Quizás, la dificultad de la previsión se encuentra en la necesidad de concretar el significado de "procedimiento administrativo", puesto que el mismo puede referirse a actos administrativos o normas, ya sean procedimientos especiales o singulares, aunque, como expusimos en el Capítulo III, el Tribunal Constitucional entiende que se refiere a actos.

1348 A estos efectos, Marcilla Córdoba (2005 b: 278-286) distingue, con fundamento en otros autores (como Atienza, Amado y Casilmiglia, por ejemplo) entre racionalidad legislativa minimalista y maximalista, entendiendo que la primera es aquella que responde a un carácter instrumental, ya que el Derecho responde a otra racionalidad de la política y moral, y la segunda incorpora el carácter ético a la racionalidad legislativa.

1349 En consecuencia, es necesario seguir realizando actuaciones para la perfección del gobierno de las leyes para la ciudadanía.

1350 Atienza Rodríguez (1997: 24).

1351 El procedimiento de elaboración de normas y la evaluación de impacto normativo son elementos trascendentales para dotar de racionalidad y argumentos necesarios a la ciudadanía destinataria de la norma, a fin de que comprenda, razone y entienda las actuaciones o comportamientos de una mejor manera [como opuesto a lo anterior, véase lo que denomina García Amado (2000: 303-305) como racionalidad de carácter "inmanente" o "decisionismo extremo"]. Todo esto otorga legitimidad al poder público, originando la denominada por Atienza Rodríguez (1997: 39) "racionalidad axiológica", y acercándose al componente ético como establece Marcilla Córdoba (2005 b: 283), ya que la ciencia de la legislación no está alejada de la ética ni de la política, aunque respondan a lógicas diferenciadas; sin embargo convergen, ya que se les debe aplicar el Derecho y el ordenamiento jurídico (de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1 CE), poniendo freno, según J. Rodríguez-Arana Muñoz (2008), «Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia administrativa española», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 70, págs. 37-63 (pág. 58) a una situación constante y frecuente en que "la racionalidad política domina la racionalidad jurídica y normativa y que tantas veces el Derecho es reducido (…) a mera forma, a seguimiento de unos cauces procedimentales y poco más".

1352 Sobre los elementos obstativos en la producción normativa, véase J. Bermejo Vera (2010), «El principio de seguridad jurídica», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (págs. 73-109), Madrid: La Ley.

1353 Tan es así, que el Consejo de Estado francés señaló, al respecto, en el Informe de 1991 denominado de la seguridad jurídica (*Rapport de 1991, De la sécurité juridique*), su preocupación por la inseguridad jurídica, advirtiendo contra la proliferación de textos normativos, que, además, eran demasiado grandes y muy propensos a cambios frecuentes, incluso con carácter retroactivo. También, se refirió a la degradación de la norma (*dégradation de la norme*), criticando el bajo carácter normativo de determinadas disposiciones y el uso, con frecuencia, de caballos legislativos que carecen de unidad, lamentando que los redactores no tengan mejor formación jurídica y más tiempo para examinar los textos.

Los párrafos 3.º y 4.º del artículo 129.4 de la LPAC se refieren a distintas habilitaciones para el desarrollo normativo de las leyes. Así, el párrafo 3.º establece que las "habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo"[1354], en línea con una cierta tradición de nuestro ordenamiento jurídico de que los reglamentos sean aprobados, generalmente, por el órgano ejecutivo superior colegiado en aquellos entes territoriales que posean capacidad normativa, respondiendo al "esquemas de fuentes diseñado en la Constitución"[1355]. En consecuencia, la "atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos" [1356] tendrá un "carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante". Así, el precepto intenta evitar la denominada habilitación *per saltum*, permitida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase STC n.º 185/1995), como recuerda el Consejo de Estado[1357]. Ante esto, el precepto asume el posicionamiento de la doctrina y jurisprudencia de que los titulares de los departamentos ministeriales (o consejerías en el ámbito autonómico) tengan potestad reglamentaria "pero ceñida, en principio, a cuestiones domésticas", pudiendo "regular situaciones jurídicas generales de terceros ajenos a la Administración" a través de "una habilitación legal expresa[1358], aunque su ejercicio debe justificarse, en tal caso, en cuestiones de interés público

1354 Precepto centrado en el órgano para ejercer dicha habilitación, pero no su factor temporal, lo cual, tradicionalmente, ha sido objeto de tratamiento específico, por la jurisprudencia (por ejemplo, la inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria en virtud de habilitación y determinación del plazo por ley, véase las SSTS Sala 3.ª, ROJ n.º 1519/2018 y 894/2019).

1355 El Consejo de Estado (2006), *Memoria del Consejo de Estado 2005*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 106), con cita en el dictamen n.º 184/2006, afirma que la "*potestad reglamentaria corresponde al Gobierno según previene el artículo 97 del texto constitucional y el modo formal de expresión ordinario de dicha potestad es el real decreto acordado en Consejo de Ministros*", teniendo los Ministros una actuación ceñida "*al ámbito interno de la Administración a la regulación de las relaciones de sujeción o amparadas en un título habilitante específico y, solo si existe expresa habilitación normativa, a la relación general de supremacía*".

1356 Sobre el precepto, la STC n.º 55/2018, FJ 5 determina la inconstitucionalidad parcial de los incisos "o Consejo de Gobierno respectivo" y "o de las consejerías del Gobierno" referidos a las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación, únicamente, al ámbito estatal, ya que "el legislador estatal ordinario carece de competencia para distribuir poderes normativos entre las instituciones autonómicas, en general, y para asignar, quitar, limitar o repartir la potestad reglamentaria en las Comunidades Autónomas, en particular", debido a que es una cuestión propia de los Estatutos de Autonomía, según el artículo 147.2 CE.

1357 Afirma el Consejo de Estado (2017), *Memoria del Consejo de Estado 2016*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 95), con cita en la STC n.º 185/1995, que esta posibilidad se fundamenta en la "atribución genérica de la potestad reglamentaria" que "convierte al Gobierno en titular originario de la misma", aunque "no prohíbe que una ley pueda otorgar a los Ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado o les habilite para dictar disposiciones reglamentarias concretas, acotando y ordenando su ejercicio".

1358 Esta interpretación, acorde con la normativa estatal [artículo 4.1.b) y d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre], determina el ámbito material de la potestad reglamentaria de los Ministros, respectivamente, para las "materias propias de su Departamento" y las atribuidas por las "leyes, las normas de organización y funcionamiento y cualesquiera otras disposiciones" (en términos parecidos se encuentra la normativa Andalucía en el artículo 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que respecto a las personas titulares de las Consejerías se dispone que ostentan "potestad reglamentaria en lo relativo a la organización y materias internas de las mismas. Fuera de estos supuestos, sólo podrán dictar reglamentos cuando sean específicamente habilitadas para ello por una ley o por un reglamento del Consejo de Gobierno"). Así lo entiende el Consejo de Estado que, en su dictamen 841/2005, señala la posibilidad que la Ley pueda "remitir a una Orden ministerial la regulación de ciertos aspectos de su desarrollo, fundamentalmente de carácter organizativo y procedimental", pero indicando que pueden dictar normas que "pueden

y no con una fundamentación estereotipada. Estos son los denominados en el Derecho alemán como reglamentos administrativos, según García de Enterría y Fernández Rodríguez[1359]. Por otro lado, los denominados en el Derecho alemán "Reglamentos jurídicos", son aquellas "normas reglamentarias externas, que afectan como normae agendi a todos los ciudadanos", ya que implican "una supremacía general sobre el pueblo que es propia del Gobierno como órgano político", y no es susceptible de valoración aisladamente a cada Ministerio[1360], conectando con la exigencia ordinaria de desarrollo reglamentario de la ley contenida en el artículo 129.4, párrafo 3.º.

El tenor del párrafo 3.º responde, así, a la idea de impedir la "degradación normativa" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 188/2005, FD 4.º) en virtud de la "claramente anómala y por ello cuantitativamente poco usual" evitación de trámites del procedimiento de elaboración de normas, como es el dictamen del Consejo de Estado[1361], de forma que no debe identificarse el reglamento ejecutivo a través de Orden Ministerial con el reglamento independiente, ya que "produce efectos ad extra de la esfera administrativa"[1362], que tiene como excepción la habilitación que trae causa de un contenido complejo y específico[1363]. Con todo, en mi opinión, es difícil entender que no se pueda conseguir una decisión acertada en un procedimiento de elaboración de normas que termine con una decisión del Gobierno, tramitada y elaborada por el Ministerio o Consejería competente por razón de la materia, puesto que ello salvaría estos inconvenientes, además de que la búsqueda de celeridad puede atenderse, en el caso de la Administración General del Estado, con la posibilidad del procedimiento abreviado. No obstante, esta habilitación puntual es un elemento que alienta la dispersión normativa en normas que, como hemos indicado, afectan al conjunto de la ciudadanía. Cuestión distinta sería que el legislador tenga una propensión a intentar abarcar cuestiones que son propias de la regulación reglamentaria y haya "usurpado" el papel del

afectar a terceros", cuyo "contenido sustancial" y "sus efectos" se encuentran "determinados en las normas superiores respectivas, ya sean Leyes, ya sean Reales Decretos. (…), se trata de órdenes ministeriales de ejecución a las que, como tales, no corresponde crear derecho material nuevo". Véase, también, Consejo de Estado (2016: 240), con cita de su dictamen n.º 782/2014. La remisión del contenido de dicha habilitación en términos no reconocibles supone una degradación normativa. En virtud de lo anterior, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7079/2011, FD 3.º (con cita en la STS de dicha Sala, ROJ n.º 6822/1996, FD 1.º, que establece jurisprudencia reiterada) permite que un Reglamento del Consejo de Ministros defiera al Ministerio correspondiente "*puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias*", pero no de forma "incondicionada".

1359 García de Enterría y Fernández Rodríguez (2013: 217, 238 y 239).

1360 Véase *Ibíd*., pág. 217 y el Consejo de Estado en su dictamen 841/2005.

1361 Afirma el Consejo de Estado (2017: 91) que existe una insistencia "en algunos Departamentos (...) que, incluso cuando se desarrolla una ley y, por su contenido, indudablemente son reglamentos ejecutivos, las órdenes ministeriales, no lo son a efectos del dictamen preceptivo por (...) ese rango".

1362 Consejo de Estado (2017: 92, 97 y 98). Define la STC n.º 18/1982, FJ 4 como reglamentos ejecutivos aquellos que se encuentran "directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de Leyes", por lo cual "dicha Ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el Reglamento". Sobre esta cuestión, véase, también, el Capítulo III.

1363 Véase, al respecto, el dictamen del Consejo de Estado n.º 207/2017.

reglamento gubernativo[1364], porque en ese caso resulta casi una tendencia natural el habilitar directamente a la potestad ministerial.

Otro fenómeno distinto a la habilitación *per saltum* es la habilitación amplia reglamentaria del Gobierno respecto de una materia dejando la concreción o completitud de la norma a una Orden, lo que podría evitar "el control de legalidad y oportunidad que imponen" la ley, al exigir la aprobación de un reglamento ejecutivo. Ello exige combatir esta suerte de inactividad reglamentaria gubernativa, ya que podría ser contraria al mandato legal[1365].

Por último, el artículo 129.4, párrafo 4.º de la LPAC se refiere a las habilitaciones directas por las leyes de la potestad reglamentaria en favor de las autoridades independientes u otros organismos que tengan la "potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija". Ante esto, Martínez López-Muñiz[1366] destaca la indeterminación del texto, especialmente en cuanto al tipo de organismo que recibe las habilitaciones y a la esfera su aplicación. El primero de los entes mencionados con potestad reglamentaria son las autoridades independientes, en tanto que órganos creados para regular un determinado sector con independencia y especialización por su mayor conocimiento del mismo[1367]. Su potestad reglamentaria es una "competencia de atribución, específicamente otorgada en el marco de las funciones de las correspondientes entidades"[1368], regulándose específicamente en su normativa el procedimiento de elaboración de estas normas[1369] (de acuerdo con el artículo 110.1

1364 En este sentido, el Consejo de Estado (2003: 71) ha reconocido que las "leyes, con frecuencia, adolecen de excesivo 'reglamentismo'".

1365 Véase Consejo de Estado (2017: 102). La jurisprudencia afirma que esta doble habilitación evita el trámite del dictamen del Consejo de Estado, ya que el reglamento ejecutivo lo es de una Ley (por ejemplo, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4939/2016, FD 3.º habilita la excepción de su evacuación, con fundamento en la STS de dicha Sala ROJ n.º 4792/2015, FD 2.º, en este caso en virtud del "contexto normativo"). Por todas, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 7079/2011, FD 3.º realiza un resumen de la posición jurisprudencial en la diferenciación "entre los respectivos ámbitos funcionales del Consejo de Ministros (...) y los Ministros", lo cual "no es caprichosa ni infundada", ya que "el desarrollo 'ejecutivo' de la Ley" es "una labor que requiere de la integración multidisciplinar de las diferentes áreas de la Administración en un enfoque unitario", para lo cual "su aprobación sólo puede hacerse con plenitud de conocimiento y garantías en el Consejo de Ministros, donde convergen las diferentes perspectivas sectoriales en una unidad de análisis y decisión". Lo contrario, en palabras del Consejo de Estado (2017: 105), sería obviar "su propia competencia natural a base de hacer dejación de la misma mediante un abierto reenvío a lo que decida el Ministro".

1366 Martínez López-Muñiz (2016: 328).

1367 Téngase en cuenta el artículo 109.1 de la LRJSP. Entre otros, véase E. García Llovet (1993), «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, 131, págs. 61- 118 (pág. 80); J. Torno Mas (2003), «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya», *Derecho Privado y Constitución*, 17, págs. 479-498 (pág. 483); Parejo Alfonso (1994), «La potestad normativa de las Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno», en A. Pérez Moreno (coord.), *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo Tomo I* (págs. 635-652), Sevilla: Civitas (pág. 636).

1368 Consejo de Estado (2017: 111) con cita en el dictamen n.º 287/2016.

1369 El Consejo de Estado afirma en su dictamen n.º 991/2017, referido al Banco de España, que le es atribuible esta potestad *ex* artículo 3.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (*BOE*, núm. 131, de 2 de junio de 1994), desarrollado por el artículo 8 del Reglamento Interno del Banco de España, aprobado por la Resolución de 28 de marzo de 2000 del propio Banco), siendo de aplicación los previos "informes técnicos y jurídicos que

de la LRJSP para la Administración General del Estado, siempre que sea acorde con su naturaleza independiente, y aplicándose, de forma supletoria, el título VI de la LPAC). En el caso de estas autoridades, debe afianzarse la legalidad procedimental, dado el déficit de legitimidad democrática, aun teniendo en cuenta las singularidades procedimentales de su condición[1370]; no obstante, en mi opinión, deberían establecerse elementos comunes, para asegurar un mismo tratamiento. En este sentido, el Consejo de Estado[1371] considera aplicables los principios de buena regulación a los procedimientos de elaboración de normas de estas autoridades, lo cual supone contar con una guía de referencia y la exigencia de un mínimo de trámites, como la participación ciudadana, debido a la legitimidad de estas entidades en el ejercicio de la potestad reglamentaria y por la escasa participación ciudadana y la sobrerrepresentación del sector a regular lo cual podría afectar al adecuado mantenimiento de la objetividad de sus decisiones[1372].

Frente a esas autoridades, y siguiendo a Torno Mas[1373], están las entidades u organismos que tienen una legitimidad diferenciada fundada en "su posición constitucional (Parlamentos, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder General), por razón de su autonomía constitucionalmente reconocida, (Universidades) y por razón de su estatus constitucional (Colegios profesionales)". En todos estos casos, se trata de habilitaciones a entes que poseen la potestad reglamentaria, por expresa atribución de la regulación aplicable.

El artículo 129.4, párrafo 4.º de la LPAC señala que el objeto de esta habilitación son los reglamentos ejecutivos de las leyes, debiendo establecerse, en su caso, habilitaciones directas referidas a la normativa externa de la propia autoridad administrativa independiente, siempre que la materia lo exija. A lo anterior, debería añadirse el contenido que ha de tener la habilitación, en el sentido de que, en mi opinión, debería ser especifico y concreto[1374].

---

preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que este estime conveniente solicitar", y "deberán ser oídos los sectores interesados", en determinadas normas como son las Circulares.

1370 Torno Mas (2003: 491 y 492).

1371 Consejo de Estado (2020), *Memoria del Consejo de Estado 2019*, Madrid: Consejo de Estado (págs. 217 a 222): aunque no se le aplique el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, debe "incorporar un documento que, con esta u otra denominación, analice el contenido de la disposición, su justificación, las alternativas previstas y los posibles impactos". Pero, además, se le exige "plasmar en el expediente, de forma razonada y razonable, los fines perseguidos, los costes que suponen las medidas proyectadas" y dichas alternativas. Esta obligación es más relevante con estas autoridades debido, especialmente, a su legitimación.

1372 Véase J. Segura (2018), «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas», en J. Segura (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español* (págs. 17-43). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (págs. 21-29).

1373 Torno Mas (2003: 482).

1374 Debería tenderse a establecer la habilitación específica en cada materia concretando el contenido de la misma. Así, lo corrobora reiterada doctrina del Consejo de Estado (por todas, dictamen n.º 287/2016) al afirmar que "dicha habilitación no debe producirse en blanco, sino que ha de fijar al menos las líneas o criterios esenciales en la propia norma de autorización", que "deberán ser respetados por la norma que desarrolle la habilitación".

Finalmente, la consideración del principio de seguridad jurídica como de buena regulación implica que el mismo debe ser tenido en cuenta desde un momento temprano del proceso de elaboración de la norma. Sin embargo, su regulación puede considerarse deficitaria porque no ahonda en la complejidad de la definición y delimitación del principio, como lo demuestran las distintas disfuncionalidades que se producen en los diferentes ámbitos en que el principio se proyecta. Pero, además, la falta de consideración del proceso de evaluación de impacto normativo tiene consecuencias de importancia, especialmente en su tipo retrospectivo, lo que debe resaltarse.

Así, dado que es un metaprincipio, conlleva su aplicación a otros principios adyacentes y su consideración inmanente de calidad normativa. Deben evitarse posiciones maniqueístas entre innovación y estabilidad del ordenamiento, precisándose un equilibrio entre la seguridad jurídica y la estabilidad del marco normativo, en un contexto de evidencias y de necesaria adaptación a la realidad.

4.3.6. *Principio de transparencia*.

A) Introducción.

La transparencia tiene su origen en la necesidad de la ciudadanía de conocer las distintas actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos. El derecho a saber (*right to know*) de las actuaciones públicas se define en el diccionario panhispánico del español jurídico como: "Obligación de las administraciones públicas y otras entidades públicas y privadas, como los partidos políticos o las entidades subvencionadas, de dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes", y "facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en documentos y archivos que aquellas custodian".

La información es el oxígeno de las democracias[1375], alejada de la idea de que la información es propiedad de los órganos públicos[1376]. Además, este derecho no trata sólo de saber, sino de

1375 Así, el Consejo de Estado (2014), *Memorias del Consejo de Estado 2012 y 2013*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 241), ratifica que la "transparencia en la actuación y el funcionamiento de los poderes públicos se ha convertido en uno de los valores decisivos en la búsqueda de cotas más altas de libertad colectiva y de mayor calidad democrática". Afirma N. Bobbio (1986), *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica (pág. 8), que dentro de la definición de la democracia debe estar la "visibilidad o transparencia del poder".

1376 Según Transparencia Internacional el derecho de acceso a la información en manos de las entidades públicas

conocer, en el sentido de que la actuación pública sea comprensible por parte de la ciudadanía, para ejercer de forma adecuada la participación ciudadana[1377], y de ahí la importancia de los medios necesarios para el conocimiento y comprensión de la información relevante, en orden a garantizar la aludida participación, como pieza clave en el acercamiento a las decisiones públicas, generando una identificación con las mismas y legitimando el sistema[1378], puesto que el ciudadano forma parte esencial de la gobernanza regulatoria[1379], permitiendo, en definitiva, que la sociedad sea más democrática, íntegra, responsable y justa.

La transparencia ha existido desde hace más de doscientos años[1380], pero se ha desarrollado especialmente en los últimos treinta años, con un número elevado de países que poseen, de una u otra manera, una cierta regulación del derecho de acceso a la información[1381].

---

representa un arma fundamental para la lucha contra la corrupción. La Convención contra la Corrupción en Nueva York, 31 de octubre de 2003, firmada por España el 16 de septiembre de 2005, refuerza los requisitos para el acceso a la información que es especialmente importante para la prevención y la lucha contra la corrupción.

1377 La STS, Sala Especial de Revisión del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 21 de noviembre de 1990, FD 3.º establece que la transparencia y la participación son aportaciones necesarias para dar una imagen de una "Administración pública auténticamente democrática".

1378 Sostiene J. L. del Hierro (2013), «Legitimidad y legalidad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, págs. 179-186 (pág.185), que la transparencia "es un derivado del principio democrático sobre el que se funda la legitimidad del ejercicio del poder y se corresponde con el reconocimiento del derecho de acceso que los ciudadanos tienen a la información pública". Al respecto, el principio de transparencia hace posible conocer la motivación de las decisiones públicas, véase, por todas, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7505/2006, FD 5.º que sienta doctrina jurisprudencial.

1379 Así, el Banco Mundial resalta la importancia del acceso a la información y la publicidad de las decisiones, al incluir como tres de los seis subcomponentes para determinar los indicadores mundiales de gobernanza regulatoria los siguientes: publicar el texto de las regulaciones antes de su promulgación, informar sobre los resultados de los procesos de consulta pública y distribuir públicamente los resultados de las evaluaciones de impacto regulatorio.

1380 A estos efectos, hay que remontarse a la Ley de Libertad de Prensa de 1766 en Suecia (*tryckfrihets-förordnigen*), como el germen de las leyes de transparencia existentes actualmente. Gran importancia tiene la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se reconoce la libertad de expresión y dentro de ella, como parte de esta, se integra el derecho de acceso a la información. Pero, cuando se da el salto cualitativo en materia de transparencia es con la promulgación en 1966 de la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act*, FOIA) estadounidense, convirtiéndose en una popular herramienta de consulta, que contribuyó a la apertura de la labor del gobierno. Posteriormente, a partir de dicha norma se ha ido generalizando la aprobación de distintas normas de cabecera en materia de derecho de acceso a la información en distintos países y órganos supranacionales: en el ámbito del Consejo de Europa, se puede señalar, por ejemplo, el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 28 de enero de 1981; la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados miembros Nº R (81) sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas; la Recomendación Nº R (2000) 13 (especialmente su artículo 5); la Recomendación Rec (2002) 2 a los Estados miembros sobre el acceso a los documentos oficiales y el Convenio sobre el acceso a los documentos públicos, que el Consejo de Europa aprobó en Tromsø el 18 de junio de 2009, estableciendo unas bases mínimas para los Estados miembros a fin de incluirlo en su legislación. Respecto a la OCDE, adoptó en el año 2008 la Recomendación relativa a un acceso ampliado y una utilización más eficaz de las informaciones del sector público. Y, por último, en el ámbito de la Unión Europea, se ha de indicar: el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, especialmente el considerando 16.º y los artículos 12.2 y 104.

1381 Por ejemplo, Francia, donde el derecho de acceso a la información se encontraba en la Ley n.º 78.753 de 17 de julio de 1978 (*Loi nº 78-753 du 17 juillet 1978*, *JORF* n°166 du 17 et 18 juillet 1978), la cual ha sido derogada casi en su totalidad por varias normas entre ellas la Ordenanza n.º 2015-1341 de 23 de octubre de 2015 relativa a las disposiciones legislativas del código de relaciones entre el público y la Administración (*Ordonnance nº 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration*, *JORF* n° 248 du 25 octobre 2015), concretamente su Libro III. Además, la regulación del acceso a la información de los documentos producidos o recibidos por las asambleas legislativas está regulado por la Ordenanza n.º 58-1100 de 17 de noviembre de 1958 relativa al funcionamiento de las asambleas parlamentarias (*Ordonnance nº 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au*

El principio de transparencia no tiene una plasmación expresa en la Constitución Española[1382] (sí en los Estatutos de Autonomía de segunda generación[1383]), aunque el derecho de acceso a la información sí se reconoce expresamente en el artículo 105.b) de la Constitución[1384], aunque no se considere como un derecho fundamental[1385]. Este precepto fue desarrollado por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, si bien de forma muy general e insuficiente[1386].

Con posterioridad, en determinados ámbitos sectoriales se establecieron distintas obligaciones de publicidad activa, como, por ejemplo, en contratación pública, subvenciones y medio ambiente[1387], de forma que el principio penetró en el ámbito de la calidad normativa con su consideración como principio de buena regulación en el artículo 4.5 de la LES [1388], respondiendo a la tendencia de otros países como fue Reino Unido, Irlanda o lo plasmado por la Unión Europea en su Informe Mandelkern[1389]. Así, dicho principio establecía que "los

fonctionnement des assemblées parlementaires, JORF n°239 du 18 novembre 1958).

1382 Aunque podría inferirse de lo establecido en el artículo 9.3 CE respecto del principio de publicidad de las normas, no es suficiente para la consideración del principio de transparencia como de buena regulación, que no se refiere únicamente a la publicación de la norma una vez aprobada, sino a todo el procedimiento de elaboración, incluso a una fase previa del mismo, así como de otras actuaciones de los poderes públicos. Afirma parte de la doctrina la necesaria incorporación del principio al texto constitucional, como es el caso de J. C. Gavara de Cara (2018), «La corrupción política en la reforma constitucional y la lucha contra la impunidad del poder», en T. Freixes Sanjuán y J. C. Gavara Cara (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Segunda* (págs. 127- 159), Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (págs. 128). Un ejemplo de una aplicación extensiva a toda la actuación pública es el artículo 110 de la Constitución de Países Bajos (*Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden*), donde se establece que: "Los poderes públicos observarán en el cumplimiento de sus tareas el principio de publicidad, conforme a las normas que se establezcan por la ley".

1383 Como es el caso, por ejemplo, de Andalucía, concretamente en el artículo 133.1 de su Estatuto de Autonomía, al determinarse como uno de los principios de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía.

1384 En este se menciona que una ley regulará el "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Este precepto es de aplicación inmediata, con independencia de su mención a una regulación posterior por ley, como ya mencionó el Tribunal Constitucional en su STC n.º 18/1981. En términos parecidos a dicho precepto constitucional está redactado el artículo 134.b) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

1385 Sobre la consideración del acceso a la información como derecho fundamental véase S. Fernández Ramos (2017), «El derecho fundamental de acceso a la información pública», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 13, págs. 188-202.

1386 A partir del cual se plantearon distintas críticas referidas a que se aplicaba a procedimientos administrativos ya fenecidos, su ejercicio estaba muy limitado en la práctica y no era claro el objeto del derecho de acceso, así como su regulación se incardinaba dentro del procedimiento administrativo [a imagen de Italia, artículos 22 a 27 de la Ley de 7 de agosto de 1990, n.º 241, Nueva norma en materia del procedimiento administrativo y del derecho de acceso a los documentos administrativos (*Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, GU n. 192, del 18 agosto 1990*)], donde era necesario que los solicitantes tengan un interés legítimo.

1387 En medio ambiente, véase la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas comunitarias 2003/4/CE y 2003/35/CE) (*BOE*, núm. 171, de 19 de julio de 2006), y que responden a lo establecido en el Convenio de Aarhus. Véase L. Casado Casado (2019), «El acceso a la información ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 53, págs. 90-157.

1388 Así, la OCDE (2011 b: 20) determina dicha necesidad dentro del ámbito de la calidad normativa.

1389 Página 18, donde tiene una especial relevancia la participación como demuestra su definición, donde afirma que la "participación debería satisfacer por sí misma el criterio de transparencia. Debería estar organizada de manera que

objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente", conectado con las exigencias de buena administración[1390] y la configuración de una gobernanza regulatoria[1391].

Esta necesidad por establecer el derecho de acceso a la información con carácter general, no solo ha sido impulsado por el poder gubernativo (auspiciado por la Unión Europea y la OCDE[1392]), sino también por distintas organizaciones civiles[1393]. En el caso español, el proceso ha culminado con el reconocimiento de este derecho con carácter básico en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, desarrollado por las Comunidades Autónomas[1394], consolidándose el acceso a la información como un derecho de vasto ámbito subjetivo y objetivo[1395] y reforzándose las obligaciones de publicidad activa[1396].

---

facilitara un acceso amplio y equitativo a las consultas, cuyos contenidos deberían hacerse públicos". Afirma la OCDE (2010 e), *Better Regulation in Europe. Finland*, París: OCDE Publicaciones (pág. 71), que la "transparencia es uno de los pilares centrales de la regulación eficaz", ya que "apoya la rendición de cuentas, mantiene la confianza en el entorno normativo, y hace la regulación más segura y accesible y menos influenciada por intereses especiales, así como más abierta a la competencia, al comercio y a la investigación".

1390 Así se establece, a modo de ejemplo, en el ámbito autonómico andaluz, concretamente en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, donde se pone de manifiesto la relación existente entre el principio de transparencia con el de buena administración del que forma parte.

1391 En este sentido, el artículo 26.2.a)1.º y b)7.º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, establece la transparencia como principio general de actuación a los miembros del Gobierno de España y a los altos cargos de la Administración General del Estado. El buen gobierno en Europa tiene como documento de relevancia el informe Nolan, emitido por un Comité de Expertos, presidido por el juez Nolan, que se constituyó a finales de 1995 a petición del entonces Primer Ministro Británico Tony Blair con el propósito de proponer unas Normas de Conducta en la Vida Pública. Véase, al respecto, L. Martín-Retortillo Baquer (1997), «Reflexiones de urgencia sobre el "Informe Nolan"», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11, págs. 149-164. En dicho informe se señala que los "cargos públicos deberían obrar en la forma más abierta posible en todas las decisiones" que adoptan "y en todas las acciones que realizan", para lo cual deben "justificar sus decisiones y limitar la información sólo en el caso de que eso sea lo más necesario para el interés público" [Nevado-Batalla Moreno (2003: 184)].

1392 Afirma la OCDE (2010 e: 151) que la "transparencia es uno de los pilares centrales de la regulación efectiva", ya que "promueve la calidad regulatoria, incorporando las reacciones sobre el diseño y los efectos de la regulación", generando esta, a su vez, un incremento de "la probabilidad del cumplimiento, produciendo legitimidad en las propuestas regulatorias, y puede por lo tanto mejorar el efecto de la regulación y reducir el coste de su cumplimiento". Así lo corrobora, también, parte de la doctrina, como Marcos Fernández (2009: 341) al asegurar que "los mecanismos de transparencia de las normas son esenciales para permitir a los destinatarios sujetos a las mismas predecir su posible aplicación, especialmente en el caso de reformas legislativas".

1393 Como puede ser el caso de la denominada "Artículo 19" (*Article 19*), como también la Iniciativa de Justicia de la Sociedad Abierta (*Open Society Justice Initiative*), que establecieron unos principios con carácter general.

1394 La disposición final 8.ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, establece como título competencial el derivado del estatal artículo 149.1.18.ª, en relación con las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas han aprobado sus normas en virtud de su título competencial de desarrollo a esa normativa básica. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se fundamenta en el artículo 47.2.1.ª de su Estatuto de Autonomía, concretamente en el régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como afirma E. Guichot Reina (2015), «Capítulo I. Aspectos Generales de la Ley», en S. Fernández Ramos (coord.), *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía* (págs. 21-54), Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (pág. 26).

1395 Véase I. Araguàs Galcerà (2016), *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Universidad de Barcelona (págs. 238 y 239).

1396 Hay que distinguir entre la publicidad activa y la simple publicidad. Así lo hace Araguàs Galcerà (*Ibíd*., págs. 228-232), que diferencia la publicidad activa en una mayor flexibilidad y un aumento tanto de los lugares, momentos, así como la documentación sujeta a información y su actualización [sobre esto último, véase S. Fernández Ramos (2015), «Capítulo II. La publicidad activa», en S. Fernández Ramos (coord.), *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía* (págs. 55- 194), Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (págs. 91 y 92)]. Además, S. Fernández Ramos (2016 a), «Capítulo XIII. Publicidad activa: régimen general», en E. Gamero Casado (dir.), S. Fernández Ramos

B) Principio de transparencia normativa en la LPAC.

El artículo 129.1 y 5 de la LPAC establece al principio de transparencia como de buena regulación, respondiendo la redacción del apartado 5 a los principios de transparencia y accesibilidad que se establecían en el artículo 4.5 y 6 de la LES[1397], sin perjuicio de su relación con otros principios para su realización como proporcionalidad, publicidad e imparcialidad. Así, el artículo 129.5 dispone que "en aplicación del principio de transparencia": primero, "las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"[1398]; segundo "definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos" (por lo cual nos remitimos a lo ya dicho sobre el principio de eficacia); y tercero "posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas".

La primera de las obligaciones señaladas guarda identidad con el tenor del artículo 4.6 de la LES, en relación con el principio de accesibilidad, al disponer que se establecerán los "instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente". El sujeto obligado son las Administraciones Públicas, aunque, en todo caso, debe ponerse en relación con lo previsto sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente sus artículos 2 a 4[1399], teniendo consideración de Administración Pública, según su artículo 2.2, las correspondientes a las letras a) (Administraciones Públicas territoriales), c) (autoridades reguladoras independientes) y d) (Universidades públicas) del apartado 1 de dicho artículo[1400],

(coord.) y J. Valero Torrijos (coord.), Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público (págs. 801-864), Valencia: Tirant Lo Blanch (pág. 820), establece que la publicidad activa "no produce otros efectos jurídicos", más allá de "garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública y, en su caso, participación ciudadana".

1397 Junto con dichos principios de buena regulación de la LES habría que mencionar, también, el principio de simplicidad (artículo 4.7), el cual se refería a que "toda iniciativa normativa atienda la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo". Dicho contenido, actualmente se residencia como parte del contenido del principio de seguridad jurídica, como ya hemos determinado.

1398 Todo ello es información pública que, en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se entiende como "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación" de la transparencia en la actividad pública, "y que haya sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones", lo cual responde a la solución mayoritaria en el Derecho comparado, véase Guichot Reina (2011: 26).

1399 Dicha estructura responde a una aplicación escalonada de la normativa de transparencia en virtud del distinto sujeto afectado. Véase, al respecto, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, criterio interpretativo 3/2019.

1400 Sobre el Congreso de los Diputados y el Senado o instituciones autonómicas análogas como sujetos de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en ejercicio de la potestad legislativa, véase S. Fernández Ramos y J. M. Pérez Monguió (2021), «Transparencia y buen gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 57 (apartado 1.3.1),

sin perjuicio de extender la aplicación a los sujetos establecidos en los artículos 3 y 4 para recabar información en relación con la evaluación de impacto normativo *ex post* (existiendo la posibilidad de que estas se encuentren incardinadas en otros grupos o ámbitos de publicidad activa). Las obligaciones de publicidad activa referidas expresamente a la iniciativa legislativa y normas legales para las Administraciones Públicas territoriales colisionarían con la interpretación del Tribunal Constitucional en su STC n.º 55/2018 sobre la aplicación de los principios en la LPAC solamente a las normas con rango reglamentario, por las razones ya aducidas, lo que reforzaría nuestra interpretación realizada en este Trabajo, concretamente en su Capítulo III. Así, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no distingue entre Gobierno y Administración Pública, aunque esto sería deseable[1401], ya que la Administración Pública posee la mayoría de la documentación, salvo alguna que le corresponde al Gobierno (por ejemplo, las actas de las reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios o del Consejo de Ministros, que las tendría el Secretariado del Gobierno[1402]), no solo porque, de lo contrario, la transparencia normativa sería incompleta al no incluir determinados documentos, sino que así lo avala el artículo 1.2.a)i del Convenio 205 del Consejo de Europea de 18 de junio de 2009, el cual prevé que le será de aplicación la obligación de suministrar información a todas las "autoridades públicas"[1403].

---

quienes determinan que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, le es aplicable a aquellas "actividades sujetas al Derecho administrativo". Véase, S. Fernández Ramos y J. M. Pérez Monguió (2017 a), *El Derecho al acceso a la información pública en España*, Pamplona: Aranzadi (apartado 2.3.2), que, respecto a los "organismos legislativos", dichos autores establecen que "la LTAIBG optó por cumplir con el estándar mínimo del Convenio 245".

1401 Al respecto, Fernández Ramos y Pérez Monguió (2017 a), concretamente su apartado 2.3.2.

1402 Según el artículo 9.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Véase en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Acuerdo de 17 de diciembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan medidas para la transparencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (*BOJA* núm. 249, 23 de diciembre de 2013), artículo 22.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, e Instrucciones de 22 de enero de 2015, de la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras, de coordinación para asegurar la homogeneidad en el tratamiento de la información por las distintas Consejerías, en cumplimiento de lo establecido en dicho Acuerdo. Al respecto, se aplica lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, modificado por la disposición final 1.ª de la Ley 1/2014, de 24 de junio, en virtud de la controversia generada por la entrega de las actas del Consejo de Gobierno debido a su solicitud, en los casos de los expedientes de regulación de empleo fraudulentos en Andalucía, por la jueza Mercedes Alaya en el juzgado de instrucción n.º 6 de Sevilla, en el cual se planteó el conflicto entre la aplicación de los artículos 30.3 y 31 de la versión anterior de la Ley 6/2006, de 24 de octubre (este último sobre el deber de secreto), con el requerimiento de información al respecto de la misma, y en el cual el Ministerio Fiscal era proclive a considerar como dichas actas "documento(s) reservado(s)" siendo de aplicación la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales. Dicha controversia fue resuelta por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sentencia n.º 2/2011, FD 4.º donde se afirma que "las actas, al dar cuenta de las circunstancias en que se ha producido el hecho, acuerdo o decisión, cumplen otra función no menos trascendente, cual es conocer su alcance y regularidad", "lejos por lo tanto de otorgarles un carácter reservado que iría en contra de su propia naturaleza y finalidad", debido a "la doble naturaleza de las funciones del Consejo de Gobierno", así como "el principio de publicidad que en un Estado social y democrático de Derecho informa la actuación de los poderes públicos", en base a distintos preceptos constitucionales, entre ellos los artículos 93 y 105.b), "determina los hechos y circunstancias de las que deben dejar constancia e informar tales actas", a lo cual obsta la versión anterior del artículo 31 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, que difiere de la Ley 9/1968, de 5 de abril, ya que no dispone una declaración de carácter reservado de documentos en razón de su contenido o alcance que pudiera afectar a situaciones o valores concretos constitucionalmente protegidos y ponderables, sino por el solo hecho de presentarse al Consejo de Gobierno. Véase al respecto, S. Fernández Ramos (2015: 116-120).

1403 También, la Organización de las Naciones Unidas considera, de conformidad con el apartado 18 de la Observación General n.º 34 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que están obligados a facilitar el acceso a la

Dentro del concepto de Administraciones Públicas, resultan obligados los centros directivos competentes por razón de la materia[1404], aunque habrá que conectar esta previsión con las exigencias de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

De otra parte, la Ley se refiere al carácter "actualizado" de la normativa, en el sentido de que ha de garantizarse el acceso a la "normativa vigente", esto es, a que la normativa en vigor esté al día una vez publicada y que sea de fácil acceso por la ciudadanía, con independencia de su condición y conocimiento, favoreciendo, también, su comprensión[1405]. Este aspecto sí se ha regulado por alguna Comunidad Autónoma[1406]. Para facilitar dicha accesibilidad se pueden utilizar distintos instrumentos como la simplificación normativa, aspecto que sí señala la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, aunque para la Administración General del Estado (concretamente en su disposición adicional 2.ª[1407]).

Junto a "la normativa en vigor", el artículo 129.5 se refiere a "los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre", lo que no implica al proceso de evaluación de impacto normativo *ex ante*, aunque parece que el legislador los identifica inadecuadamente, del mismo modo que no se tiene en

información todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o de Gobierno de cualquier nivel [el artículo 10 de dicha Convención regula la información pública señalando, entre otros aspectos, en su letra a) la necesidad de "instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre (…) los procesos de adopción de decisiones de su administración pública" y "sobre las decisiones (…) que incumban al poder público", todo ello con la adecuada consideración de "la protección de la intimidad y de los datos personales"].

1404 Véase, por ejemplo, el artículo 3 del Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales (*BOJA* núm. 152, de 6 de agosto de 2015). La necesidad de un ejercicio adecuado y su consiguiente responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones de publicidad activa son puestas de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización n.º 1408 (pág. 44).

1405 Otro elemento importante es la lengua oficial que se utilice, destacando la STSJ GAL ROJ n.º 7092/2020, FD 3.º, que ante la exigencia de la parte recurrente que reclama la tramitación del expediente, también en castellano, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística de Galicia (*DOG* núm. 84, de 14 de julio de 1983), desestima la pretensión, al señalar que no se genera indefensión a los interesados, ya que la documentación que se encontraba en el trámite de información pública constaba de "anteproyecto y proyecto, figurando tanto en gallego como en castellano", ante lo cual podría haberse instado su traducción. Sin duda, esta interpretación, en mi opinión, reduce la accesibilidad universal para una ciudadanía que no tenga conocimientos de la lengua cooficial de que se trate, debiendo actuar la Administración de oficio, para sortear este obstáculo.

1406 Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente el artículo 13.2 de la Ley 1/2014, de 29 de diciembre. En cumplimiento de dicha obligación de publicidad activa, este se lleva a cabo a través de un servicio de base de datos jurídico privada realizada en exclusiva (anteriormente existía un repositorio digital de normas jurídicas andaluzas denominado And@lex, que recogía todas las publicaciones en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, incluidas normas, pero no su carácter consolidado), que difiere de cualquier otra obligación de publicidad activa que realiza la Administración de la Junta de Andalucía con sus propios medios y con la realizada por el Estado a través de iberlex que pertenece a la agencia pública del Boletín Oficial del Estado.

1407 Véase en términos similares en Andalucía, la disposición adicional 1.ª de la Ley 1/2014, de 24 de junio. Dicha simplificación según la OCDE (2008:16) mejora "la transparencia y la responsabilidad de la regulación administrativa".

cuenta la evaluación de impacto normativo retrospectivo, siendo necesario que se apliquen los principios de buena regulación a la misma[1408]. Debe advertirse que, no obstante, el artículo 7 de la Ley 19/2013 contiene la obligación de publicidad activa relativa a la información de "relevancia jurídica"[1409], lo que resulta más amplio que la mención sobre el procedimiento de elaboración de normas. Por lo tanto, habrá una serie de supuestos en que dicha obligación de publicidad activa no coincida, y ello sin perjuicio de otras obligaciones de publicidad activa previstas por otras normas, como la propia LPAC, en relación con el plan anual normativo[1410]. Asimismo, la obligación legal básica de publicidad activa hace que deba difundirse información de forma periódica y actualizada, sin esperar una solicitud concreta de la ciudadanía, y ello porque el legislador ha entendido que es relevante el conocimiento de una determinada información, para asegurar la transparencia referida con el funcionamiento y control de la actuación pública, en este caso del procedimiento de elaboración de normas.

De las obligaciones de publicidad activa del artículo 7, la letra a) genera dudas sobre si está directamente relacionada con el procedimiento de elaboración de normas, ya que se refiere a las "directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos"[1411], y ninguno de ellos es un documento del procedimiento de elaboración de normas[1412]. Por su parte, la letra e), referida a los documentos sometidos a un

1408 Al respecto, Canals i Amteller (2019: 97) afirma que el principio de transparencia "rige el proceso normativo en su totalidad, desde las primeras reacciones tendentes a la adopción de una decisión normativa hasta la evaluación retrospectiva"; en mi opinión, debería aplicarse incluso antes del inicio del proceso normativo, cuando exista el estudio de distintas opciones o alternativas. En relación con los datos relativos a la evaluación de la aplicación de las normas, con información sobre la evaluación *a posteriori* de la normativa, la ley básica estatal no establece obligación de publicidad activa, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, como, por ejemplo, establecía el artículo 13.g) de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.

1409 Pero no menciona en ningún momento el derecho de acceso a la información o publicidad pasiva que pueden solicitar, por ejemplo, las partes interesadas en el procedimiento de elaboración de normas, siendo junto con la publicidad activa las dos partes que conforman la transparencia según el Consejo de Estado (2014: 242). Al respecto, como sujetos destinatarios de la información, en principio, hay que afirmar que tienen derecho a acceder a la información pública todas las personas en los términos previstos en el art. 105.b) CE, según el artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Deberá tenerse en cuenta, tanto para publicidad activa como pasiva, lo establecido en el artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre causas de inadmisión.

1410 Véase, al respecto, Fernández Ramos (2015: 133) referido al artículo 12 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, respecto de la publicidad activa de la información sobre planificación y evaluación.

1411 Dicha mención trae causa de lo que se establecía en el artículo 37.10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que determinaba que "serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos" que conlleven "una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegados por los particulares en su relación con la Administración". La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, amplía su ámbito de aplicación a los actos referidos a la organización y funcionamiento interno de la Administración y añade las directrices, acuerdos o circulares, junto con la mención a los documentos que tengan efectos jurídicos, y no solo los que supongan una interpretación del Derecho y aplicación de las normas.

1412 En la Administración General del Estado, se han aprobado por parte de distintos Ministerios, Instrucciones en relación con el procedimiento de elaboración de normas en sus referidos ámbitos competenciales materiales. Así, sin ánimo de exhaustividad, puede aludirse al Ministerio de Hacienda y Administración Pública que, a través de la

trámite de información pública durante la tramitación de los procedimientos que se determinen por la legislación sectorial vigente, también resulta inexacta a los efectos que estamos considerando, puesto que no se refiere exclusivamente a los expedientes de elaboración de normas.

No obstante, respecto del resto de letras que conforman dicho artículo 7 [incluida la letra e) cuando se refiere a los procedimientos de elaboración de normas], atienden a criterios diversos, entre los que se encuentra la naturaleza del documento o documentos a publicar, el trámite o procedimiento de que se trate e, incluso, el momento de la publicación. Así, la letra b) se refiere a los borradores de las normas con rango de ley, salvo el decreto-ley[1413] que, en mi opinión, se trata de una exclusión desacertada, ya que la falta de publicidad activa no debe estar justificada por la extraordinaria y urgente necesidad de la tramitación por las especiales circunstancias, no es un obstáculo para la celeridad del procedimiento, especialmente si se utilizan medios electrónicos. Así, algunas Comunidades Autónomas lo han incluido dentro de su normativa de transparencia[1414]. En este supuesto, se establecen, además, los momentos para publicar que son "cuando se soliciten los dictámenes de los órganos consultivos correspondientes" y "en el momento de su publicación", siendo alternativos[1415] cuando no sean preceptivos (lo cual constituye un aspecto controvertido, ya que puede darse el caso que sean facultativos y se soliciten). A mi juicio, en este último caso es necesaria la publicación por el órgano competente que lo aprueba, en este caso el Gobierno, pues dispone de toda la documentación.

Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, estableció las Instrucciones 1/2012, de 3 de abril, para la elaboración y tramitación de leyes y disposiciones de carácter general y emisión de informes. De esa práctica se ha hecho eco, la Administración autonómica andaluza, a través de las distintas Consejerías como, por ejemplo, hizo la antigua Consejería de Educación, Cultura y Deporte, a través de su Viceconsejería, que aprobó las Instrucciones n.º 1/2013, de 21 de octubre, sobre elaboración de disposiciones de carácter general. Se cuestiona si existe obligación activa respecto de este tipo de instrumentos internos, al ser actos administrativos *ad intra* de la organización, inscritos en el poder jerárquico (SSTC n.º 54/1990 y 150/1994, así como la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 302/2007, FD 3.º), al tener "como únicos destinatarios, a los órganos jerárquicamente subordinados a los que imparte unos determinados criterios de actuación"); no obstante son susceptibles de la obligación de publicidad activa, ya que la ley básica sólo menciona que estas produzcan efectos jurídicos, con independencia sobre quién se manifieste los mismos. En contra, véase M. Medina Guerrero (2017), «Artículo 7. Información de relevancia jurídica», en A. Troncoso Reigada (dir.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (págs. 503-521), Madrid: Civitas (pág. 505), quien afirma que debe "rehuirse una interpretación puramente literal del supuesto, que probablemente conduciría a entender que la práctica totalidad de dichas decisiones deberían ser objeto de publicidad activa", basado en que "tales instrumentos, aun permaneciendo en la esfera interna, producen efectos desde que se comunican a los servidores públicos destinatarios de los mismos".

1413 Respondiendo a la observación emitida en el dictamen del Consejo de Estado n.º 707/2012, apartado V, letra d), respecto del proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se requiere la mención a los decretos-legislativos, más allá de los anteproyectos de ley, pero no a los decretos-leyes.

1414 Como es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que lo establece en términos amplios ("proyectos y anteproyectos normativos"), en su artículo 10 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (*DOGC* núm. 6780, de 31 de diciembre de 2014).

1415 Esta solución se debe a la observación realizada por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 707/2012, apartado V, letra d), pero no responde exactamente a lo mencionado por el órgano, ya que no se refiere a la preceptividad, sino a la falta de solicitud.

Sin perjuicio de lo anterior, no se concretan los órganos consultivos, dejándose a las Comunidades Autónomas la posibilidad de determinar dichos órganos[1416], aun suponiendo una restricción a la transparencia si no se hace en los momentos adecuados. Pero, además, el precepto señala que el momento para su publicación es "cuando se soliciten los dictámenes", lo cual genera una simultaneidad o inmediatez a dicha solicitud, con independencia de que sea preceptiva o facultativa[1417].

En todo caso, los dos únicos momentos de publicidad activa para los proyectos normativos con rango de ley se tornan insuficientes, teniendo en cuenta no solo la propia dinámica del procedimiento, sino, también, una interpretación conjunta de las letras d) y e) del artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, pues son documentos y momentos añadidos a los establecidos para publicar los borradores.

En virtud de lo anterior, las Comunidades Autónomas han establecido más momentos para la publicidad de dichos borradores, pero que, al seguir algunas el esquema de la ley básica estatal, incurren en la reseñada falta de interpretación conjunta[1418]. No obstante, es importante, en mi opinión, determinarlos con mesura, teniendo en cuenta la realidad de la evolución del propio procedimiento de elaboración de la norma y de la legislación aplicable, a fin de que la ciudadanía tenga un conocimiento íntegro de todas las fases de procedimiento; de esta manera,

1416 Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en el artículo 13.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, para los anteproyectos de ley y "los proyectos de decretos legislativos" menciona dos órganos, "cuando se soliciten los dictámenes, en su caso, al Consejo Económico y Social de Andalucía y al Consejo Consultivo de Andalucía". En el caso del Consejo Consultivo de Andalucía, su dictamen es preceptivo para los anteproyectos de ley, lo cual viene recogido en el artículo 17.2 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, pero no para los proyectos de decretos legislativos (omisión normativa, que puede deberse a la falta de adaptación de su normativa a lo establecido en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, concretamente en el artículo 109). Tampoco se hace referencia al decreto-ley, aspecto que debería reconsiderarse, por los escasos trámites que contiene dicho procedimiento.

1417 Así, el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 707/2012, apartado V, letra d) afirma que sobre el anteproyecto de ley básica de transparencia "podría aclarar si los dictámenes a que hace referencia son exclusivamente o no los que en cada caso tengan carácter preceptivo", cuestión que el legislador no hace de forma expresa, aunque la falta de determinación por la ley debe llevar a una solución más adecuada al principio de transparencia que atenderá a las solicitudes, ya sean preceptivas o facultativas.

1418 Como, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en cuyo artículo 13.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, amplía a dos momentos más, respecto a la ley básica, en relación con el anteproyecto de ley: cuando se eleve por la Consejería competente al Consejo de Gobierno y cuando sea aprobado el proyecto de Ley. Este último supuesto, a diferencia de la normativa básica, no es alternativo con respecto a los dictámenes de órganos consultivos. Por otro lado, no se comprende la no ampliación de dichos momentos, también, a los proyectos de decretos-legislativos, pero, a mayor abundamiento, es más criticable que a través de las reseñadas Instrucciones de 22 de enero de 2015, de la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras, intente suplir la falta de regulación existente al señalar que: "Aunque no existe regulación expresa, se vienen aplicando las prescripciones de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, para elaboración de disposiciones generales, con lo cual, deberá remitirse la documentación preceptiva"), a lo que hay que añadir que a diferencia de la normativa andaluza, la estatal establece expresamente los trámites para los proyectos de decretos legislativos (artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y su remisión a las Cortes Generales aunque no se mencione expresamente en su apartado 8).

establecer demasiados momentos puede producir un solapamiento en la información y afectar al principio de celeridad y eficacia; y determinar pocos momentos puede hacer que no se garantice la accesibilidad, conocimiento y seguimiento oportunos del procedimiento, si no son comprensivos de las distintas fases del mismo.

Por otro lado, la letra c) viene referida a los borradores de los proyectos reglamentarios, que se publicarán, cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, "una vez que se hayan solicitados a los órganos consultivos correspondientes", no suponiendo "necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública"[1419]: no se establece el momento alternativo de aprobación de la norma, a diferencia de las normas con rango de ley (aspecto que, también, fue solicitado por el Consejo de Estado[1420]) y se utiliza el pasado al mencionar "una vez que estos hayan sido solicitados", lo que supone una diferencia sin fundamento con lo establecido para los anteproyectos de ley y proyectos de decretos legislativos[1421]. También, la última mención debe interpretarse no referido, únicamente, a un trámite de participación, sino a cualquiera de ellos producidos en el procedimiento (observación que podría ser extensible a las normas con rango de ley). Además, también, las Comunidades Autónomas han aumentado los momentos de publicidad activa en dichas leyes de transparencia e incluso unificándolos con independencia del proyecto normativo sobre una misma documentación[1422].

1419 Afirma Araguàs Galcerà (2016: 237) que dicho momento es postergado en demasía.

1420 Dictamen n.º 707/2012, apartado V, letra b) establece que dicha recomendación "ha de hacerse extensiva a lo dispuesto en la letra c), que habría de incluir una previsión que esclarezca el momento en que debe procederse a la publicación de proyectos reglamentarios en cuya tramitación no se solicite ningún dictamen", como, por ejemplo, "los reglamentos y ordenanzas municipales, así como en los reglamentos de las Ciudades de Ceuta y Melilla, para cuya elaboración no es preceptiva la solicitud de dictamen alguno".

1421 Así, lo afirma E. Guichot Reina (2012), «Proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuaciones de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, págs. 89-134 (pág. 110), ya que "parece injustificada y que en el segundo caso parece no establecer una necesaria simultaneidad".

1422 Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha establecido varias momentos según el artículo 13.1.c) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, ha concretado los órganos consultivos al Consejo Económico y Social de Andalucía y al Consejo Consultivo de Andalucía, como también resuelve la disparidad estatal al mencionar "cuando se solicite", unificando lo referido a los procedimientos de elaboración de normas con rango de ley indicados y los proyectos reglamentarios, pero estableciéndose que "no supondrá, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública", aspecto que sigue a lo establecido en la normativa básica, pero no se pone en correlación de forma coherente con lo mencionado en el artículo 13.1.c) que se refiere, también, a la información pública, aunque este trámite en aquel momento era, por regla general, facultativo. Además, añade un momento más "cuando se sometan al trámite de audiencia e información pública". Este supuesto, puede solaparse con lo establecido en la letra e) de dicho precepto referido a la información pública. No obstante, se echa en falta otro momento posterior, como es el de aprobación del reglamento por la falta de emisión de dictámenes por el Consejo Económico y Social de Andalucía y el Consejo Consultivo de Andalucía [siendo el primero emitido cuando, a juicio del Consejo de Gobierno, decida someterlo cuando posea una especial trascendencia el proyecto en la regulación de las materias socio-económicas y laborales de las normas que apruebe el Consejo de Gobierno, al igual que en los anteproyectos de ley), de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 5/1997, de 26 de noviembre, del Consejo Económico y Social de Andalucía (*BOJA* núm. 141, de 4 de diciembre de 1997), y del artículo 4.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno del Consejo Económico y Social de Andalucía publicado por Resolución de 20 de marzo de 2000, *BOJA* núm. 53, de 6 de mayo de 2000; y el segundo se emitirá de forma preceptiva en los reglamentos ejecutivos], por lo cual se reducen los supuestos de emisión, con independencia de la solicitud facultativa de los mismos, aspecto muy excepcional. Pero, además, su falta de mención no se puede equiparar con la publicación de la norma una vez aprobada, porque es necesario que se publique activamente la documentación completa

La letra d), referida a las memorias e informes que conforman el expediente, no concreta cuáles son y a qué procedimientos se refiere. Ante lo que cabe entender que incluye todos (en el supuesto de los informes, con independencia de su naturaleza)[1423]. No obstante, se hace mención, "en particular a la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio", que solo se aplica a la normativa estatal y no a las Comunidades Autónomas, aunque se considere básico dicho precepto en virtud de la disposición final 8.ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. En el caso de esta memoria, es un documento dinámico, que va evolucionado en virtud de la tramitación del procedimiento de elaboración de normas, de forma que, en virtud de una interpretación favorable al principio de transparencia, debería procederse a su publicación justamente en el momento de su emisión o aprobación.

La letra e) se vincula a los documentos que conforme a la "legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación". Al respecto, se plantean una serie de previsiones: una referida al momento de realización de la publicidad, que parece indicarse implícitamente que es con la realización del trámite. Dos, la documentación pública correspondiente que debe ponerse en relación con el expediente de elaboración de normas; y, en tercer lugar, la referida a la aplicación del supuesto cuando lo establezca la legislación sectorial y no la general.

No obstante, respecto de la documentación, falta una adecuada mención a otros documentos

que forma el expediente. Por último, la ley andaluza, en su párrafo 2.º del artículo 13.1.c) clarifica la especialidad reseñada para las Entidades Locales, en los términos señalados por el Consejo de Estado, al respecto, en su dictamen n.º 707/2012, pero no para las Universidades Públicas.

1423 La Ley estatal no distingue si dichos informes o dictámenes deben ser preceptivos o facultativos. En el ámbito autonómico, la restricción de la publicidad de dichos informes o dictámenes a los preceptivos es minoritaria [es el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, artículo 22.d) de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública, *BOC* núm. 5, de 9 de enero de 2015]. Esta interpretación es inadecuada, en mi opinión, puesto que la ley no distingue y *quien puede lo más puede lo menos*, de hecho, ello aumenta la transparencia, teniendo en cuenta la tendencia de incluir hasta las reuniones deliberativas [véase informe del Síndic de Greuges de Catalunya (2012), *El derecho de acceso a la información pública*, Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya (pág. 27)]. Por otro lado, una opinión contraria a incluir los informes facultativos lo encontramos en Fernández Ramos (2015: 145 y 146), haciendo referencia a determinados informes preceptivos en Andalucía. En este sentido, recientemente, la aprobación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (*BOE* núm. 341, de 31 de diciembre de 2020), ha sido objeto de controversia, ya que el Gobierno solicitó dictamen facultativo al Consejo de Estado, al considerar que no era objeto de dictamen preceptivo, y decidió no remitir dicho dictamen entre la documentación a examinar para su convalidación o aprobación por ley por las Cortes Generales, ni publicar en su portal de transparencia, como señalan fuentes gubernamentales, según L. García (2021), Por qué no es público el informe del Consejo de Estado sobre los fondos europeos, *Newtral*, accedido el 26 febrero 2021, de https://www.newtral.es/informe-consejo-estado-fondos-europeos/20210204/. A esta controversia, el Consejo de Estado contestó en nota informativa que la "decisión de hacer público el Dictamen corresponde a la autoridad consultante", accedido el 14 febrero 2021, de https://www.consejo-estado.es/.

propios del procedimiento de elaboración de normas, como el acuerdo de inicio[1424], aquellos en donde se deje constancia o se diligencie los momentos de publicidad activa, las observaciones realizadas en los trámites de participación ciudadana [1425], las reuniones deliberativas (concretamente el documento donde se ponga de manifiesto), las comunicaciones propias del procedimiento[1426], la paralización del expediente o su no aprobación y el Plan Anual Normativo o calendario normativo de las normas que tenga previsto tramitar el órgano de Gobierno[1427]. Otra obligación puede ser el tener una relación actualizada de las normas (tanto reglamentarias como legales) que estén en curso, indicando, entre otras cuestiones: objeto, estado de la tramitación y trámites exigibles y evacuados, proyecto normativo y mecanismos de participación ciudadana previstos; el traspaso de funciones y servicios asumidos, así como la relación de competencias, y, aquellas delegadas por las Comunidades Autónomas a las Entidades Locales. Junto a las anteriores, podrían añadirse las resoluciones judiciales firmes referidas a la aplicación e interpretación por la Administración Pública respectiva de sus normas aprobadas[1428], que debería establecerse como parte de la información a publicar de la evaluación de impacto normativo *ex post*[1429] y las iniciativas legislativas o reglamentarias no realizadas por

1424 Afirma Fernández Ramos (2015: 143) que la Ley 1/2014, de 24 de junio, distingue el procedimiento de elaboración de reglamentos, donde no se hace referencia de forma expresa a dicho acuerdo, con respecto a los anteproyectos de ley.

1425 De especial relevancia, hay que resaltar la constancia de la participación de los grupos de presión [por ejemplo, artículo 10.1.d) *in fine* de su Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Cataluña].

1426 La Comunidad Autónoma andaluza ha establecido en el apartado número 4.º de las Instrucciones de 22 de enero de 2015, como uno de los criterios generales sobre documentos accesibles, la consideración de no relevantes los meros traslados y comunicaciones internas o externas entre órganos, Administraciones o personas físicas o jurídicas, siendo, en mi opinión, controvertido, ya que son documentos indiciarios para la rendición de cuentas ante la ciudadanía, ya que se puede demostrar, por ejemplo, el cumplimiento de los principios de eficiencia y de economía procedimental. En este sentido, véase S. Fernández Ramos (2016 b), «Información de carácter auxiliar o de apoyo ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?», *Revista española de la transparencia*, 3, págs. 80-87 (pág. 83), hace referencia que la "Ley 27/2006 de acceso a la información ambiental" contempla esa posibilidad no solo en las comunicaciones, sino a las "*internas* teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación", debiéndose hacer la "correspondiente ponderación de intereses en presencia". Además, señala que atendiendo al concepto de expediente administrativo establecido en el artículo 70 de la LPAC, "no se considera información auxiliar o de apoyo a los informes, preceptivos y facultativos". Este concepto de expediente es de menor amplitud que el establecido en el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, al indicar que se compone de "los dictámenes y consultas evacuados, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación".

1427 Artículo 132.2 de la LPAC. También se recoge en las leyes de transparencia de algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Región de Murcia, concretamente en el artículo 16.7 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM* núm. 290, de 18 de diciembre de 2014). Parte de la doctrina afirma su clara conexión con la transparencia, como Canals i Ametller (2019: 95). Así, la exigencia de dicha publicidad, según la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Málaga, n.º 223/19, FD 5.º (que se remite a la STSJ GAL, Sala C-A, ROJ n.º 3177/2019) "responde a evidentes objetivos de transparencia que el propio artículo explicita" (entiéndase, el artículo 132 de la LPAC); a ello se añade que "tales objetivos no se cumplirán si, a pesar de aprobarse dicho Plan normativo, pudiera posteriormente ignorarse su contenido mediante la sucesiva e incontrolada aprobación de normas no contempladas en aquel".

1428 Ello es posible a través de los portales de transparencia de las Administraciones Públicas, como es el caso de Castilla y León, accedido el 22 enero 2022, de https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/normativa-autonomica.html.

1429 Esta obligación de publicidad activa no se recoge en la normativa básica de transparencia ni en la normativa andaluza al respecto, sí otras Comunidades Autónomas como es el caso de las Islas Canarias, en el artículo 22.1.C).b) de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre. Al respecto, véase S. Fernández Ramos y J. M. Pérez Monguió (2017 b), «Transparencia y buen gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 47, con cita en la SAN, Sala de lo C-A, ROJ n.º 3357/2017, FD 2.º, quienes determinan que hay que tener en cuenta todos los informes evacuados que "resulten ser relevantes" para

el propio Gobierno. Además, no se recoge la exigencia de publicidad activa en la tramitación de las normas con rango de ley en sede parlamentaria, en contraposición con los ejemplos de derecho comparado, que prevén su publicación al aplicarse a todos los poderes públicos.

En este sentido, las Comunidades Autónomas han establecido más momentos, también, para la publicidad activa de los borradores[1430].

En cuanto a la relación entre transparencia y participación, el artículo 129.5 de la LPAC incluye la participación de "los potenciales destinatarios", siendo un concepto de mayor amplitud que el previsto en el artículo 4.6 de la LES, que se refería a los "agentes implicados", lo que se vincularía a las organizaciones que representen al sector empresarial o incluso social, teniendo en cuenta que las normas se dirigen a una pluralidad indeterminada de personas, lo que conlleva una participación más allá de los interesados, tal y como señala el artículo 133 de la LPAC[1431]. Asimismo, también participarán las Administraciones Públicas que se encuentren afectadas, como se expondrá en este Capítulo. Esta posibilidad tiene como objetivo, según el artículo 129.5, la consecución de una "participación activa", aunque sin concretar qué se entiende por tal. Para la OCDE[1432], se trata de aquella que genera un mayor nivel de implicación de la ciudadanía en el Gobierno, que incide en la conformación de la decisión. En este sentido, pueden establecerse distintos mecanismos como la posibilidad de proponer alternativas por parte de los ciudadanos, antes del inicio del procedimiento de elaboración de normas; o el diálogo (como es el caso de Estados Unidos, por ejemplo, y su regulación negociada), que rompería con el actual *statu quo* de la participación, centrada en la mera consulta (aunque se ha dado un paso más con la obligación normativa de dejar constancia en el expediente de las

"conocer la motivación seguida por las Administraciones Públicas en su toma de decisiones".

1430 Araguàs Galcerà (2016: 238) afirma que un "auténtico conocimiento exigiría que se debieran publicar todas las versiones del proyecto normativo que se generen hasta su aprobación definitiva", ya que "sólo así es posible poder valorar el impacto que ha tenido cada uno de los trámites realizados, y se permite hacer un seguimiento de la denominada 'huella normativa'". Aun compartiendo dicho criterio, hay que ponerlo en relación con la práctica de los centros directivos, ya que en las Instrucciones sobre el procedimiento de elaboración de normas que determinan los Ministerios o Consejerías precisan una serie de unidades de acto en la tramitación, en aras del principio de economía procedimental, por lo cual las distintas versiones de los borradores se ponen en relación con dichas unidades. Con un carácter más restrictivo que lo anterior, véase la instrucción 4.6 de las establecidas el 22 de enero de 2015 de Andalucía, que establece que si en un expediente consta de varios textos de una disposición será únicamente relevante, a efectos de la publicidad de la documentación, el texto que apruebe el Consejo de Gobierno.

1431 Dicha conexión es remarcada por la jurisprudencia. Así, la STC n.º 28/2017, FJ 5 (se remite a la STC n.º 141/2014) y en la STSJ CL, Sala C-A, ROJ n.º 4932/2018, FD 4.2 (también, ROJ n.º 4428, 4932, 4943 y 4945/2018), relaciona la participación con el principio de transparencia el cual está "concretado en la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración del proyecto del Decreto". También, la jurisprudencia establece su relación con los instrumentos de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de normas plasmados en normativa sectorial, véase la STSJ PV, Sala C-A, ROJ n.º 3300/2019, FD 6.º (en relación con el artículo 108 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, *BOPV* núm. 138, de 20 de julio de 2006).

1432 OCDE (2001 b). Véase al respecto, lo ya desarrollado en el Capítulo I.

observaciones, las aceptadas y las que no y su motivación[1433]). Con todo, se produce un avance sustancial en la LPAC, con respecto al artículo 5.2 de la LES, ya que completa el antiguo principio de accesibilidad, si bien siempre desde una perspectiva de la "consulta" y no de la participación, a pesar de lo establecido en el artículo 133 de la LPAC. De todas formas, para hacer posible la participación, esta debe ser informada, siendo necesario, a estos efectos, la comprensión de la información por parte de la ciudadanía y de ahí la importancia, como ocurre en el Derecho comparado (Estados Unidos o Australia), de que deba facilitarse un lenguaje claro y sencillo y exponer la información de la forma más simplificada posible, pero completa, abarcando las consecuencias, efectos e impactos de las soluciones normativas[1434].

En otro orden de cosas, el artículo 129.5 de la LPAC determina que dicha "participación activa" viene referida a "la elaboración de normas", lo cual, a mi entender, resulta incompleto, ya que no recoge el instrumento de participación ciudadana mencionado en el artículo 133, esto es, la consulta pública previa al inicio del procedimiento, ni la evaluación de impacto normativo *ex post*, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 130.1 de la LPAC, respecto de que las "Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación". De esta manera, la "participación activa" en la elaboración de la norma debería llegar al seguimiento y ejecución de la misma, ya que la decisión pública normativa puede tener elementos de ejecución que hagan inadecuados los fundamentos de la misma y respecto de los que haya existido una participación (por ejemplo, de los grupos de presión, sindicatos, sector empresarial), siendo conveniente articular un nuevo momento de participación con el que completar el ciclo vital de dicha decisión. Además, esto debería conectarse con el artículo 131 de la publicidad de las normas y los posibles efectos que genera la norma.

Por otro lado, el artículo 129.5 de la LPAC, al establecer que, en aplicación del principio de transparencia, se "definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos", coincide, a grandes rasgos, con el artículo 4.5 de la LES[1435]. En mi opinión, la LPAC debería ser más explícita en cuanto a la ubicación de estas prestaciones, en el sentido de no limitarse a la parte expositiva de las futuras

1433 Además, me atrevería a decir que sería conveniente justificar las aceptadas, debido al carácter de participación funcional, la finalidad del trámite y el número amplio de personas que pueden participar.
1434 Aspecto que establecía parcialmente el artículo 4.9 de la LES.
1435 Difieren en la mención expresa a las "iniciativas normativas" y que se identifica el lugar donde constará (en la parte expositiva). Esto último, con independencia de su importancia ya reseñada respecto a la LES, podría contradecir la normativa autonómica al identificarlo la LPAC expresamente como "preámbulo" y "exposición de motivos".

normas, sino constar, también, en el expediente, por ejemplo en la MAIN[1436], y en los informes de evaluación de impacto normativo *ex post*[1437], como establece la normativa de desarrollo.

Aunque se camina hacia la consolidación del principio de transparencia en el modelo regulatorio examinado, lo cierto es que la ordenación actual de este principio es incompleta al no mencionar los procesos de evaluación de impacto normativo, prospectivo y retrospectivo. De otra parte, el principio de transparencia está íntimamente relacionado con el derecho de acceso a la información, pero incluye también la publicidad activa, si bien su regulación en la legislación básica resulta confusa, como hemos señalado. Hubiese sido adecuado que el principio se refiera a un acceso sencillo, siendo conveniente, en mi opinión, su exigencia en los procedimientos de elaboración de normas y en los procesos de evaluación de impacto normativo y determinar que se accederá a la documentación, conforme a los mismos, que se incorpore en línea y en tiempo real (sin hacer distinción del tipo de norma que sea), en el momento de llevarse a cabo los distintos trámites al respecto.

Es necesario una adecuada aplicación del principio de transparencia no solo por las Administraciones Públicas, sino también por el Gobierno y el poder legislativo, favoreciendo un ordenamiento jurídico de mayor accesibilidad y claridad, lo que propicia la realización del principio de seguridad jurídica, con el consiguiente aumento de la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas.

Por último, la remisión a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, debe conllevar un replanteamiento de las entidades obligadas para dar dicha información, teniendo en cuenta quién genera dicha información y es responsable, lo que debe ponerse en relación con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento de elaboración de normas, en aras de una mayor calidad regulatoria y buena administración.

De otra parte, el derecho de acceso a la información, en los términos del artículo 105.b) CE, debería correlacionarse, en mayor medida, con los artículos 20 y 23 CE, a fin de otorgarle consideración de derecho fundamental, siguiendo la estela del derecho comparado, y como finalidad esencial del Estado Social y Democrático de Derecho. Pero, con independencia de esto, es necesario que todos los poderes públicos cumplan de forma adecuada con el principio de transparencia, especialmente en la garantía del derecho de acceso a la información, ya que

1436 Véase, artículos 2.1.a) 1.º y j) y 3.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.
1437 Artículo 3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo.

deben hacer todo lo posible para asegurar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a la información pública, según lo previsto en el apartado 19 de la Observación General n.º 34 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, pudiendo ejercitarse el derecho, desde un punto de vista temporal, hasta el momento en que el Gobierno tenga la obligación de conservar los documentos administrativos a los que se solicita el acceso (esta es la solución adoptada por el Gobierno italiano en el art. 22.6 de la *Legge 7 agosto 1990, n. 241*). Al mismo tiempo, se debe reforzar el ejercicio del derecho de acceso a la información y la transparencia, en el sentido de que no se convierta en una "coartada democrática", dotándose de medios adecuados para su exigibilidad, limitar el abuso en la aplicación de las excepciones, adaptar la legalidad a los medios electrónicos, combatir la desinformación ciudadana, entre otros, lo que supone, en definitiva, un cambio de visión y cultural, ligado a la llamada regeneración democrática, lo que contribuye en positivo a dotar de perfiles más concretos al modelo de gobernanza que proponemos.

4.3.7. *Principio de eficiencia*.

La eficiencia se define en el diccionario panhispánico del español jurídico como: "Principio a que está sometida la Administración Pública conforme al cual debe procurar alcanzar los objetivos de interés público fijados mediante el uso del mínimo de medios necesarios". Cuenta con reconocimiento internacional [1438] y está recogido en nuestra Carta Magna, al establecerse expresamente no como tal, sino como criterio[1439], en el artículo 31.2 CE, al afirmar que el "gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución

1438 Véase Harrington Emerson y sus doce principios de la eficiencia, que fueron promulgados en 1911, en un libro que se titula *The Twelve Principles of Efficiency*. Además, en el Reino Unido, se considera un principio de regulación económica (*principle for economic regulation*), en el sentido de que "las intervenciones políticas deben ser proporcionadas y atender a su coste-efectividad, mientras que la decisión debe ser oportuna y robusta" [Department for Business Innovation & Skills (2011: 5)]. Por último, se puede señalar a México y Colombia. En el primero, la eficiencia es de gran importancia en el ejercicio de la potestad normativa, fomentándose en la elaboración y observancia de normas de conformidad con lo previsto en el artículo 2.º II, letra a) de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización. Y en el segundo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido una definición de lo que se entiende por eficiencia, en la resolución n.º 2011002287, con fundamento en el artículo 191 de la Constitución, de forma que "implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costes o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros".

1439 Vaquer Caballería (2011: 101) afirma que la eficiencia es un criterio jurídico, al establecer su carácter "complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general", siendo susceptible de aplicación a "problemas tan diversos como la minimización del gasto público, la explotación óptima del patrimonio del Estado, la productividad de los empleados públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo". Actualmente, está ampliamente reconocida su consideración de principio, véase, por ejemplo, el artículo 3.2.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril; J. M. Gimeno Feliú (2010), «El principio de eficiencia», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (págs. 1255-1274), Las Rozas: La Ley, y la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3548/2004, FD 3.º C.

responderán a los criterios de eficiencia y economía"[1440], y a nivel estatutario, especialmente en los Estatutos de Autonomía de segunda generación[1441].

El principio de eficiencia no se establecía como principio de buena regulación en el artículo 4 de la LES, aunque sí como parte del contenido del principio de eficacia que se preveía en su artículo 4.8, al afirmar que la iniciativa normativa debe evitar las cargas innecesarias y accesorias, lo cual se reitera en el artículo 129.6 de la LPAC[1442]. Además, en la definición del principio de simplificación como de buena regulación se añadía "y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos", aportando la dimensión interna del principio de eficiencia. Lo anterior se completaba con lo que preveía el artículo 4.9 de la LES, cuando hacía mención, a modo de conclusión de dichos principios, que, entre otros aspectos, los poderes públicos procurarán un marco normativo "sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general". En contraposición, en el artículo 129.6 de la LPAC se positiviza como principio de buena regulación[1443], sin perjuicio de sus manifestaciones en otras normas como principio general[1444], disponiendo que en su "aplicación la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos". De lo anterior, es necesario resaltar dos aspectos: primero, que se alude a la evaluación *ex ante,* al referirse a la "iniciativa normativa", de lo que se desprende que se apunta a la eficiencia en su proyección hacia la ciudadanía como destinataria, aunque en relación únicamente con unos determinados costes de la ejecución de los previstos prospectivamente, como son las "cargas administrativas"[1445]. Esta manifestación del principio de eficiencia que se señala en la normativa básica hay que relacionarla, en el ámbito de la Administración General del Estado, con lo previsto en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre,

1440 Responde a la enmienda número 674, segunda parte, que propuso un apartado nuevo, el número 2, por la Agrupación Independiente, a través de Fuentes Quintana (Diario de Sesiones del Senado, núm. 45, 29 de agosto de 1978, págs. 1989-1990), que llegó a afirmar que: "La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y, naturalmente, son derechos de los individuos".

1441 Como, por ejemplo, Andalucía: artículos 10.4, 40.2, 133.1 y 189.1 de su Estatuto de Autonomía (este último de gran parecido al precepto constitucional reseñado, aunque con un contenido más amplio, ya que además de reconocer a la eficiencia como principio, es uno de los elementos que guía la programación y ejecución del gasto público).

1442 El Consejo de Estado, en su dictamen n.º 275/2015, apartado IV, n.º 40 así lo establece.

1443 Como se expuso en el Programa Nacional de Reformas de 2014 y los distintos informes emitidos por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (según el apartado I de la Exposición de Motivos de la LPAC). La configuración del Estado español y su incidencia en la eficiencia es señalada por la OCDE (2014 b), *España: de la reforma de la Administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*, Madrid: OCDE Publicaciones e Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 83), que estableció que uno de los fines de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas era mejorar la eficiencia de las Administraciones Públicas, "eliminando ineficiencias y duplicidades tanto en el Gobierno central como entre los niveles de Gobierno". En definitiva, la OCDE (2014 b: 140) remarca la clara relación existente entre eficiencia y competitividad, poniendo como ejemplo el sector servicios.

1444 Por ejemplo, en subvenciones [artículo 8.3.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones].

1445 Véase Mora Ruiz (2016: 531). Dicha preferencia puede deberse al fomento del tratamiento de las cargas administrativas por parte de la Unión Europea y la OCDE, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo.

para la detección y medición de cargas administrativas, lo cual debe concretarse en la MAIN. En este sentido, debe señalarse que, en primer lugar, la norma básica distingue como excepciones las "cargas administrativas innecesarias o accesorias" y el artículo 2.1.e) del Real Decreto, se refiere, únicamente, a las "cargas administrativas innecesarias". En mi opinión, sería más conveniente hacer referencia únicamente a las innecesarias, a fin de evitar una distinción de cargas principales o accesorias difíciles de justificar en los distintos instrumentos como, por ejemplo, la Guía Metodológica, que en la definición de cargas administrativas no diferencia entre su carácter principal o secundario.

En segundo lugar, el Real Decreto recoge distintos supuestos de aplicación del principio, aspecto que no establece la normativa básica, ya que en la MAIN ordinaria se incluye la detección, medición y, en su caso, reducción de cargas administrativas, pero no en la memoria abreviada, según su artículo 3.

Además, el artículo 129.6 no se refiere a las cargas administrativas en la evaluación de impacto normativo retrospectivo, lo que contradice lo reseñado en el artículo 130.1, párrafo 1.º de la LPAC, donde se hace una comprobación no solo de las cargas, sino de los costes. Además, ese precepto se complementa con lo establecido en el artículo 28.2.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que afirma que el informe anual de evaluación deberá comprender, en todo caso, la "eficiencia de la norma", aunque dicho precepto identifica esta cuestión, únicamente, con las cargas administrativas innecesarias[1446].

De otra parte, se hace referencia a la aplicación de dicha iniciativa normativa, una vez aprobada, en relación a la racionalización de la "gestión de los recursos públicos", centrándose en los instrumentos de ejecución, no solo de la propia norma, aspecto que debería hacerse a través de su evaluación de impacto retrospectiva como hemos expuesto anteriormente, sino con otros instrumentos jurídicos que la ejecuten, sin tener en cuenta la posible racionalización que se puede llevar a cabo en el proceso de elaboración normativa. Pero, además, se refiere a una vertiente interna de la intervención pública, relativa a los recursos públicos que conlleva, ya sean personales y materiales[1447], incluyendo, además del gasto público (al que se refiere el artículo 31.2 CE), los ingresos públicos, siendo necesario una adecuada cuantificación. A esto, hay que añadir que no

1446 El artículo 3.2.b) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, genera una confusión terminológica añadida, al incluir en dicha evaluación, además, las cargas administrativas necesarias en "menor grado", haciendo una distinción que no se establece en las normas con rango de ley, sin clarificar en qué consisten.
1447 Véase el anexo VI de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, referido al análisis de los gastos de personal.

solo se debe considerar los recursos públicos de la Administración Pública que ha elaborado la norma, sino todas aquellas que tienen que ejecutarla y se encuentren afectadas[1448]. Por efecto de esto último, hay que poner en relación este principio con el impacto económico [1449] y presupuestario, además de las cargas administrativas. Aquí, el principio de eficiencia supone una racionalización[1450], de carácter asignativo, en la cual se lleva a cabo una maximización de los resultados deseados con los medios disponibles, en consonancia con el Análisis Económico del Derecho y conectando con una racionalidad práctica: se trata de considerar la percepción del "déficit de eficiencia pública"[1451] ante una situación de crisis económica y del Estado, generando una preocupación no solamente en la consecución de los resultados, sino en la forma para llegar a esto. No obstante, no existe una correlación exhaustiva y completa entre el principio de eficiencia y el impacto económico y presupuestario según dicho Real Decreto, además de que no se determina normativamente cómo se va a medir la eficiencia, ni los métodos que han de utilizarse[1452], y se carece del necesario engarce con el impacto distributivo y el reparto de la eficiencia[1453]. Ello exige una adecuada determinación de los sujetos beneficiarios y de los objetivos.

En otro orden de cosas, el principio de eficiencia se relaciona con otros principios como el de

1448 Esto hay que ponerlo en relación con lo indicado en el anexo VII de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, al referirse al impacto en los presupuestos de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

1449 Afirma Ponce Solé (2003: 125) que la inclusión del principio de eficiencia debe proveerse del "análisis de impacto económico de la regulación". También Gimeno Feliú (2010) afirma que es un principio relacionado con la economía y, en concreto, con la intervención pública en las distintas políticas económicas.

1450 Por ejemplo, una reducción del personal puede deberse a una simplificación procedimental, que podría reducir las cargas administrativas y los costes de empresas y ciudadanía. Así, se establece en la normativa autonómica de Castilla y León, ya que el principio de eficiencia se regula como principio de actuación según el artículo 5.c) de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, y el artículo 2 del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, diferenciándose estos principios de los propios de la calidad normativa (que se regulaban en el artículo 42.2 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo); sin embargo, ambos inspiran el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley y de los proyectos de disposiciones administrativas de carácter general.

1451 Téngase en cuenta el Capítulo II de este Trabajo. Asimismo, véase Rodríguez-Arana Muñoz (2002: 42); Gimeno Feliú (2010), quien hace hincapié en la vertiente económica de la decisión pública; y Gascón Abellán (2006: 46), que reconoce su clara conexión con la racionalidad teleológica y pragmática. También, Marcos Fernández (2009: 341) afirma que el principio de eficiencia representa el concepto de calidad sustantiva. Existen varias causas, en mi opinión, para dicho déficit como dar importancia a la consecución de los objetivos y no la forma de conseguirlos, una propaganda política que enaltece el aumento del gasto como algo positivo en todo caso, una visión más acentuada de la existencia de derechos y no de deberes, así como una falta de visibilidad en el ejercicio de las políticas públicas.

1452 Al respecto, ha existido un tránsito desde el óptimo de Pareto, hasta el principio de compensación Kaldor Hicks y la maximización de la riqueza social, como señala L. Hierro (1998), «Justicia, Igualdad y Eficiencia», *Isonomía*, 9, págs. 129-171 (págs. 135 y 136). Por otro lado, la OCDE (2014 b: 175), considera que la "CORA (...) reconoce la escasez de datos y sistemas de información que permitan a los ciudadanos comparar la efectividad y la eficiencia en la toma de decisiones y en la provisión de servicios", para lo cual recomienda la utilización de la "comparativa de mercados", señalando como ejemplo de su utilización Australia y México, con la finalidad de "motivar a los gobiernos subnacionales para adoptar la mejor regulación", para "ayudar a identificar retos y oportunidades", siendo de importancia en una "gobernanza multinivel", creando "incentivos para que las jurisdicciones se pongan a la altura como «defensores de la reforma» y promuevan esfuerzos hacia la calidad normativa".

1453 Esa preocupación por la maximización del bienestar social es puesta de manifiesto por Doménech Pascual (2014), «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública,* 195, págs. 99-133 (pág. 128), quien reafirma la importancia de la eficiencia, y cómo está repartida, especialmente en determinados ámbitos como podrían ser, en mi opinión, el tributario o el referido a la protección social.

eficacia, equidad, seguridad jurídica y simplificación, entre otros. La conexión con el principio de eficacia se pone de manifiesto por parte de la legislación, ya que ambos son principios de actuación de las Administraciones Públicas[1454], y, como se ha expuesto, el de eficiencia en un primer momento se incardinaba en aquel[1455]. Otro de los reseñados es el principio de equidad, ya mencionado en la asignación del gasto púbico (*ex* artículo 31.2 CE) que, a su vez, extiende su actuación como el principio de eficiencia a toda actuación pública, interna y externa, y que tiene su plasmación en la asignación equitativa de los recursos públicos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[1456]. En el ámbito jurídico, la equidad ha sido un concepto utilizado para corregir la aplicación de sistemas jurídicos rígidos y formalistas que se plasman en soluciones poco razonables o de manifiesta injusticia[1457], suponiendo, en cierta medida y según Del Vecchio[1458], el reconocimiento de la limitación del derecho positivo, para acudir a un criterio de la razón natural, que es un fundamento intrínseco del Derecho, en el cual se produce una adecuación de la realidad a la forma del Derecho. Para dicho autor la equidad se convierte en una forma de integración de la norma y la utilización de los principios generales del Derecho. Al respecto, el artículo 3.2 del Código Civil afirma que: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita". No obstante, en mi opinión, la equidad debería ir más allá de la interpretación, extendiéndose a la elaboración normativa. Otro principio concernido es el de simplificación, no solo por su afectación a las cargas administrativas y costes de ejecución, sino como racionalización de los recursos públicos[1459]. La simplificación debe atender a los tres ámbitos: normativo, orgánico y procedimental[1460]. Pero, dicha falta de simplificación afecta a la ciudadanía, en la asignación de recursos, en sus niveles de rentabilidad, así como en la ética y legalidad de sus actuaciones[1461].

1454 Así lo establece el artículo 3.1.h) y j) de la LRJSP.

1455 Afirma Gimeno Feliú (2010) que el principio de eficiencia coincide etimológicamente con el de eficacia, aunque presenta notas propias.

1456 Véase, por ejemplo, la STC n.º 13/1992, FJ 7.

1457 No obstante, el principio de eficiencia no es un todo para la justicia, sino la parte del todo. Así, afirma A. Calsamiglia (1988), «Justicia, eficiencia y derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, págs. 305-335 (pág. 305), que "una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarre recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa".

1458 G. del Vecchio (1958), *Sui principii generali*, Milán: A. Giuffré (pág. 255).

1459 Entre la doctrina se puede señalar a Montoro Chiner (2001: 94 y 95), quien manifiesta que "la simplificación procedimental, y la claridad procedimental son los elementos que más ayudan al ahorro presupuestario y al ahorro de costes de personal", véase, también, Gamero Casado (2014 b: 54) y Mora Ruiz (2016: 530 y 531), esta última afirma que el artículo 129.6 de la LPAC da "carta de naturaleza al principio de simplificación administrativa", y pone de manifiesto la necesaria relación con el artículo 7 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en el marco de la unidad de mercado. También, la OCDE (2008: 26) incide en dicha importancia.

1460 Véase Martín-Retortillo Baquer (1998: 8), aunque la simplificación procedimental no debe ser incompatible con la formalización del procedimiento de elaboración de normas, como indica Ponce Solé (2003: 138).

1461 Véase I. Gutiérrez Carrizo (2006), «Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico», en VV.AA. *Marco regulatorio y unidad de mercado* (págs. 121-149), Madrid: Círculo de Empresarios (págs.

Por último, y en clara conexión con el principio de eficiencia, el artículo 129.7 de la LPAC establece que en el supuesto en que "la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", lo cual está conectado con el impacto presupuestario y con el principio de eficiencia, y los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, evidenciando la relevancia de los títulos competenciales estatales de carácter económico y presupuestario como expusimos en el Capítulo III.

Junto a ello, la redacción del artículo 129.7 de la LPAC es muy similar al artículo 7.3 de la Ley Orgánica citada (referido al principio de "eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos"), con leves diferencias, ya que esta se refiere no solo a la iniciativa normativa, denotando un análisis de impacto normativo prospectivo, sino, también, a la evaluación de impacto normativo retrospectivo una vez aprobada la norma. Además, aunque la STC n.º 55/2018 no establezca el carácter básico de los principios de buena regulación en las iniciativas legales, sí le son de aplicación en relación con lo mencionado en dicho artículo 7.3. Una segunda diferencia viene referida a que dicho precepto no menciona una necesaria cuantificación para su valoración, que sí establece el artículo 129.7. Y, por último, este precepto relaja, con respecto a dicho artículo 7.3, su nivel de cumplimiento, al desaparecer del mismo la palabra "escrupuloso", aspecto que, por otro lado, supone un pleonasmo, ya que las normas se cumplen o no. No obstante, el artículo 129.7 no establece las consecuencias de incumplir dichos principios, lo cual debería concretarse[1462]. En consecuencia, atendiendo a lo anterior, la distinción entre los apartados 6 y 7 del artículo 129 es artificiosa, como mencionó el Consejo de Estado.

En definitiva, se puede afirmar que este principio general tiene su consideración como de buena regulación, diferenciada de otros, como el de eficacia, pero, no obstante, íntimamente relacionado con el resto. Su importancia reside en ser una plasmación del Análisis Económico del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual supone atender a una racionalidad práctica de los aspectos sustantivos de la decisión normativa, más allá de una estricta visión jurídica: la eficiencia es un elemento más a tener en cuenta para la decisión pública, solventando un problema de legitimidad

129 y 130). La OCDE (2014 b: 162 y 165) recomienda "diferentes técnicas para implementar la simplificación regulatoria" como, por ejemplo, las "ventanillas únicas", "intercambio de datos", "enfoques basados en el riesgo", "armonización de las obligaciones de información", "simplificar los procesos administrativos" y la "reducción de las cargas administrativas innecesarias".

1462 Así, también se podría establecer el cumplimiento de dichos principios en relación con el plan anual normativo.

sustantiva (especialmente referido a los gastos e ingresos públicos), debiéndose reforzar la conexión entre el principio de eficiencia con los impactos económicos y presupuestarios.

4.4. **El Análisis Económico del Derecho en España a través de la reducción de las cargas administrativas como instrumento más relevante**.

4.4.1. *Introducción y régimen jurídico*.

El tratamiento jurídico de las cargas administrativas en España es bastante tardío, estableciéndose, en un primer momento, a través planes y acuerdos [1463], asociándose la identificación, medición y reducción de cargas administrativas a la idea de simplificación administrativa[1464]. Así, a finales de los años 2000, debido a la influencia de la Unión Europea[1465], se estableció una estrecha colaboración entre la Administración General del Estado con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales para coordinarse en la identificación de posibles actuaciones de reducción de cargas administrativas, al ser estas dos últimas quienes aprueban buena parte de la normativa de la que derivan cargas administrativas. En virtud de lo anterior, a lo largo de 2009 las Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias acordaron, con el Ministerio competente en materia de hacienda y administración pública, un marco común de trabajo que permitiese abordar proyectos conjuntos de reducción de cargas[1466],

1463 Así, hay que partir del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre impulso de mejora de la reglamentación y reducción de cargas administrativas de 4 de mayo de 2007, a los que hay que añadir distintos Acuerdos del Consejo de Ministros, entre los que encontramos el que aprueba el Plan de Acción para la reducción de cargas administrativas de 20 de junio de 2008 (más el Acuerdo que desarrolla dicho Plan y el informe sobre el Plan de 9 de enero de 2013) y los que aprueban los paquetes de medidas (desde el 27 de junio de 2008 hasta el 27 de noviembre de 2015), accedido el 26 febrero 2019, de http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/GobernanzaPublica/Paginas/Simplificaci%C3%B3n%20Administrativa%20y%20reducci%C3%B3n%20de%20cargas/doc_referencia.aspx. Véase, al respecto, para un examen más profuso Canals i Ametller (2009: 48 a 67).

1464 Afirma Gamero Casado (2014 b: 5) que "podemos describir dos grandes aspectos sobre los que se proyecta la simplificación de los procedimientos administrativos, diferenciando entre reducción de cargas administrativas y racionalización o agilización del procedimiento administrativo". En este sentido, dicho autor (*op. cit.* pág. 5) establece que en el informe Reforma de las Administraciones Públicas presentado al Consejo de Ministros el día 21 de junio de 2013, en su página 141 bajo la rúbrica "Concepto de simplificación administrativa" se establece que el "proceso de simplificación administrativa y reducción de cargas burocráticas tiene por objeto medir los costes administrativos e identificar y reducir las cargas administrativas". No obstante, el mismo autor (*op. cit*., págs. 4 y 5) afirma que la simplificación administrativa se incardina dentro de un concepto más amplio de calidad normativa y, concretamente, sobre aquellos cuya finalidad es la reducción de las cargas administrativas. Al respecto, se puede señalar como un hito clave en simplificación administrativa el informe de la OCDE (2003), *From Red Tape to Smart Tape – Administrative Simplification in OECD Countries*, Paris: OCDE Publicaciones.

1465 Un ejemplo en España es la transposición de la Directiva de Servicios: véase F. Toscano Gil (2014), «La medida de reducción de cargas administrativas derivadas de la Directiva de Servicios», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 283- 308), Valencia: Tirant lo Blanch, que destaca como instrumento de reducción de cargas la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas y declaraciones responsables.

1466 La Administración General del Estado suscribió un Convenio con las Entidades Locales sobre el proyecto piloto de reducción de cargas en once municipios de distintos tamaños que habían sido propuestos por la Federación Española de

suscribiéndose el 22 de marzo de 2011 un nuevo Convenio entre el Gobierno estatal y dicha Federación para la reducción de las cargas administrativas en el ámbito local[1467]. En la misma línea, la Administración General del Estado firmó distintos convenios de colaboración con varias Comunidades Autónomas[1468], sin perjuicio de otras actuaciones realizadas por estas al respecto[1469]. Además, no solo se le dio participación a los distintos entes que pueden generar cargas administrativas, sino, también, al sector empresarial, suscribiéndose convenios anuales de colaboración con algunas organizaciones empresariales y con el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación[1470].

Municipios y Provincias, seleccionando una serie de procedimientos sobre los que se realizaría la detección, medición y, en su caso, supresión o reducción de las cargas administrativas que afectaban a empresas en atención a dichos procedimientos. De otra parte, en diciembre de 2010, y en virtud de dicha colaboración, el por entonces Ministerio de Política Territorial y Administración Pública aprobó el Manual de Reducción de Cargas Administrativas en el ámbito local, accedido el 23 abril 2021, de http://femp.femp.es/files/566-970-archivo/Manual_local_cargas_administrativas_23_12_2020-_con_logo.pdf.

1467 A partir de este nuevo convenio, el antiguo Ministerio de Política Territorial y Administración Pública y la Federación Española de Municipios y Provincias crearon un marco de estudio e intercambio de información en materia de reducción de cargas administrativas. Esta última se comprometió a difundir entre sus asociados aspectos de importancia a estos efectos, como el objetivo de reducción del 30 por ciento de las cargas administrativas y las buenas prácticas respecto de la ejecución del convenio de colaboración de 17 de febrero de 2009. Este 30 por ciento se estableció como objetivo del Programa de Mejora de la Reglamentación y Reducción de Cargas Administrativas, aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de mayo de 2007 (publicado por la Resolución de 23 de mayo de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública en el *BOE* núm. 140, de 12 de junio de 2007).

1468 Se firmaron convenios para el intercambio de información y de cooperación en proyectos comunes con más de la mitad de las Comunidades Autónomas: Cantabria (suscrito el 26 de noviembre de 2008, siendo la primera Comunidad Autónoma que se adhiere al Plan de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas y la Mejora de la Regulación, aprobado por el Gobierno), Aragón (20 de enero de 2011), Castilla-La Mancha (20 de enero de 2011, en virtud de un convenio marco de colaboración en materia de reducción de cargas administrativas suscrito el 18 de octubre de 2010), Comunidad Valenciana (25 de enero de 2011), Región de Murcia (31 de enero de 2011), Extremadura (31 de enero de 2011), Principado de Asturias (4 de febrero de 2011), Islas Baleares (7 de abril de 2011) y Comunidad de Madrid (20 de noviembre de 2012).

1469 Este es el caso de Andalucía con la aprobación de la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía, y de agilización de procedimientos administrativos (*BOJA* núm. 245, de 11 de diciembre de 2008): su disposición final décima, números dos y cuatro modifican, respectivamente, los artículos 43.2 y 45.1 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, estableciendo la posibilidad de realizar "cuando proceda, una valoración de las cargas administrativas derivadas de la aplicación de la norma para la ciudadanía y las empresas" en relación al procedimiento de elaboración de normas, tanto anteproyectos de leyes (art. 43.2) como proyectos de reglamentos (art. 45.1). Esta modificación no ha sido implementada, puesto que sólo se ha llevado a cabo un informe de valoración de cargas administrativas formal y ritual (que, además, actualmente se solapa con el contenido parcial de la memoria justificativa de los principios de buena regulación), y no ha habido desarrollo al respecto normativo ni de aplicación. De hecho, la posterior aprobación del Manual de Simplificación Administrativa y Agilización de Trámites de la Junta de Andalucía, aunque recoge una metodología al respecto, ha tenido escaso predicamento práctico dentro de la Administración de la Junta de Andalucía.

1470 Dichos convenios se centraron, especialmente, en pymes y el mercado interior. Así, se incluye a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales – Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, contando con el apoyo de la Red Empresarial de Cargas Administrativas y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (CSCOCIN), así como con las sugerencias recibidas a través de la web "Presenta Una Idea" del antiguo Ministerio de Administraciones Públicas. Afirma Gamero Casado (2014 b: 19), remitiéndose al informe de la Comisión interministerial para la Reforma de las Administraciones Públicas, página 147, que a finales de 2012 la estimación del ahorro ascendía a un total de 18.000 millones de euros. Los últimos convenios anuales suscritos por la Administración General del Estado para la identificación y reducción de cargas administrativas fueron el 21 de mayo de 2021 con la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, y con la Cámara de Comercio de España, ambos publicados mediante sendas Resoluciones de 24 de mayo de 2021 de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública (*BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 2021). Se han suscrito otros Convenios con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, con carácter anual, para el estudio y emisión de informes sobre la identificación y reducción de cargas administrativas que afectan a las

No obstante, el hito relevante en materia de cargas administrativas fue la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, cuyo artículo 2.1.d) reguló expresamente las cargas administrativas, por primera vez, en el procedimiento de elaboración de normas del Estado, y fue desarrollado en la Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[1471], estableciéndose, en ambos, que la identificación y medición de cargas es uno de los contenidos del impacto económico y presupuestario de la MAIN, aunque estos no tenían la relevancia de las cargas administrativas[1472]. Posteriormente, la LES considera la reducción de cargas administrativas como parte del contenido del principio de eficacia, como ya hemos expuesto[1473].

Esa necesidad de identificar, medir y, en su caso, reducir las cargas administrativas se traslada al ámbito de las Comunidades Autónomas que, desde finales de la década del 2000 hasta mediados de la década pasada, establecieron compromisos de intercambio de información y de cooperación en proyectos comunes y, sobre todo, para contribuir al cumplimiento del objetivo de reducción, siendo todas las Comunidades Autónomas, de una manera u otra, muy proactivas y prolíficas[1474]. En casi la totalidad de estos casos, existe un tratamiento conjunto de la simplificación junto con las cargas administrativas, teniendo en cuenta que España, al ser un Estado compuesto, acrecienta el fenómeno de la cascada de las cargas regulatorias. En este sentido, se aprobaron distintos instrumentos jurídicos para remediarlo, como la regla uno dentro y otro fuera o principio de

personas con discapacidad y a sus familias, siendo el primero de estos en el año 2014 (fuente CERMI, accedido el 23 abril 2022, de https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-propone-reducir-cargas-administrativas-innecesarias-las-personas-con), siendo el último convenio suscrito el de 23 de abril de 2021 (*BOE* núm. 107, de 5 de mayo de 2021).

1471 En el ámbito autonómico, hay que resaltar la aprobación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas en Cataluña, que entre sus finalidades incluye perfeccionar la actuación de sus Administraciones Públicas, "mediante la regulación de medidas de simplificación de trámites y procedimientos, para la reducción de cargas administrativas", de conformidad con lo establecido en su artículo 2.c). Así, la evaluación de la reducción de las cargas forma parte del contenido del informe de impacto normativo que, a su vez, se integra como parte del contenido mínimo que debe tener la memoria de evaluación del impacto, de conformidad con lo previsto en el artículo 64.3.c) [también en el artículo 36.3.b) de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, para los anteproyectos de ley]. Véase al respecto Mir Puigpelat (2012: 524 a 526).

1472 Esto se debe, según Marcos (2009: 349) a la "inclusión de los estudios de impacto normativo como una dimensión más", dentro de los planes de reducción de cargas administrativas, en relación con el del año 2008, demostrando que no se responde a "una estrategia integral de mejora en la calidad de la regulación", en contraposición con "lo que ha ocurrido a nivel comunitario".

1473 Véase B. Bozeman (2000), *Bureaucracy and Red Tape*, Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall (pág. 82), que asimila la burocracia con "normas 'malas' que no contribuyen a lograr el objetivo original de la norma".

1474 Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Valenciana que aprobó el Decreto 165/2010, de 8 de octubre, del Consell, por el que se establecen medidas de simplificación y de reducción de cargas administrativas en los procedimientos gestionados por la administración de la Generalitat y su sector público [concretamente artículos 3.2.b) y 10.2], y el denominado Plan de Simplificación y Reducción de Cargas Administrativas (Plan SIRCA), que tuvo dos ediciones 2010-2012 y 2013-2015. Sobre estos planes, véase A. Gavara Estañol (2014), «La simplificación de procedimientos y la reducción de cargas administrativas en la Generalitat de la Comunitat Valenciana», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 431- 461), Valencia: Tirant lo Blanch.

compensación de cargas (cuando se "creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente") del artículo 37 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre[1475]; no obstante, ante la parquedad del precepto, el mismo es completado, de forma inadecuada en mi opinión[1476], con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 2015, por el que se aprueban medidas para reforzar el seguimiento de la aplicación del principio de compensación[1477]. También, a estos efectos, hay que resaltar la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo artículo 7 denominado "principio de simplificación de cargas" contempla la situación de intervención de varias Administraciones en un procedimiento para un determinado operador destinatario, lo cual no debe suponer más cargas administrativas que si solo interviene una Administración[1478]; junto con el artículo 17.4, referido a la elección de un único medio de intervención para los operadores económicos, una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad.

Posteriormente, se aprueba el Manual de Simplificación administrativa y reducción de cargas de la Administración General del Estado, que supone la plasmación "de una propuesta de la Subcomisión de Simplificación Administrativa de la Comisión Interministerial para la Reforma de

1475 Véase, al respecto, un estudio comparado del principio de compensación de cargas en OCDE (2019 c), «One-In, X Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries», *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 11, accedido el 29 enero 2021, de https://doi.org/10.1787/67d71764-en, en cuya pág. 3 se establece una serie de sugerencias en la realización de las "compensaciones regulatorias" (*regulatory offsetting*): "incluir una metodología para el cálculo de los costes regulatorios", "vincular la responsabilidad de aquellos que redactan o aprueban las normas en encontrar dichas compensaciones", "configurar mecanismos de vigilancia de la calidad", "existencia de un fuerte compromiso y apoyo político" e "implementar dichas compensaciones como complemento a otras gestiones regulatorias". Al respecto, existen Estados que, a diferencia de España, tienen en cuenta todos los costes de cumplimiento para las empresas (*compliance costs for businesses*), como es el caso de Alemania y los costes de oportunidad para la sociedad (*opportunity costs to society*) como Estados Unidos. No obstante, dicha técnica no está exenta de críticas, al respecto Gamero Casado (2014 b: 20) al establecer que se refiere exclusivamente a las "nuevas cargas".

1476 Esta inadecuación se fundamenta en el hecho de que a través de un acto administrativo se está limitando el contenido establecido por un precepto legal, constriñendo su aplicación, a lo que se suma que se establecen una serie de informes, que deberían determinarse por disposición de carácter general, teniendo en cuenta que es una afección a terceros, al imponérsele a particulares y empresas dichas cargas. A estos efectos, la STSJ AND, Sala Sevilla, ROJ n.º 7256/2020, FJ 3.º reitera que los actos administrativos no pueden "regular parámetros económicos a aplicar frente al administrado".

1477 Cuando el departamento ministerial presenta, en término anual, un incremento de cargas deberá realizar una propuesta de compensación para el año siguiente, aunque excluyéndose de la medición en número amplio de supuestos (normas derivadas de la "legislación europea", los "acuerdos internacionales", la "normativa para la regulación de emergencias civiles", las "medidas para evitar el riesgo financiero", el "contener la inflación", "regular impuestos y tasas, multas y penalizaciones, cotizaciones a la seguridad social" y "cuando las normas tengan vigencia temporal" -principalmente un año-), para lo cual se emitirá un informe anual en el que verificar la reducción o incremento de cargas administrativas y su compensación o propuestas de compensación por parte de la actual Dirección General de Gobernanza Pública.

1478 Según la Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, elaborada por el Gobierno de España, accedido el 2 de mayo de 2019, de_http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/GuiaLGUMweb1.pdf, concretamente en su páginas 18 a 20, se trata de uno de los cuatro principios para alcanzar la unidad de mercado, identificándolo como "una de las principales fuentes de las cargas administrativas soportadas por los operadores: un insuficiente nivel de coordinación y cooperación entre autoridades", para lo cual es necesario un estudio en la elaboración de los procedimientos administrativos a través de las normas que les afecten, para evitar dichas duplicidades.

las Administraciones Públicas", creada en octubre del año 2012[1479], con la finalidad de llenar el vacío existente en las metodologías de aplicación por los centros que conforman dicha Administración en materia de simplificación administrativa y reducción de cargas.

En el ámbito autonómico, cabe destacar la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, en la que se remarca que las Administraciones Públicas de Cataluña deben fomentar instrumentos opcionales a la intervención administrativa para reducir las cargas administrativas de la actividad económica[1480].

Con la aprobación del artículo 129.6 de la LPAC, las cargas administrativas forman parte de la definición del principio de eficiencia, en tanto que principio de calidad normativa[1481], destacando el carácter económico de las mismas, al establecer un mandato a los poderes públicos con potestad normativa de "evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias" en el ejercicio de la iniciativa normativa[1482], sin perjuicio de la regulación del procedimiento de elaboración de normas estatal, que establece las cargas administrativas como contenido preceptivo de la MAIN[1483], y con una concepción diferenciada del impacto económico y presupuestario [1484] [las cargas

1479 La Comisión ha emitido distintos informes (desde el primero, de 3 de noviembre de 2014, hasta el emitido el 6 de mayo de 2016), accedido el 26 febrero 2019, de http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/GobernanzaPublica/Paginas/Simplificaci%C3%B3n%20Administrativa%20y%20reducci%C3%B3n%20de%20cargas/doc_referencia-.aspx.

1480 También, es necesario señalar la existencia de una base de datos de cargas administrativas denominada Sistema de Información de Cargas Administrativas (SICAD). Véase al respecto P. Ortí Ferrer (2017), «Capítulo X. Reforma del procedimiento normativo e implantación de instrumentos para una buena regulación: el caso de Cataluña», en J. Ponce Solé y A. Cerrillo i Martínez (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 219-244), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 235).

1481 Su relación con el principio de eficiencia es inequívoca, al ser un gasto público invisible, no sometido a topes, ni controles y son, la mayoría, traspasados a las empresas y ciudadanía en general, a diferencia del gasto público presupuestario, véase la Agencia Sueca para el Análisis de la Política de Crecimiento (Swedish Agency for Growth Policy Analysis) (2010), *The Economic Effects of the Regulatory Burden*, Östersund: Swedish Agency for Growth Policy Analysis, accedido el 29 enero 2021, de https://www.tillvaxtanalys.se/download/18.62dd45451715a00666f214dd/1586366216495/Report_2010_14.pdf, pág. 11.

1482 En este sentido, afirma M. Vaquer Caballería (2017), «Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común», en J. Ponce Solé y A. Cerrillo i Martínez (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 165-196), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 167), que podría conllevar una desregulación si se tiene una percepción negativa de la carga administrativa, "cuando se identifica sin más la regulación con una fuente de cargas, obligaciones y restricciones de derechos" y sin tener en cuenta la existencia de la necesaria defensa de "otros derechos", o en el supuesto de que se configure "apriorísticamente la eficiencia con la aceleración, la simplificación y la reducción de cargas y costes".

1483 El carácter preceptivo en dicha Memoria contrasta con lo establecido en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que lo considera preceptivo en la ordinaria, según su artículo 2.1.e), pero no se menciona para la abreviada (artículo 3). Sin embargo, parece establecerse una excepción en el artículo 26.11 de la Ley 50/1997, de 27 de octubre, en relación con los proyectos de decretos-leyes, al afirmar que le será de aplicación "la elaboración de la memoria prevista en el apartado 3, con carácter abreviado", sin haber mencionado dicha Ley en ningún otro momento este carácter, por lo que debe acudirse al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que no establece en la abreviada las cargas administrativas.

1484 Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJSP, en la MAIN ordinaria se establecía el análisis de las cargas

administrativas se recogen en la letra e) y ese impacto en la letra d) del apartado 3 del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre]. Asimismo, el artículo 130.1 de la LPAC establece la necesidad de tener en cuenta las cargas administrativas impuestas dentro de la revisión *ex post*[1485], más allá de lo reseñado para los principios de buena regulación. A esto hay que añadir los distintos informes, con carácter anual, sobre los Planes de Simplificación y Reducción de Cargas de los Ministerios, el último de 2020[1486].

En resumen, a los efectos que interesan a este Trabajo, existe una falta de traslación de la teoría a la práctica, siendo esa, además, incompleta y poco desarrollada, no solo por el tratamiento dispar entre procesos de evaluación, sino por la falta de tratamiento de cuestiones básicas como: la determinación de una metodología común, la falta de consideración de la gran generación de

administrativas dentro del impacto económico y presupuestario (concretamente del económico, según lo determinado en la Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo), no incluyéndose dentro de la MAIN abreviada. Pero, con la LRJSP cambia el criterio establecido anteriormente, y se exige que en la MAIN se contenga dicho análisis de cargas de forma singularizada [como, también, el artículo 2.1.e) Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre]. La conexión con el aspecto económico se pone de manifiesto, por ejemplo, en virtud de la relación entre las cargas administrativas con la productividad. Por contra, en el Derecho autonómico encontramos diferencias al respecto como es el caso de Cataluña, ya mencionado, donde se incluye dentro del informe de impacto normativo en virtud de lo establecido en el artículo 64.3.c) de la Ley 26/2010, de 3 de agosto.

1485 En el ámbito del Gobierno estatal, se establece como criterio fundamental para el análisis de los resultados de la aplicación de las normas identificadas en el Plan Anual Normativo, las cargas administrativas impuestas a los destinatarios de las normas (junto con el coste que suponen para la Administración), según el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Posteriormente, en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, se establece, simplemente, como uno de los criterios para identificar dichas normas en el Plan [artículo 3.1.b) referido al: "Incremento o reducción de cargas administrativas para los destinatarios de la norma que resulte significativo por el volumen de población afectada o por incidir en sectores económicos o sociales prioritarios"]. En el artículo 28.2.b) como parte del contenido mínimo que debe tener el informe anual de evaluación contendrá la identificación de "las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias" dentro del principio de eficiencia de la norma [también se recoge como contenido mínimo de la evaluación *ex post* en el art. 3.2.b) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo].

1486 Accedido, el informe de 2020, el 15 abril 2022, de https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/simplificacion/doc-referencia/INFORME_PSRC_2020.pdf. En el ámbito autonómico, hay que resaltar el andaluz, con la aprobación de varios instrumentos: en primer lugar, el Catálogo Electrónico de Procedimientos de la Administración Local (CEP@L), como instrumento de visibilización de trámites de los procedimientos de las Entidades Locales, incluyendo en su contenido la identificación y medición de sus cargas administrativas. Segundo, la aprobación del Acuerdo de 26 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se determina la participación de un grupo de trabajo de expertos para la simplificación normativa y administrativa en la elaboración del Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía (2018-2022) (*BOJA* núm. 61, de 29 de marzo de 2019) y el Acuerdo de 30 de noviembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan para la Mejora de la Regulación Económica en Andalucía. Horizonte 2024 (*BOJA* núm. 233, de 3 de diciembre de 2021). Tercero, la entrada en vigor del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, le otorga una gran relevancia, ya que establece varias disposiciones al respecto como la determinación de un órgano específico, la Comisión Interdepartamental de Coordinación y Racionalización Administrativa, que entre sus funciones está informar, a instancia de las Consejerías que lo impulsen, las iniciativas en reducción de cargas [artículo 5.2.b)]; el establecimiento de criterios de reducción de cargas (artículo 6.3); la necesidad de establecer, como un apartado en la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación en la elaboración de disposiciones reglamentarias y anteproyectos de ley, "un estudio de valoración de las cargas administrativas derivadas de la norma, justificando su necesidad y evitando la imposición de cargas innecesarias o accesorias" [artículo 7.2.f)]; como contenido del informe en materia de simplificación y organización [artículo 8.3.b)] y como parte del contenido de los Planes de Calidad y Simplificación normativa al incluir si están "justificados y correctamente cuantificados el coste y las cargas impuestas" en las normas. Por último, la aprobación del Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía (*BOJA* núm. 4, de 12 de marzo de 2020), modificando diferentes normas sectoriales, estableciendo una continuidad en las vías rápidas de reducción de cargas en sectores concretos realizada por la Junta de Andalucía.

cargas en un Estado compuesto, sus perjuicios y los beneficios de su mitigación[1487], así como la inadecuada aplicación del principio de colaboración y de lealtad institucional. Todo ello puede generar un gran perjuicio en el sector empresarial[1488] y en la ciudadanía, propiciando un Estado con amplias cargas, lo cual nos sitúa en un estadio inferior al resto de los países de nuestro entorno, generando una situación de ineficiencia e ineficacia en la sociedad y, en especial, de la economía española.

4.4.2. *Elementos esenciales que conlleva el análisis de las cargas administrativas*.

En la regulación jurídica de la Administración General del Estado no se ha establecido una definición de carga administrativa, siendo en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, donde se establece como "aquellas tareas de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y los ciudadanos y ciudadanas para cumplir las obligaciones derivadas de la norma"[1489]. Así, suponen un tipo de coste administrativo de cumplimiento formal[1490] por parte de los destinatarios de las normas, exigidos por estas y que no se continuarían realizando si se derogasen[1491]. Estas obligaciones de información consisten,

1487 Véase, al respecto, Santamaría Pastor (2016) quien afirma que "las Administraciones suelen padecer una ignorancia enciclopédica de todas las consecuencias, cargas y costes que se imponen al sector privado" y, además, "que cuando los conocen, suele tratarse de noticias puramente aproximativas". Dicha importancia es mencionada por la Agencia Sueca para el Análisis de la Política de Crecimiento (2010: 8), ya que establece que "existe una fuerte evidencia de que una pesada carga regulatoria impacta negativamente en las empresas en el mercado y, por lo tanto, contribuye a reducir la presión competitiva y la existencia de un espíritu menos empresarial", junto con la afectación a la capacidad adaptativa de las empresas al mercado.

1488 A estos efectos no se establecen prioridades como en otros países, como es el caso de Australia que, según la OCDE (2008: 101), delimitó sus áreas prioritarias en aquellas que existe un "exceso de cobertura", determinó los "requisitos de la normativa superpuestos e inconsistentes", respecto de una "normativa redundante o que no está justificada por la política que se pretende", imponiendo "cargas excesivas de información o documentación" o estableciendo "variaciones en las definiciones y en las solicitudes de informes".

1489 Sobre el concepto de carga administrativa, afirma Rego Blanco (2014: 248) que es un neologismo en proceso de juridificación, por lo que es dificultoso su determinación. No obstante, una cosa es que no existe una definición normativa de carga administrativa, pero sí una clara determinación sobre su definición, especialmente en el derecho blando en España, teniendo en cuenta sus contornos básicos según la experiencia propia y comparada, más allá de las especialidades de cada país. Así, un Estado que ha plasmado normativamente en una norma con rango de ley la definición de carga administrativa es Canadá, concretamente en la Ley de Reducción de Cargas Administrativas (*Red Tape Reduction Act*) (S.C. 2015, c. 12), que entiende por carga administrativa (*administrative burden* o *fardeau administratif*) "todo lo que sea necesario para demostrar el cumplimiento de una regulación, incluida la recopilación, el procesamiento, la presentación de informes y la retención de información y la cumplimentación de formularios".

1490 Así, los define Betancor Rodríguez (2009: 260 y 261) como "costes accesorios" o formales respecto de los costes que se generan por el cumplimiento sustantivo de la normativa, pero no menos importantes que estos, ya que, con independencia de su relevancia política, aquellos tienen una "mayor capacidad de reducción". Dichas cargas constituyen un subconjunto de los costes administrativos derivados de la normativa, que, a su vez, forman parte de los costes administrativos generales y que constituyen un tipo de coste de cumplimiento. Por lo cual, no es una carga administrativa y sí coste administrativo derivado de la normativa, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando si se derogase la normativa.

1491 No obstante, no puede perderse de vista los supuestos en los que las Administraciones Públicas exijan en la práctica documentos que no vienen en la norma, generando una carga administrativa invisible, estén o no establecidos en actos administrativos de ejecución de dichas disposiciones, cuestionando los principios de proporcionalidad y legalidad. Véase

según el Anexo V de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en "facilitar, conservar o generar información sobre sus actividades o su producción, para su puesta a disposición y aprobación, en su caso, por parte de autoridades públicas o terceros." Además, la Guía determina su importancia respecto del análisis del impacto económico[1492], englobándose así en la MAIN, ya que su reducción o eliminación puede suponer un aumento de la riqueza económica del país, pues se invierte ese tiempo y medios en llevar a cabo otras actuaciones, pudiendo generar una mayor productividad u otros elementos de crecimiento de las empresas o ahorro de costes; y porque dichas cargas [denominadas coloquialmente como "papeleo" (*red tape*)] pueden "ser un desincentivo a la creación de nuevas empresas"[1493] ante la inamovilidad de los oferentes del mercado, un aumento de los plazos para resolver (generando unas pérdidas a las empresas durante el tiempo de inactividad, aumentando la carga de endeudamiento y de financiación) y, por ende, de los costes de la Administración[1494]. A lo anterior, coadyuva la hipertrofia normativa generada por los distintos centros de producción normativa, agravado por una falta de coordinación entre ellos, con redundancia normativa y de cargas administrativas[1495] u otras añadidas, que originan una cascada de aumento de precios o costes para la ciudadanía, y una falta de competitividad de las empresas en el ámbito internacional[1496], incluso en el supuesto de unos costes muy residuales para las empresas y la ciudadanía[1497].

Rego Blanco (2014: 277 y 278), que afirma que habría que tener en cuenta, al respecto, que las segundas, según la doctrina, suponen una "imposición de cargas *extra legem*" que contraviene el último principio señalado, el cual es "esencialísimo en un Estado de Derecho". Al respecto, Gamero Casado (2014 b: 21) determina que "por encima del principio de intervención mínima, en España haría falta un recordatorio explícito a las autoridades administrativas y a los propios empleados públicos de la prohibición de exigir requisitos no expresamente previstos en la legislación vigente".

1492 Véase Betancor Rodríguez (2009: 254).

1493 OCDE (2008: 13).

1494 Entendiendo los costes en que incurre la Administración para tramitar la documentación correspondiente, véase, al respecto, Betancor Rodríguez (2009: 259). Así las cosas, los costes administrativos del conjunto de la Unión Europea de sus veinticincos Estados miembros en el año 2005 se situaba en torno al 3,5% del Producto Interior Bruto comunitario, según la Unión, basándose en un estudio realizado por la Oficina Holandesa para el Análisis de la Política Económica (*Dutch Bureau for Economic Policy Analysis, CPB*) al analizar los efectos de las políticas gubernamentales. Según la Comisión Europea en el documento denominado Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea (*Measuring administrative costs and reducing administrative burdens in the European Union*) (14.11.06). COM (2006) 691 final, basado en H. Kox (2005), «Intra EU differences in regulation-caused administrative burdens for companies», *CPB Memorandum*, IV/2015, concretamente España alcanzaba un 4,6%, entre los países que más cargas administrativas establecían. En virtud de lo anterior, la Comisión Europea estimó una reducción del 25% de las cargas administrativas que imponía la normativa vigente, tanto comunitaria como nacional, en la Unión Europea, lo que implicaría un incremento del 1,3% en el Producto Interior Bruto de dicha Unión (en España se estimó en un 1,7%) (a mayor carga administrativa existente, su reducción supondrá un mayor crecimiento del Producto Interior Bruto en términos cuantitativos), véase al respecto a Gamero Casado (2014 b: 17).

1495 A estos efectos, P. López García, A. Estrada García y C. Thomas Borao (2008), «Una primera estimación del impacto de las cargas administrativas en España», *Boletín Económico*, 7-8, págs. 81-92.

1496 Véase Gutiérrez Carrizo (2006: 129 y 130), ya que dichas cargas excesivas no solo afectan a la rentabilidad de las empresas, sino que pueden desembocar en un trato más favorable del regulador y en barreras de entrada para aquellos que no puedan asumir con sus medios dichas cargas.

1497 Betancor Rodríguez (2009: 253 y 254) entiende que se ha limitado el análisis a las cargas administrativas por "razones de mayor eficacia", señalando que la reducción del coste total de la regulación es "muy difícil llevar a cabo". Por esta razón, en mi opinión, y tal vez por el camino abierto por las entidades internacionales a través de una metodología de reconocimiento, facilitaría la práctica y el impulso necesario, continuando, posteriormente cuando se haya perfeccionado, con otros costes como han hecho otros Estados como, por ejemplo, Alemania.

La reducción de cargas administrativas debe ir acompañada por un cambio de una Administración compleja (que analice la documentación previamente al inicio de la actividad) a una simple (que evalúe posteriormente en virtud de unos determinados casos, con las adecuadas excepciones) [1498] . Además, supone un instrumento de medición económico de la calidad normativa[1499] en términos cuantitativos, de ahí su conexión con el principio de eficiencia del artículo 129.6 de la LPAC, para comparar la situación en la cual nos encontramos y su correspondiente proyección con respecto de lo que se va a producir. Supone, en definitiva, la asunción definitiva por el Derecho administrativo español del Análisis Económico del Derecho[1500], afectando, también, al principio de legalidad[1501], por ejemplo, al evitar corruptelas de economía sumergida. Así es la importancia de la medición de las cargas administrativas, que la mencionada Guía Metodológica afirma la necesidad de la cuantificación económica no solo de las que se van a introducir, sino, también, de las que se van a suprimir o reducir con respecto a la situación anterior.

1498 El cambio a una Administración simple puede generar una falta de prevención de posibles daños a bienes jurídicos especialmente importantes como, por ejemplo, la salud y el medio ambiente, afirmando Ackerman (2013: 127) que se trasladan dichas controversias propias del Análisis Coste Beneficio a la identificación, medición y reducción de cargas administrativas. Dicho cambio debe conllevar el establecimiento de un sistema para llevar a cabo una evaluación posterior en virtud de los riesgos o incumplimientos [véase Betancor Rodríguez (2009: 267) que pone como ejemplo el Informe *Hampton* de 2005], ya que lo que se intenta es, por un lado, no trasladar dichas cargas administrativas a un momento posterior y, en segundo lugar, dichas actividades de información deben hacerse en supuestos que pueden generar situaciones conflictivas. A esto, hay que añadir los posibles costes de evaluación que suponen [aunque en relación con las cargas administrativas son más asequibles, ya que como afirma Betancor Rodríguez (2009: 255 y 261) los costes de evaluación sobre las cargas administrativas es la opción más práctica, por su carácter fácilmente identificable y su carácter técnico]. Como contrapartida se puede mencionar que la reducción de las cargas administrativas puede generar una disminución de actividades y, por consiguiente, de empleos a corto plazo, según Iváñez Gimeno (2009: 326 y 327) o al menos poner de manifiesto, en mi opinión, aquellos sectores que directamente beneficiados por dicha gran cantidad de cargas, como también a la homogeneización en la cuantificación de las cargas administrativas podría no responder a la realidad heterogénea española, como se verá más adelante, existiendo una íntima relación con la necesidad de tener en cuenta el impacto distributivo del proyecto normativo y el principio de solidaridad.

1499 Así, la reducción de las cargas administrativas es uno de los instrumentos necesarios para la consecución de una Administración accesible, abierta y cercana a la ciudadanía, según el apartado 2.2.1 de la Carta de Compromisos con la calidad de las Administraciones Públicas españolas de 20 de octubre de 2009, accedido el 23 abril 2021, de https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/calidad/red-interadministrativa/Carta_Compromisos_Octubre_2009.pdf.pdf.

1500 Sobre dicho análisis y el debate sobre sus pros y contras, realizan un resumen de las distintas opiniones doctrinales al respecto T. Kirat y F. Marty (2012), *Economía del Derecho y de la Regulación*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia, al afirmar que "mientras que algunos la encuentran como una poderosa herramienta capaz de ayudar a la doctrina o a la jurisprudencia a superar las dificultades teóricas o prácticas a las que el razonamiento jurídico clásico puede confrontarse", por el contrario otros "ven el riesgo de contaminación en el campo del derecho por referencias que apuntan al orden de la economía y del mercado".

1501 Al respecto Iváñez Gimeno (2009: 335 y 336) con fundamento en el documento de la OCDE (2007), *Framework for the Evaluation of DMR & Entrepreneurship Policies and Programmes. Final draft (CFE/SME)*, Paris: OCDE Publicaciones, establece que la OCDE afirma que la "complejidad de las trabas administrativas fomenta tanto la corrupción en cuanto que las nuevas empresas se ven obligadas por exigencias del mercado a buscar vías alternativas para lograr su legalización" y "favorece la existencia de una economía sumergida en cuanto que muchas empresas actúan en el mercado sin tener los permisos exigidos por la legislación". Afirma, también, al respecto F. Becker Zuazua (2006), «¿Qué hacemos con la regulación?», en VV.AA., *Marco regulatorio y unidad de mercado (págs. 39-63),* Madrid: Círculo de Empresarios (pág. 50), que en el caso de que "el marco regulatorio" establezca "demasiadas restricciones, se incentivan actividades que se desarrollan de manera irregular", existiendo una clara relación directa de proporcionalidad entre las restricciones y la "economía informal".

De la definición expuesta, hay que analizar los distintos elementos que la conforman: en primer lugar, la determinación de la palabra cumplimiento, entendiendo por este la medición de los costes en que incidirían las empresas afectadas al seguir la normativa. En este caso, se distinguen dos tipos de cumplimiento: el pleno, que mide los costes en relación con todas las empresas afectadas al seguir íntegramente la normativa (estableciendo, en consecuencia, el número de empresas que deben cumplirla); y el real, que mide los costes reales de las empresas afectadas al cumplir dicha normativa (determinando el número de empresas que lo hacen), siendo esta última la opción elegida en España.

En segundo lugar, debe concretarse el concepto de obligaciones de información que, según el Modelo de Costes Estándar, requiere suministrar información y datos o tenerlo disponible para el sector público o terceras partes. Estas obligaciones de información conllevan unos requerimientos o solicitudes de datos, y, además, cada una puede conllevar una o varias solicitudes[1502]. A su vez, para aportar la información de cada requerimiento, debe realizarse una serie de actividades administrativas específicas, interna o externamente (mediante la subcontratación), calculando el Modelo de Costes Estándar los costes de realización de cada una de dichas actividades. En algunas ocasiones, debe tenerse en cuenta la necesidad de llevar a cabo adquisiciones para cumplir una actividad específica, y, en los casos en que estas sólo se utilicen para seguir el requisito normativo deben formar parte del cálculo[1503]. En todo caso, hay que tener en cuenta que la obligación de información responde a un objetivo o finalidad sustantiva, sin que pueda identificarse un listado cerrado de obligaciones, debido a su heterogeneidad, resultando ejemplificativas las previstas en el Anexo V de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, deberían determinarse las obligaciones de información[1504], para lo que habría que concretar el ámbito normativo susceptible de medición, que podría incluir todas las normas aplicables a un determinado territorio. En ese caso, supondría

1502 Por cada solicitud de datos hay que entender cada elemento de información que debe aportarse al cumplir una obligación de información, por ejemplo, facturación, empleo, acciones, etc.
1503 A estos efectos, véase Betancor Rodríguez (2009: 264, gráfico n.º 16).
1504 Afirma la Autoridad Empresarial Danesa (*Erhvervsstyrelsen*) (2012), *Manual para la medición basada en actividades de las cargas administrativas corporativas* (*Manual til Aktivitetsbaseret Måling af Virksomhedernes Administrative Byrder, AMVAB*), accedido el 28 enero 2021, de http://filer.erhvervsstyrelsen.dk/file/372040/amvab-manual.pdf, págs. 17-27, que consiste en una "fase preliminar" de la medición que supone la "división de la norma en una serie de obligaciones de información y requisitos de divulgación", la "identificación y delimitación en relación con la normativa relacionada", la "identificación de los segmentos comerciales relevantes", la "obtención de información básica" al respecto referido a la "población y frecuencia" y, por último, la "identificación de los parámetros de los costes".

un cálculo integral de la realidad jurídica de un país[1505], aunque este no es el caso del sistema de medición español, ya que el anexo de la Guía solamente se refiere a la normativa estatal, a diferencia de otros países, que optan por medir toda la normativa (nacional, europea e internacional). A mi juicio, esta es la mejor opción, ya que supone una medición completa de la incidencia de la realidad jurídica en la sociedad, no dejando espacios libres a la medición de la misma.

De otra parte, se plantea la cuestión de la inclusión de determinadas actuaciones que no sean obligatorias en virtud de las normas (por ejemplo, las que son consecuencia únicamente del propio funcionamiento de la empresa). Dentro de dicho concepto, según el Método Simplificado Español, se incluyen aquellas "actividades voluntarias administrativas derivadas de una diligente gestión empresarial", como la solicitud de una subvención o la inscripción en registros voluntarios. Dentro de este tipo de actividades, podemos diferenciar entre las de seguimiento necesario y las que no lo son, de forma que las primeras vienen referidas a la normativa que las empresas pueden escoger observar, pero que se considera necesaria para estar en el mercado y las segundas no.

Los sujetos vinculados por estas obligaciones, que han de cumplirlas, deben constar en la MAIN, en virtud del artículo 26.3.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre [también, el artículo 2.1.e) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre], especialmente las pequeñas y medianas empresas, ya que sus esfuerzos de cumplimiento son superiores a la de las grandes empresas[1506]. De acuerdo con el ámbito del Análisis de Impacto Normativo *ex ante*, se menciona a los "obligados a soportarlas", pudiendo entenderse por estos aquellos que son distintos de la Administración, que

1505 Según Betancor Rodríguez (2009: 262), el Sistema de Costes Estándar clasifica las obligaciones de información dependiendo de la normativa que lo exija: internacional o europeo, internacional o europeo pero que tiene una implementación nacional y aquellos que tienen un origen exclusivamente nacional.

1506 Aspecto no mencionado en el anexo V de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo cuando se determina el coste directo de las cargas administrativas, ya que estas pueden absorber los impactos negativos de su cumplimiento por la economía de escala, siendo un elemento negativo para el cumplimiento de las cargas, tratar a todos los sujetos de la misma manera. Puesto de manifiesto en el documento denominado "Las cargas administrativas soportadas por las microempresas y los empresarios autónomos españoles", elaborado en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y CEOE CEPYME celebrado en el 2012, págs. 3 y 4, accedido 12 de febrero de 2019, de http://contenidos.ceoe.es/resources/image/cargas_administrativas_microempresas_autonomos_2012.pdf. Al respecto, Gamero Casado (2014 b: 22) establece que es necesaria la adaptación del marco regulatorio al tamaño de la empresas como una técnica de reducción de cargas administrativas, tomando como argumento el informe de la Comisión Europea, Minimización de la carga regulatoria para las pyme, adopción de las necesidades de las microempresas en la regulación de la Unión Europea (*Minimizing regulatory burden for SMEs Adopting EU regulation to the needs of micro-enterprises*), COM (2011) 803 final, debido a las dificultades de las pymes en el contexto jurídico español y que a estas les afectan en mayor medida las cargas administrativas que a las grandes empresas, como afirma Canals i Amteller (2009: 47) que: "Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos" y los tres factores que los diferencian según Iváñez Gimeno (2009: 322): los costes de la regulación son fundamentalmente fijos, por tanto más asimilables por las grandes empresas que por las pequeñas; la menor eficacia de las pymes para resolver los trámites administrativos; y que el empresario tenga que enfrentarse directamente a las obligaciones administrativas.

pueden considerarse como sujetos pasivos de las cargas. Así, la definición de cargas administrativas realizada por la Guía Metodológica establece como obligados a soportarlas tanto a las empresas como a la ciudadanía[1507] que tengan una relación directa o indirecta con las mismas (prestando especial atención el modelo de medición español al sistema empresarial), entendiendo por "empresas", tanto las privadas en un sentido estricto, con independencia de "su volumen o naturaleza jurídica", "como los emprendedores que inician su actividad empresarial o profesional y cualquier otra entidad cuyas actividades surtan algún efecto en el tráfico económico". El concepto fundamental y, a su vez, unidad de medición de un análisis del Modelo de Costes Estándar es el de "empresa de eficiencia normal", es decir, las que solucionen sus tareas administrativas y no sean particularmente eficientes o ineficientes por varios motivos[1508].

Asimismo, hay que precisar la cuantificación del "coste de su cumplimiento por la Administración", lo que incluye a la Administración que elabora la norma y aquella que tenga que implementarla[1509]. A estos efectos, debe determinarse el alcance del término "Administración" del artículo 26.3.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en el sentido de referirse a la Administración General del Estado, aunque la Guía Metodológica no incluye a la Administración como sujeto obligado a soportar las cargas administrativas[1510]. En este sentido, se excluye de este término a las empresas o cualquier entidad de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (fundaciones y sociedades mercantiles), según el artículo 2.3 de la LRJSP, por lo que, en mi opinión, justificaría la interpretación de su consideración como sujetos pasivos de las cargas administrativas.

Por último, debe llevarse a cabo un proceso complejo para la concreción de las cargas administrativas que debe partir de tres fases necesarias: primero, de identificación; segundo, medición; y tercero, en su caso, reducción o eliminación. La primera de dichas fases debe comenzar por una identificación de las obligaciones de información que, en el caso español, ha partido de la experiencia de los sectores afectados para determinarlas (para lo cual hay que recordar los distintos Convenios suscritos entre la Administración estatal y la patronal, como se ha

1507 Separándose de la concepción original del Modelo de Costes Estándar, que fue elaborado por los Países Bajos como análisis de las normas centrado en los efectos que producen sobre el sector empresarial.
1508 Su identificación puede llevarse a cabo mediante entrevistas a empresas representativas del grupo objetivo, para concretar unos parámetros generales para determinar la eficiencia normal de una empresa.
1509 Cuando no existe coincidencia entre la Administración que elabora y aprueba la norma y quien la ejecuta, puede generar déficit de implementación, aspecto mencionado en el Capítulo III, lo cual puede afectar en las cargas administrativas a imponer.
1510 Un aspecto controvertido, que puede enervar dicha afirmación es la consideración de Administración Pública como particular interesado, como puede ser como beneficiario de una subvención.

mencionado anteriormente)[1511].

Una vez identificadas, se debe proceder a la medición de las cargas, para lo cual debería utilizarse una metodología común entre la Unión Europea y los Estados miembros, según la COM (2005) 97 final. Sin embargo, esto no ha sido del todo así, ya que, en vez de utilizar la metodología de costes estándar empleada en la Unión, en España se ha utilizado una metodología derivada del Modelo de Costes Estándar[1512], denominada Método Simplificado de Medición de Cargas Administrativas y de su Reducción, que no se regula expresamente en ninguna norma en el ámbito de la Administración General del Estado. Sí se recoge en distintos instrumentos jurídicos, especialmente de *soft-law,* como es la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, concretamente en su anexo V[1513]. Asimismo, el método no establece expresamente que sea de aplicación a todas las Administraciones Públicas, más allá de su posible utilización voluntaria por el resto de las Administraciones Públicas, al determinar la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que "puede ser aplicado por todas las Administraciones Públicas de nuestro país" y del compromiso de su utilización común por las Administraciones Públicas, en virtud del acuerdo alcanzado entre el Estado, las Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias en noviembre de 2009, con el objetivo de compartir una misma metodología de medición, lo que, claramente, coadyuva al principio de seguridad jurídica y al de unidad de mercado.

Por último, la medición debe ser expresada en euros y en términos anuales, efectuándose mediante la multiplicación de los tres elementos de la fórmula que se establece en la parte final del anexo V de la Guía Metodológica, para llevar a cabo la medición de cada una de las cargas administrativas, con independencia de su establecimiento, mantenimiento, reducción o

1511 No obstante, para una completa identificación, debe partirse de un estudio de las normas existentes y de los procedimientos que contemplan, siendo conveniente la existencia de instrumentos jurídicos específicos. Véase sobre esta cuestión, M. Mora Ruiz (2014), «Capítulo Segundo. Metodología y organización administrativa de la simplificación de procedimientos», en E. Gamero Casado (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 77- 117), Valencia: Tirant lo Blanch.

1512 Afirma la OCDE (2011 b: 145) que es una práctica generalizada en muchos países la aplicación de la variante del modelo de costes estándar. Influencia resaltada expresamente en el Acuerdo para el desarrollo del Plan de Reducción de Cargas Administrativas y la Mejora de la Regulación, aprobado por el Consejo de Ministros de 20 de junio de 2008.

1513 El modelo fue "validado por empresas consultoras y otros expertos en racionalización y simplificación normativa", según el Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado, como, también, incorpora las "sugerencias aportadas por todas las Administraciones Públicas españolas, gozando de un alto grado de consenso" (pág. 48), pero sin determinar, en ambos casos, cuáles son y qué observaciones o sugerencias realizaron. En el Anexo V de la Guía no se determina las fases y etapas que componen la metodología, restando claridad, transparencia y simplicidad al procedimiento de identificación y medición, a diferencia del sentir de otros órganos especializados como era la antigua Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006: 26 -56) que contemplaba tres fases, cada una comprendida de varios pasos o etapas: la primera se realiza un análisis preparatorio, en la segunda una recolección de la información sobre tiempo y costes y estandarización, y, una tercera sobre cálculo, presentación de los datos e informes.

eliminación. En mi opinión, debe procederse a la cuantificación en todo caso, en contraposición de lo que recoge la Guía Metodológica, ya que afirma que "se cuantificarán cuando sea posible", precisándose su modificación. Esta indeterminación sobre la cuantificación de la carga administrativa resulta contraproducente, dificultando la labor de ponderación necesaria para adoptar una determinada decisión[1514].

La medición de cada actividad o trámite administrativo será calculada a partir de lo que cuesta realizarlo, del tiempo invertido, del número de veces que se realiza y la población afectada. Los tres elementos para la medición son:

En primer lugar, el coste unitario de cumplir con la carga[1515], siendo la gran diferencia respecto del Modelo de Costes Estándar, calculándose en función de los parámetros "tiempo" y "precio". Estos valores, según la Guía (página 76), serán revisados periódicamente en virtud de los datos futuros a los que se tenga acceso, aunque, desde hace, prácticamente, más de diez años no se revisan, ya que los valores son los plasmados en la Guía Metodológica del año 2009, no respondiendo a la realidad de las actuaciones a llevar a cabo para cumplir con las obligaciones de información, ni de una operación concreta en cada caso[1516]. Asimismo, el parámetro precio[1517] se compone de una tarifa, que puede constar de costes internos, que son los "costes salariales más los gastos generales", y los externos, que consisten en la "subcontratación de servicios", referido al coste por hora generado por los proveedores", y, en su caso, "ciertas adquisiciones" que "pueden incluirse como coste promedio anual por cada año que se espera que dure la compra", todo ello para atender la obligación de información[1518]. En todo caso, el parámetro no responde a la heterogeneidad de los distintos lugares de España.

Por otro lado, el parámetro tiempo consiste en la cuantificación de la duración requerida para completar la actividad administrativa.

1514 En mi opinión, a estos efectos, la Guía se contradice, porque, por un lado, afirma que "se cuantificará" y, por otro lado, "se cuantificará cuando sea posible", siendo más acertado lo primero.
1515 Se reflejan los distintos costes unitarios de distintas cargas en el Anexo V de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y en el Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado, página 77.
1516 Piénsese en las diferencias de cuantías entre solicitud presencial y electrónica (la primera 80 y la segunda 5 euros). Al respecto, véase Gamero Casado (2014 b: 30 y 31).
1517 Esto se debe a que en algunos sitios los precios son distintos que otros, por varios factores, como, por ejemplo, el nivel de vida, la competencia, la orografía y los impuestos. En este sentido, pero referido al Modelo de Costes Estándar, distingue Gamero Casado (2014 b: 15), entre otros, el "país o región de referencia", así como "el sector económico o productivo en examen".
1518 Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado, página 45. Los costes que se pueden utilizar para varios propósitos, más allá del cumplimiento de la obligación de información, no se incluyen, por ejemplo, los costes de las conexiones a internet.

De todas formas, al final del anexo V de dicha Guía se presenta "una tabla de valores estándar basada en las mediciones efectuadas", que se compone de dos partes[1519]: una referida a la "medición del coste de la carga (existente, establecida o eliminada)", siendo el cálculo de las reducciones la "diferencia entre los valores de los costes respectivos". Y otra la medición del importe agregado de la reducción, que se utiliza en aquellas que no se puede calcular siguiendo lo anterior, "especialmente en el caso de reducciones complejas y modificaciones procedimentales o normativas", no pudiendo "usarse para el cálculo de costes directos" (según el Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado, pág. 81). Por último, señalarse que los costes unitarios podrán ser acumulativos.

En segundo lugar, se encuentra la frecuencia[1520], que establece "cuántas veces al año debe cumplirse el trámite", pudiendo deducirse directamente de la norma jurídica. En este sentido, puede ocurrir que una misma obligación tenga que cumplirse de forma diferente y en otras será necesario hacer algún cálculo para su utilización. Se pueden presentar, así, dos supuestos establecidos por la norma: a) se repite o renueva con carácter periódico, en cuyo caso se lleva la frecuencia a un denominador anual; b) la obligación de información se produce con la ocurrencia de un hecho, por ejemplo la constitución de una empresa, para lo cual se establece su frecuencia con la estimación del número de expedientes con carácter anual, por lo cual no se multiplicará por la población (ya que son el mismo dato la frecuencia y la población), multiplicándose el coste unitario por la frecuencia. Además, en algunos casos, se reduce o aumenta la frecuencia del trámite u obligación, para lo cual la frecuencia será el resultado de la diferencia entre la inicial y la disminuida o aumentada[1521].

En tercer lugar, la población determina "cuántas empresas se ven afectadas por la norma" para cumplirla, excluidos los que "potencialmente podrían estar afectados"[1522]. Sin embargo, cuando se contempla la posibilidad de cumplir la carga "puede o no ser utilizada por todos los interesados", por ejemplo, el uso digital, la Guía no determina si se "estimará la población que hace uso de este

1519 En el punto 2 del anexo V de la Guía se establece una relación, con su correspondiente identificación, de cargas administrativas que no es exhaustiva, ni las categorías de las que se componen son excluyentes, pero permite identificar tanto los trámites obligatorios como los voluntarios.

1520 El elemento denominado "cantidad" recogido en el Modelo de Costes Estándar se corresponde en el Método simplificado con las variables mencionadas "población" y "frecuencia".

1521 Por ejemplo, si se pasa de una obligación semestral a anual, la frecuencia aplicada a la reducción será una (las veces al año que se ha eliminado la obligación). Aunque, la Guía no lo señala (página 77), en el supuesto que aumentase la frecuencia, siempre, por supuesto, que esté justificado, se llevaría a cabo la operación inversa a la anterior.

1522 Se afirma, por último, en el punto 4 del anexo V de la Guía, que los datos de la población se encontrarán en el Instituto Nacional de Estadística o, en su caso, en los propios centros directivos si existiesen los mismos.

acceso" (no obstante, cabría suponer que, "con el transcurso del tiempo, todos los interesados se acogerán a la mejora"). De igual modo, la idea de población puede aplicarse a un "acontecimiento", como el "número de solicitudes, expedientes o informes anuales".

Por último, el Modelo de Costes Estándar establece la posibilidad de medir el "reembolso de los costes administrativos"[1523].

En España no se establece previamente un umbral mínimo de los costes de medición que compensen la realización de una "medición de base", que consiste en "una valoración de los costes administrativos generales que las empresas deben asumir como consecuencia del cumplimiento de la normativa vigente en un determinado momento" ("una medición de base puede incluir sólo determinados sectores normativos o toda la regulación que afecte a la empresa")[1524], debiendo ser actualizada con las nuevas normas que entren en vigor, utilizando una medición de calidad similar a la base. Su establecimiento responde a que los costes que genera el proceso de medición de la norma no compensan la simplificación, pudiendo consistir en un número de horas al año.

La medición de las cargas administrativas establecidas en la Guía parece centrarse en la prevista en la elaboración de la norma, aunque esto supone un contrasentido a los distintos planes, informes y acuerdos de simplificación y reducción de cargas administrativas que tenían un carácter eminentemente revisor sobre las obligaciones de información ya existentes.

De otra parte, el modelo expuesto puede parecer deficitario en cuanto a que no se presta atención al riesgo y la incertidumbre, teniendo en cuenta que una sociedad con un mayor conocimiento genera una mayor creencia en la capacidad de resolverlos, pero, a su vez, sufre inseguridad sobre los distintos acontecimientos que se pueden producir[1525]. Por lo tanto, es necesario el encaje del principio de precaución y realizar las mediciones oportunas desde el punto de vista de expertos independientes, que determinen los costes necesarios de esta incertidumbre. Todo ello, en aras de alentar la confianza de la ciudadanía y evitar la deslegitimación del poder público.

Por otro lado, en la reducción de las cargas administrativas, se tendrán en cuenta los principios

1523 En determinados supuestos, la medición de las cargas administrativas puede hacer constar el reembolso recibido por cumplir las obligaciones de información. Véase, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006: 24), que señala como ejemplo el Reino Unido, que lo establece con la finalidad de "incluir dicha norma de forma neta".

1524 Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (2006: 13).

1525 Afirma Ogus (2013: 80 a 85) que, al existir un mayor conocimiento, aumenta la percepción de la existencia de distintos factores que pueden afectarle y la constante necesidad de controlarlos, generando una situación de constante alerta.

de necesidad y proporcionalidad, atendiendo al objeto y finalidad de la norma, así como a los bienes jurídicos a proteger, pudiendo utilizarse medidas directas e indirectas según la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Por último, la identificación, medición y, en su caso, reducción de cargas se llevará a cabo por el centro directivo competente que elabore el proyecto normativo: así se establece en el ámbito de la Administración General del Estado por el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1526]. A estos efectos, puede valerse de la información propia que tenga y de las aportaciones realizadas por otros centros directivos, y por las partes afectadas, o la ciudadanía en general. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de lo establecido en la MAIN corresponde a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa[1527] dentro del procedimiento de elaboración de normas que, en ejercicio de su función de "asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno", se encarga, entre otros aspectos, del "cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas" [art.26.9.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre], así como de comprobar que el contenido preceptivo establecido para la Memoria se cumple [artículo 26.9.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre]. Pero, además, procede una evaluación *ex post* por parte del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, mediante un informe que, entre otros aspectos, incluirá la eficiencia de la norma, mediante la identificación de las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias [art. 28.2.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre].

A mi juicio, aunque existen una multiplicidad de instrumentos jurídicos en todas las Administraciones Públicas que han intentado establecer mandatos, orientaciones y directrices para identificar, medir y reducir las cargas administrativas, no se ha llegado al nivel de efectividad que se esperaba[1528]. A estos efectos, es imprescindible el objetivo de la evaluación de las cargas en todo

1526 Al respecto, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha establecido un formulario para valoración de cargas administrativas.

1527 En el artículo 2.2.f) del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, se establece que, entre sus funciones, está el analizar el "cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación" de disposiciones "o acuerdos de carácter general". No obstante, en el Derecho comparado existen ejemplos de órganos interdepartamentales específicos en relación con las cargas administrativas, como fue la Unidad Interministerial de Reducción de Cargas (*Interdepartementale Projectdirectie Administratieve Lasten*, IPAL), ya mencionado en el Capítulo I.

1528 Así, según el Informe de Competitividad Global 2017-2018 (*The Global Competitiveness Report* 2017–2018), elaborado por el Foro Mundial Económico en el aspecto regulatorio, España desciende hasta el puesto 113, debido a las cargas administrativas impuestas al inicio o desarrollo de la actividad económica, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, información obtenida de https://www.ceoe.es/es/contenido/temas/economia-y-fiscalidad__/cargas-administrativas, accedido 28 febrero 2019, siendo el segundo obstáculo de la actividad empresarial (por detrás de la consecución de financiación), Confederación Española de Transporte en Autobús (CONFEBUS) (2018), *La burocracia es el segundo obstáculo para la actividad empresarial en España*, accedido el 28 enero 2021, de http://www.confebus.org/publicaciones/ver/2195/la.

proyecto normativo, evaluación *ex ante*, y, también, en la *ex post*, reforzando la preceptividad de dicha evaluación, de forma que su no realización pueda tener consecuencias invalidantes. En este sentido, son fundamentales los programas de reducción de cargas administrativas, que permiten una previa ordenación de las actividades a realizar, adaptados al nuevo contexto de medición subjetiva, que no puede centrarse exclusivamente en las empresas (sino incluir, también, a la ciudadanía [1529], al sector asociativo, así como a las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas) y al ámbito objetivo, en el que se incluyen las obligaciones de información establecidas por la normativa internacional y comunitaria.

De otra parte, debería regularse por normativa básica una metodología de medición obligatoria, facilitando una mayor participación a los afectados, más allá de la conveniente participación de la patronal[1530]. Asimismo, hay que establecer mecanismos que faciliten las tareas a realizar en la identificación de la información a través, por ejemplo, de una lista de comprobación[1531], la utilización de aplicaciones electrónicas creadas a estos efectos[1532], la priorización de los sectores que más cargas administrativas producen (estableciendo reglas generales en la reducción de cargas administrativas como *one-in and one-out* y el principio de simplificación de cargas) o la prohibición de establecer cargas administrativas invisibles. En paralelo, debe tenderse, entre otras cuestiones, al aumento de la simplificación administrativa; la reducción de la hipertrofia normativa; o la colaboración entre las Administraciones Públicas para la adopción de posiciones comunes, a través de un diálogo y una comunicación real bidireccional[1533]; o la consolidación de la participación ciudadana[1534]. En definitiva, queda camino por recorrer en cuanto a mejorar la competitividad y reducir la burocracia y el papeleo innecesario, porque, aunque se han adoptado

1529 Afirma la OCDE (2011 b: 168) que la "mayoría de las iniciativas para reducir cargas administrativas" no distinguían "estrictamente entre empresas y ciudadanos".

1530 Véase OCDE (2011 b: 148) que indica que en "muchos otros países, la consulta a la comunidad empresarial descansa, al menos en parte, en un contacto más directo con empresas individuales, con el fin de confirmar las necesidades reales". Véase el ejemplo de la Erhvervsstyrelsen (2012: 30 a 34) donde realiza entrevistas con empresas para obtener dicha información, determinando unas directrices sobre las mismas. No obstante, menciona la posibilidad de utilizar el juicio de expertos cuando las cargas sean cualitativa y cuantitativamente bajas o tengan una gran complejidad técnica.

1531 Como es la establecida por el Anexo III del Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado.

1532 Se puede señalar como ejemplo, al respecto, la herramienta informática diseñada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas denominada "Aplica" que tenía como finalidad facilitar a los responsables la medición de cargas administrativas y calcular los ahorros generados por su reducción con base en el Método Simplificado de Medición de Cargas Administrativas y de su Reducción.

1533 Ya que, como afirma la OCDE (2011 b: 148), el "problema es el nivel de efectividad" con el que se está llevando a la práctica, teniendo en cuenta que "la mayoría de las cargas sobre las empresas provienen de legislación promulgada por las Comunidades Autónomas y la administración local", indicando que "pocos países de la Unión Europea han llegado a extender la cobertura formal de sus programas de reducción de las cargas administrativas a todos los niveles de la Administración". En consecuencia, indica que se adopta la vía de los acuerdos no vinculantes, teniendo en cuenta, según dicho informe, que algunas Comunidades Autónomas desearían "una mayor armonización de las condiciones y metodologías" al respecto.

1534 Por ejemplo, centralizar las reclamaciones y sugerencias para reducir las cargas administrativas, como así recomendó el Informe final del Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas (2014).

medidas para reducir cargas administrativas[1535], debe progresarse hacia un sistema integral[1536] relativo a los costes de cumplimiento de la regulación existente, de forma que la reducción de cargas administrativas constituye un punto intermedio.

4.5. **La creciente multiplicidad de los impactos como elemento esencial de la evaluación**.

4.5.1. *Introducción*.

Sin perjuicio de lo señalado en el Capítulo I en relación con la determinación de lo que se entiende por impacto, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, asimila este término a la idea de "consecuencias" o "efectos" que se van a producir o producen (dependiendo de si la evaluación es *ex ante* o *ex post*) en uno o varios determinados ámbitos de la realidad social sobre el que el titular del poder público normativo considera necesario incidir al adoptar una adecuada decisión pública, en este caso a través de una norma jurídica[1537]. Estas consecuencias o efectos conllevan un cambio de conducta de los grupos-objetivo destinatarios de la norma en virtud de la aplicación de los instrumentos para su implementación (*outputs*), así como de los efectos reales en ámbitos relevantes[1538] que genera una norma (*outcomes*)[1539]. Deben identificarse con el mayor rigor posible

1535 Según el "Informe sobre el Plan de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas 2007-2012" (de 9 de enero de 2013), páginas 19 y 20, el conjunto de actuaciones de reducción de cargas administrativas contabilizadas hasta el 2012 en todas las Administraciones, ascendía a 3.940 mediciones a empresas con un ahorro total de 19.099.456.003 euros, en cambio 444 a la ciudadanía con un ahorro de 5.861.638.092 euros, cifras que alcanza una reducción en España del 30% las cargas administrativas dirigidas a las empresas más allá del 25% comprometido ante la Unión, contribuyendo "todas las administraciones territoriales, la Administración General del Estado con 18.484.365.234 €, las Comunidades Autónomas con 387.748.995 € y las Entidades Locales con 227.341.774 €". Pero, de dicha medición se plantean dos cuestiones: la no inclusión de la normativa comunitaria (especialmente agravante de sobrerregulación es la transposición de directivas) y la posible no consideración de las cargas administrativas de la legislación nueva (teniendo en cuenta el poco predicamento de dicha evaluación *ex ante*, especialmente más allá de la Administración General del Estado) por lo cual podría no considerarse como objetivo neto según la OCDE (2011 b: 160).

1536 En este tránsito se debe luchar contra determinados elementos obstativos como son: la puesta en riesgo de la independencia de los órganos que participan en el procedimiento de elaboración de normas, sobre todo por las empresas que se encuentran establecidas en el mercado, que impedirían la eliminación de regulación antigua e ineficiente, que actuaría como barrera para la entrada de nuevas empresas; el carácter invisible de los costes, a menudo, difusos y que suelen recaer en los grupos en que los reguladores están menos preocupados; un lapsus amplio de tiempo entre el anuncio y concreción de medidas, generando un sentimiento de fata de compromiso y pérdida de legitimidad; y priorizar los "factores molestos" en primer orden respecto de las cargas administrativas escasamente recurrentes.

1537 Así, se puede señalar, por ejemplo, la parte expositiva de dicho Real Decreto al afirmar que la "Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma" (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo de la Unión Europea).

1538 Así lo afirma la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, al incorporar, entre otros aspectos, una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad. Esto es remarcado en el dictamen del Conejo de Estado n.º 419/2009 el cual se centró en un anexo al proyecto normativo del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, al afirmar que no es mayor la atención que el impacto de la norma puede producir en el mercado como en otros ámbitos.

1539 Los efectos se concretarán a través de indicadores que reflejan la evolución de la causa o causas objeto de la norma.

los impactos imputados directamente, *outputs* y *outcomes*, clasificándolos y relacionándolos con otros elementos de la misma política pública y con otras normas de distintas políticas públicas. En el ámbito estatal, los impactos se contemplan en el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, como contenido a plasmar en la MAIN, el cual se desarrolla en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.

La evolución de los impactos ha pasado por distintos estadios. Así, en la situación actual hay un reconocimiento del impacto, pero no del proceso de su evaluación y todo lo que conlleva. En todo caso, se determinan para cada uno de los impactos, unos subimpactos, que conllevan, a su vez, un subproceso de evaluación.

La palabra impacto dentro del procedimiento de elaboración de normas se adopta, a nivel estatal, con la aprobación de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, tanto en el procedimiento de elaboración de reglamentos como de anteproyectos de ley, siendo el más cercano en su desarrollo a un proceso de análisis o evaluación, más allá de la técnica tradicional de memorias e informes. Así, siguiendo este criterio, se aprobó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en el que los impactos se asimilan a distintas memorias e informes, lo cual, como hemos visto, fue criticado por el Consejo de Estado[1540], por afectar a la esencia de la mejora regulatoria. La LRJSP cambia esta situación y efectúa una adaptación al nuevo contexto de calidad normativa, aunque sin desarrollar de forma completa el proceso de análisis de cada uno, como tampoco se había hecho en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[1541] que, aunque anterior en el tiempo, es el instrumento más desarrollado sobre esta cuestión.

En relación con los ámbitos de la realidad afectados, hay una predeterminación de los mismos en la LRJSP, superando la regulación reglamentaria del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, puesto que el establecimiento de tramites del procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley, en su fase prelegislativa, debe corresponder, en puridad, al legislador. Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden establecer normativamente, en el ámbito de sus competencias, otros impactos.

1540 En todo caso, y en virtud de lo determinado por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 419/2009 sobre el proyecto de Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, debe existir una "concepción integral del análisis del impacto normativo (que) comprende no sólo el análisis de las consecuencias no jurídicas sino también de las jurídicas que toda nueva disposición comporta".

1541 Como excepción, si cabe, puede mencionarse la evaluación de impacto de género, aunque susceptible de un mayor desarrollo.

Tanto el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, como el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, parten de una determinación de los impactos atendiendo a una clasificación material y de carácter preceptivo, respondiendo, este último, a aquellos que deben considerarse en todo caso, con independencia del objeto de la norma, y, en otros, están condicionados a que el proyecto normativo tenga una afección a una determinada realidad. No obstante, en este último caso, se ha establecido una previa lista de comprobación, respondiendo a unas determinadas preguntas como es el supuesto del subimpacto en la competencia, como se tratará más adelante, para determinar el nivel de desarrollo de su evaluación. De cada impacto, como se ha comentado, debería llevarse a cabo una evaluación dentro del contexto del procedimiento de evaluación de impacto normativo[1542], por lo cual, con independencia de los trámites generales de la evaluación, como es, por ejemplo, la participación ciudadana, deben tenerse en cuenta los distintos informes emitidos por los órganos especializados en una materia, su carácter y su relación con cada uno de los impactos o subimpactos, sin perjuicio de aquellos que sean transversales (por ejemplo, Secretaría General Técnica y Consejo de Estado u órganos consultivos equivalentes de las Comunidades Autónomas). No obstante, cualquier deficiencia, por ejemplo, en dichos informes, afectará no solo al impacto o subimpacto correspondiente, sino al proceso de evaluación de impacto normativo y, por ende, a la adecuada formación de la voluntad del órgano para adoptar una decisión normativa, como hemos expuesto en el Capítulo III.

En todo caso, como se ha dicho, los principios de buena regulación deben ponerse en relación con los trámites del procedimiento de elaboración de normas y con los impactos (especialmente, con el principio de proporcionalidad, el cual permite establecer los impactos previstos y la identificación de las opciones adecuadas para la consecución de los objetivos determinados).

Los impactos deben plasmarse en la MAIN, que atenderá al tipo de memoria y a los impactos requeridos por la normativa. Así, el impacto presupuestario y el de género es aplicable tanto a la MAIN ordinaria como abreviada. El contenido mínimo de la memoria ordinaria[1543] se establece

1542 Se prevé, con carácter general, para el análisis de impacto normativo una serie de apreciaciones en la realización del análisis de impacto normativo en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, concretamente su apartado IV denominado "análisis de impactos" donde se señala, en primer lugar, a estos efectos una serie de consideraciones generales, para después hablar propiamente de los impactos, donde, además, prevé en su página 17 que "deben reflejarse en la Memoria la metodología y técnicas empleadas" en todo caso, pudiendo utilizarse, al respecto, indicadores. En mi opinión, debería recogerse, también, las posibles consideraciones y dudas generadas en dicha evaluación.

1543 Esto podría generar una serie de pros y contras, como puede ser, por ejemplo, el aplicar un mismo estándar de calidad normativa en todo caso, para dar cierta homogeneidad en la elaboración de dicha memoria determinando un contenido mínimo, lo cual podría conllevar un incumplimiento o cumplimiento meramente rutinario del expediente.

en el artículo 2.1 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, donde se indican los siguientes impactos[1544]: el jurídico [art. 2.1.a), b), c) y i)], el económico y presupuestario [art. 2.1.d)], cargas administrativas [art. 2.1.e)], por razón de género [art. 2.1.f)], otros impactos [art. 2.1.g)][1545]. En relación con este último se establece una salvedad, ya que puede darse cualquiera, pero, para incluirse, debe ser "relevante", por lo cual es necesario realizar un juicio de ponderación al respecto atendiendo a las circunstancias del caso[1546].

Por otro lado, la memoria abreviada se diferencia de la ordinaria por los supuestos a los que se aplica, *ex* artículo 3 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre[1547]. El primer supuesto es aquel en el que "se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en ninguno de los ámbitos enunciados", a diferencia del artículo 3 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que se refería a "alguno de los ámbitos" (aumentando actualmente su exigencia). Se trata de una previsión que, difícilmente, puede conciliarse con la actual exigencia de un contenido mínimo que siempre incluye, como se mencionará a continuación, el impacto presupuestario y el de género. No obstante, la referencia a que "no se derivan impactos apreciables" abre la puerta a un cierto ejercicio de interpretación que podría verse compensado con herramientas como las listas de comprobación establecidas, con un carácter no exhaustivo, en un instrumento de derecho blando como es la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[1548].

El segundo supuesto se refiere a impactos que, aun siendo apreciables en los ámbitos enunciados, "no son significativos", lo que es complementario de lo anterior. De igual modo, se precisa un ejercicio de valoración de la importancia de los impactos, lo que requiere, a partir del estudio del proyecto normativo, y su incidencia en la realidad social concreta sobre la que va a proyectarse, una evaluación cuantitativa y/o cualitativa, debiendo motivarse al respecto.

1544 En dicho documento habrá que tener en cuenta el impacto por razón del cambio climático, a pesar de que no se haya recogido en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, sí se ha añadido como letra h) en el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en virtud de la modificación realizada por la disposición final 5.ª de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (*BOE* núm. 121, de 21 de mayo de 2021). Por lo cual, en mi opinión, el mencionado apartado 3 del artículo 26 se refiere al contenido ordinario de la memoria del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, en virtud de una interpretación conjunta del apartado 10 de dicho artículo.

1545 A estos efectos, se excluye la letra h) referido al análisis coste-beneficio que es una metodología de decisión y la letra j) en relación con la "evaluación *ex post*" al ser un proceso de evaluación de impacto.

1546 Dicha ponderación de relevancia se señala en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (página 17), al afirmar que conlleva "esfuerzos de análisis en aquellos efectos que previsiblemente pueden tener una incidencia más relevante", desde un punto de vista cualitativo y/o cuantitativo, siendo aquellas que tienen un alcance social amplio o esencial en la sociedad. Dicha ponderación también se realiza entre impactos negativos como positivos.

1547 En el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, no se determina el contenido de la MAIN abreviada, y sí una escueta mención a la "memoria prevista en el apartado 3, con carácter abreviado" para un único supuesto de los proyectos de decretos-leyes en el apartado 11 del precepto.

1548 Véase lo mencionado en la Guía Metodológica, págs. 22 y 23 para el impacto económico en general.

Un tercer supuesto, atiende al producto normativo que se ha de aprobar, y, concretamente a los proyectos de reales decretos-leyes, teniendo en cuenta la necesaria celeridad en su aprobación.

Sobre la base de estos supuestos, la memoria abreviada es de carácter facultativo, ya que la propia Guía determina que podrá realizarse. Se establece, no obstante, un contenido mínimo que incluye impactos y apartados de impacto previstos en la memoria ordinaria. Así, se hace referencia a las letras a) ("oportunidad de la norma"[1549]), parte del contenido de las letras b) ("listado de normas que quedan derogadas") y c) ("identificación del título competencial prevalente"); d), párrafo 2.º ("impacto presupuestario"); f) (impacto "por razón de género"); g) ("otros impactos detectados que se juzguen relevantes") e i) ("descripción de la tramitación y consultas realizadas")[1550]. En mi opinión, los impactos a recoger en el contenido mínimo de la memoria deben venir determinados por el contenido del proyecto normativo, menos los impactos no apreciables, ya que sería más acorde con la finalidad de la memoria de hacer un análisis de los impactos reales de las futuras normas.

No obstante, al contrario que otros países, como por ejemplo Estados Unidos, se ha optado por la realización de "otros impactos", más allá de los establecidos como parte del contenido mínimo de la MAIN, atendiendo a un criterio subjetivo y de libre apreciación por los órganos proponentes de la norma. Respecto de esto, aunque se lleve a cabo una justificación oportuna, sería adecuado establecer unos criterios unívocos al respecto y controlar exhaustivamente su aplicación. Ahora, con el instrumento de la MAIN se gana en concreción y exhaustividad con respecto al sistema anterior, ya que en este no se hacía un distingo del contenido que debería tener la documentación en la fase preparatoria como se hace ahora, aunque la falta de clarificación en los criterios para determinar los impactos, su excesiva atomización y una evaluación individualizada, teniendo en cuenta que los impactos están interrelacionados[1551], puede hacer que se pierda la perspectiva de completitud del examen conjunto que la MAIN ofrece respecto de la realidad[1552]. Junto a ello, la

1549 Aunque sería más adecuado mencionar la "oportunidad de la propuesta normativa", atendiendo al momento temporal en el cual aún no se ha aprobado la norma, coincidiendo con la terminología del artículo 2.1.a) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.

1550 Entre las diferencias referidas al contenido mínimo de la memoria ordinaria respecto a la abreviada se pueden señalar una mayor completitud en el impacto jurídico, el necesario tratamiento del impacto económico, la detección y medición de las cargas administrativas y un análisis más desarrollado de la evaluación de impacto normativo posterior.

1551 En la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, pág. 17 se afirma que los "análisis de impacto normativo deberían hacerse con una visión global", debido al carácter interrelacionado de los impactos, como se expondrá.

1552 Por ejemplo, de nada sirve realizar un determinado impacto de género de la norma si no se realiza otros sobre distintas formas de discriminación, ya que el examen quedaría incompleto y haría que el instrumento -el análisis de impacto normativo- cayese en contradicciones y perdiese legitimidad de cara a la ciudadanía, al generar dudas y controversias en su aplicación y en la posible injusticia material que podría generar, atendiendo a determinados sectores

adopción de determinadas decisiones puede tener un doble efecto[1553], aunque se parta con la idea de que todos ganan (*win-win*), puede darse el supuesto en el cual existan ganadores y perdedores, debiendo justificarse y ponderarse. A estos efectos, es necesario conocer los datos sobre la conducta real de los interesados o grupos-objetivos, antes y después de la introducción de las medidas que establece la norma, incluyendo el factor temporal de los mismos (a lo que hay que añadir las interacciones entre las autoridades públicas y ciudadanía). En todo caso, el sujeto que analiza dichos impactos, el órgano o centro directivo impulsor y responsable de la propuesta normativa, se nutre, también, de la información procedente de otros sujetos, como pueden ser aquellos que participan directamente a través de informes específicos en las materias objeto de impacto en la evaluación o los interesados, destinatarios directos de la norma, que acudan al procedimiento.

Debe recordarse que la evaluación de los distintos impactos y su plasmación en la MAIN responde a un proceso vivo y dinámico en virtud de las informaciones del procedimiento. Pero, además, dichos impactos no solo deben ser tenidos en cuenta en el análisis de impacto normativo *ex ante*, sino, también, en la evaluación de impacto normativo *ex post*, ya que deben servir como término comparativo para determinar una adecuada retroalimentación y decisión al respecto[1554], que puede poner de manifiesto la posible alteración de los efectos previsibles del proyecto normativo por circunstancias ajenas al mismo. Así, los impactos no deseados pueden producirse, sin perjuicio de otras eventualidades, por una implementación distinta a la prevista o por una falta de aplicación que genere un déficit de implementación[1555].

A continuación, se abordarán los distintos impactos previstos en la evaluación de impacto normativo en España, que han de plasmarse en la MAIN[1556].

o sujetos interesados de forma relevante respecto de otros sin una justificación adecuada.

1553 Verbigracia, el aumento de la renta disponible de determinados grupos de población puede reducir la de otros grupos, afectando negativamente sus posibilidades de participar plenamente en la sociedad.

1554 En la Guía Metodológica (página 17) los "impactos deben medirse como efecto neto respecto a la situación actual o la que previsiblemente se encontraría en el futuro en caso de no aplicar la propuesta normativa objeto del análisis".

1555 A estos efectos, se pueden utilizar indicadores como los que determinan la conflictividad que genera las normas jurídicas, para analizar las causas de las mismas, para lo cual se pueden utilizar distintos medios como la jurimetría, realizando un análisis estadístico y predictivo de la validez o invalidez de las normas y de los actos de aplicación de las mismas.

1556 Esto no es óbice para que, atendiendo a lo ya mencionado en este Trabajo, se debería plasmar en la evaluación de impacto normativo *ex post* y en su informe, para que se puede dar el adecuado ejercicio comparativo con el análisis prospectivo y lo mencionado en su memoria.

4.5.2. *Impactos*.

A) Impacto normativo.

Aunque la normativa de la Administración General del Estado no se refiera a este impacto expresamente, toda norma jurídica tendrá un impacto, propiamente, en términos jurídicos[1557]. Así, en este impacto podemos incluir los recogidos en el artículo 26.3.a), b) y c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, relativos al contenido de la MAIN:

En primer lugar, el artículo 26.3.a) se refiere a la oportunidad de la propuesta y alternativas (incluyendo "una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación"), a diferencia del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que solo mencionaba la oportunidad. En segundo lugar, el artículo 26.3.b) establece el "contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea" (a diferencia del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que no establecía esta concreción), "que incluirá un listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas". Y, en tercer lugar, el artículo 26.3.c) se refiere al "análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias".

Así, la oportunidad de la propuesta y alternativas incluye una "justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación", que tiene su desarrollo en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, y que se podría identificar con el juicio de oportunidad que se realizaba en la memoria justificativa, en la cual se constataba y exponía un problema social a resolver por el proyecto normativo, llegando, incluso, a la expresión de la política para hacerle frente. Además, podríamos incluir, también, lo que la memoria justificativa mencionaba como juicio de adecuación o conveniencia, relacionado con el anterior, y que atiende a las medidas de solución en relación con el problema y sus causas, así como a los bienes jurídicos protegidos, para lo cual es necesario llevar a cabo una exposición de las alternativas y resaltar la elegida. En definitiva, se adopta un juicio sobre la sistematicidad de las medidas, para lo cual, es necesario la aplicación del principio de

1557 Así, el Consejo de Estado en su dictamen n.º 419/2009 afirma que "el impacto primario que toda norma comporta" una "alteración del ordenamiento jurídico a consecuencia de su inserción en éste". La mención a dicho impacto también se hace en el Derecho comparado, ya sea internacional, como es el caso del Ministerio de Justicia finés en las Directrices de Evaluación de Impacto en los proyectos legislativos, configurándolo como un tipo de impacto denominado de la "Administración Pública", o interno, en Cataluña, concretamente en el artículo 64.3.c) de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, donde se menciona un "informe de impacto normativo", no obstante su contenido difiere de aspectos estrictamente jurídicos al incluir a las cargas administrativas (sí, por contra, las "opciones de regulación" y la "simplificación administrativa").

proporcionalidad, concretamente el segundo de sus subprincipios. Para la Guía Metodológica (página 9), este momento "es de especial importancia", ya que acredita la "propuesta normativa, mediante los elementos que demuestran su pertinencia y conveniencia". Este punto de partida de la propuesta, como menciona la Guía, debe delimitar "el problema o situación que se aborda y es la base sobre la que comenzar a diseñar una actuación" para hacerle frente, ya que para ese documento la norma será "oportuna" cuando resulte adecuada en un momento y/o situación determinados.

La Guía establece el contenido que debe tener este apartado, que son tres: primero, la motivación, que no se menciona expresamente en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, en cuanto a las razones que justifican la propuesta y la descripción de la situación sobre la que incidir, reflejando, según la Guía, un contenido mínimo. Segundo, los objetivos que señala el artículo 2.1.a)1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que según la Guía "deberían expresar cuáles son los resultados que se pretenden alcanzar con la efectiva aplicación de la norma propuesta", siendo "consecuencia de la situación identificada y el interés público afectado". Para su mejor definición "es recomendable, siempre que sea posible, establecer indicadores". Y tercero, en el artículo 2.1.a)3.º se establecen las alternativas, debiendo justificarse la opción normativa frente a las que consisten en no aprobar dicha opción (incluida la alternativa de no hacer nada).

Por otro lado, el artículo 26.3.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, se refiere al contenido de la decisión normativa a adoptar[1558] y su análisis jurídico (juicio de legalidad que incluirá la cobertura legal y el rango normativo[1559]), donde se incorporará el listado de normas a derogar.

En relación con este listado[1560], se incluía como parte del contenido de la memoria justificativa o bien como un documento singularizado, siendo tradicional en nuestro derecho, puesto que su origen se sitúa en el artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que establecía la prohibición de que se formulara una nueva propuesta de disposición "sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que hayan de quedar

1558 Concretamente, si se va a adoptar una norma jurídica debería comprender una parte expositiva, otra dispositiva y una final.

1559 Propuesto para la futura disposición y su correspondiente explicación, para evitar que la opción entre una norma con rango legal o reglamentario se perciban como una opción intrascendente.

1560 En el derecho comparado hay que tener en cuenta las denominadas tablas cronológicas (c*hronological tables)* en Irlanda, donde se proveen información sobre las modificaciones de las Leyes (*acts*).

total o parcialmente derogadas"[1561]. Esta tabla supone un instrumento para proporcionar el conocimiento de todas aquellas disposiciones que no sólo van a sufrir derogaciones, sino que, en cierta medida, directa o indirectamente, van a estar afectadas por la futura norma. Como se ha dicho con anterioridad, se trata de una técnica de ordenación normativa y de conocimiento que rige en la materia a regular, y que debería comprender no solo normas estatales, autonómicas o locales, sino, también, las europeas e internacionales, en atención al carácter unitario del ordenamiento jurídico.

El artículo 26.3.c) de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, menciona el análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias, que formaba parte del contenido mínimo de las memorias justificativas, concretamente lo referido al juicio de legalidad, en cuanto a los títulos que habilitan para aprobar una norma en el marco del bloque de constitucionalidad[1562] y al órgano competente a estos efectos, con "respeto y defensa a la autonomía", especialmente la local, en su caso. En virtud de lo anterior, se llevará a cabo, en primer lugar, un análisis de los títulos competenciales, estableciendo aquellos que fundamenten el proyecto normativo[1563], con indicación del título prevalente, el cual se motivará, además de indicarse dentro del proyecto normativo en la correspondiente disposición final[1564]. Por su parte, en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, página 20, se establecen unas excepciones a la identificación de los títulos competenciales específicos: preceptos que tengan carácter de ley orgánica, si se identifican[1565]; normas puramente modificativas de otras que incluyeron el título competencial si no ha de modificarse y aquellas que regulen exclusivamente cuestiones puramente organizativas[1566].

1561 Esta tabla no se recoge de forma expresa en la normativa andaluza, sí por contra en la Administración General del Estado que, no obstante, a partir de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en su versión originaria desapareció debido a que era un requisito constantemente incumplido, a lo que hay que añadir que la jurisprudencia fue relajando poco a poco la exigencia de este requisito.

1562 Artículo 28 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

1563 No obstante, en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo no menciona la necesidad de determinar los títulos competenciales que le corresponde a la Unión Europea en su caso.

1564 Directriz n.º 42, letra b) 2.º de Técnica Normativa de la Administración General del Estado.

1565 Un claro ejemplo es la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (*BOE* núm. 124, de 21 de mayo de 2010).

1566 Al respecto, en mi opinión se debe objetar que: en la primera es difícil justificarlo, aunque el único que puede aprobar leyes orgánicas sean las Cortes Generales, siendo necesario su determinación para su necesaria clarificación jurídica (véase como ejemplo lo ya mencionado de los títulos competenciales de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y la jurisprudencia constitucional posterior). En segundo lugar, dentro de las leyes puramente modificativas, deberían considerarse como la excepción de la excepción las normas de contenido heterogéneo o aquellas que cambien el título competencial tras un pronunciamiento jurisprudencial, aspecto que no suele llevarse a cabo en la práctica. Y el referido a las cuestiones puramente organizativas es necesario y conveniente mencionarse en virtud del principio de transparencia, no solo para esta excepción, sino para las dos anteriores, ya que las normas se dirigen a toda la ciudadanía, legos o no.

En otro orden de cosas, se analizarán las cuestiones competenciales más relevantes suscitadas, para lo cual es necesario motivar el contenido del proyecto al respecto. Según la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en "caso de resultar procedente por su importancia" (en mi opinión, este tipo de conceptos son jurídicos indeterminados, que conllevan un juicio adecuado para realizar o no este estudio), "se explicitarán los antecedentes en cuestiones de relevancia competencial que suscite el proyecto, tanto de la normativa estatal como autonómica", prestando "especial atención en los casos en que el proyecto modifique los criterios competenciales de imputación de facultades y potestades vigentes en el momento de su elaboración". Por último, procede el análisis de las cuestiones en las que "se hayan planteado observaciones de naturaleza competencial por las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales, o bien aquellos que se amparen en alguna de las excepciones válidamente establecidas a reglas generales de atribución competencial"[1567]. Además, "se analizará la participación autonómica y local en la elaboración del proyecto normativo", aspecto recogido en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, página 21, conforme a sus respectivos ámbitos competenciales. A estos efectos, "se procurará impulsar la participación de las Comunidades Autónomas" y de las Corporaciones Locales cuando incida en su autonomía local en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Estado[1568]. En ambos casos, se hará constar, especialmente, "en la Memoria, cuantas observaciones de naturaleza competencial se hayan suscitado" por las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, "así como la forma en que dichas observaciones se hayan tomado en consideración en el texto finalmente propuesto".

B) Impacto económico y presupuestario.

Esta parte de la MAIN tiene su antecedente en un trámite con mucha tradición en nuestro ordenamiento jurídico cual es la memoria económica en el procedimiento de elaboración de normas, la cual se ha desarrollado en el Capítulo III. La necesidad de mejora de la memoria económica se puso de manifiesto por el Gobierno de España, en el Programa Nacional de Reformas 2005[1569], así como la del análisis de los impactos económicos más allá del mero impacto presupuestario. Esto generó que la memoria económica sufriese una evolución

1567 La Guía establece tres ejemplos al respecto: la regulación de preceptos básicos con carácter reglamentario, la atribución de facultades de gestión al Estado respecto de subvenciones cuando de forma general la competencia de ejecución le corresponde a la Comunidad Autónoma, así como la atribución de la ejecución a la Administración General del Estado en virtud del criterio de supraterritorialidad.
1568 En mi opinión, hubiese sido una postura más comprometida con la calidad normativa que en vez de señalarse en la Guía Metodológica dicha posibilidad, se convirtiese en una obligación.
1569 Gobierno de España (2005: 101).

posterior, especialmente en el ámbito jurisprudencial, que se consolidó con una nueva concepción de la memoria económica[1570] y la consideración del interés general como la suma del público y del privado, todo lo cual se plasmó en el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, referido al impacto económico y presupuestario, unificándose ambos impactos, y dotándose de contenido el primero, a través de aspectos novedosos como la competencia y la detección y medición de cargas administrativas. No obstante, la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (páginas 22-29) establece una distinción entre el económico (el cual se divide en varios subimpactos como el económico en general, la competencia en el mercado y el análisis de cargas administrativas) y el presupuestario, cuya novedad consiste en que su análisis va más allá del impacto en los Presupuestos Generales del Estado, teniendo en cuenta su posible incidencia en los presupuestos de otras Administraciones territoriales afectadas (Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

Sin perjuicio de lo anterior, existía la exigencia de redefinir y ampliar el contenido del impacto económico de la MAIN, especialmente para adaptarlo a normas como la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, y, a la necesidad de dar prioridad a aspectos de especial incidencia económica como es la competitividad de las empresas y la realización del test pyme. Esto justificó la modificación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, artículo 26.3.d), por parte de la LRJSP [1571] , incluyéndose en la MAIN. La finalidad de incluir los mencionados subimpactos es otorgarle un carácter preponderante a la cuestión económica, acercándose a lo que se denomina en el ámbito privado *Business Impact Assessments*[1572], con sus diferencias y sin llegar al carácter de completitud de este. Pero, además, a diferencia del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, la regulación actual establece el análisis de cargas administrativas como algo diferenciado del impacto económico en virtud de su sustantividad e importancia dentro de la política de mejora regulatoria, como ya se ha comentado.

1570 A estos efectos, es paradigmático el dictamen n.º 140/2010 del Consejo de Estado (véase, también, el dictamen n.º 2152/2008), donde se afirma que "la memoria económica debe hacer referencia al impacto económico que un determinado proyecto normativo puede tener tanto en el ámbito público como en el privado", por lo cual no es suficiente "hacer una referencia a la existencia o inexistencia de implicaciones presupuestarias, por los posibles efectos que pueda tener sobre los ingresos y los gastos públicos", sino que debe "tenerse en cuenta también los efectos económicos que la norma puede tener sobre el sector privado destinatario de la misma, lo que es especialmente relevante en determinadas coyunturas económicas en que pequeños cambios jurídicos pueden tener relevantes efectos económicos", por lo cual "han de ser previstos y tenidos en cuenta al decantarse por unas u otras opciones reguladoras de esa materia".

1571 Así, lo corrobora Gobierno de España (2016), *Programa Nacional de Reformas de 2016*, accedido el 25 abril 2021, de https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/PNR%202016%20-%20SPAIN.PDF, pág. 35.

1572 Supone un instrumento que sirve para evaluar las vulnerabilidades de las empresas con el fin de organizar, planificar y desarrollar estrategias para minimizar los riesgos.

No obstante, con independencia de lo anterior, estos impactos deben tender a la realización de un juicio práctico, sustantivo y preciso, de eficacia y eficiencia de la futura norma, donde debería incluirse los efectos macro y microeconómicos de las medidas adoptadas y su afectación a la estructura económica. Además, deberían incluirse los antecedentes, motivos y fundamentos que justifican la actuación, junto con la afectación presupuestaria correspondiente[1573].

A continuación, desarrollaré los impactos económicos y presupuestarios de forma diferenciada, siguiendo el esquema de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, pero teniendo en cuenta las innovaciones realizadas por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, a estos efectos. Así, el impacto económico se compone de lo siguiente: el impacto económico general, los efectos en la competencia en el mercado, la unidad de mercado, la competitividad y las pymes.

En primer lugar, el impacto económico general se establece en el artículo 2.1.d)1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, en términos parecidos al artículo 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, de forma que el "impacto económico evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma". Esta redacción se concreta en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (página 22), en la cual se define este subimpacto como el análisis que tiene como objeto estudiar las "repercusiones en aspectos económicos" que tiene la futura norma, indicando que se tiene en cuenta, "especialmente", los "efectos sobre los agentes o colectivos directamente afectados por la propuesta", estableciéndose en unos términos más amplios que en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. La cuestión será, entonces, identificar los sectores y sujetos directamente afectados.

En relación con este subimpacto se establecen una serie de cuestiones, a modo de ejemplo, para identificar los efectos económicos (de cada una se elabora una serie de preguntas)[1574] en relación a los precios de los productos y servicios[1575], la productividad de las personas

1573 Supone una exigencia en Andalucía como parte del contenido de la memoria económica que acompaña a los proyectos normativos (artículo 3.1 del Decreto 162/2006, de 12 de septiembre, por el que se regulan la memoria económica y el informe en las actuaciones con incidencia económico-financiera).

1574 En mi opinión, hubiese sido más adecuado utilizar dichas cuestiones de forma más desarrollada, uniforme y completa. Los mencionados efectos no se contemplan ni en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, ni en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, como tampoco en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.

1575 En la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se establecen unas cuestiones ejemplificativas, para determinar los efectos en los precios de los productos y servicios, que son las siguientes: "¿se establecen tarifas o precios?" y "¿se prevé la actualización de los importes mediante la referencia a un índice de

trabajadoras y empresas[1576], el empleo (directos -en la normativa laboral- o indirectos)[1577], la innovación (directa – sobre las actividades innovadoras- o indirectamente – de nuevas tecnologías o nuevas formas de organización)[1578], las personas consumidoras[1579], la relación con la economía europea y otras economías. A continuación, me centraré en las dos últimas.

La materia de consumo no es una materia competencial *ex* artículos 148 y 149 CE, sin perjuicio de su artículo 51, aunque se ha recogido en los Estatutos de Autonomía[1580], teniendo en cuenta su carácter multidisciplinar[1581], para la concreción de la competencia autonómica, y ello sin perjuicio de la autonomía que va a adquiriendo el Derecho al consumo[1582]. Las políticas gubernamentales en consumo tienen como finalidad fundamental que los consumidores

precios?".

1576 Se puede definir, según el diccionario de la Real Academia Española en su 23.ª edición, como "capacidad o grado de producción por unidad de trabajo", existiendo distintos aspectos que pueden influir en la productividad como, por ejemplo: la tecnología, la organización, los recursos humanos y las relaciones laborales. La productividad beneficia también a las empresas, que ven aumentadas sus posibilidades en el mercado. En la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se establece una serie de preguntas, a modo de ejemplo, para determinar los efectos en las personas trabajadoras y empresas, que son: "¿se restringe de alguna forma el uso de los materiales, equipos, materias primas o formas de contratación de las personas trabajadoras?" y "¿se impone el cambio en la forma de producción o se exige el cumplimiento de nuevos estándares de calidad de determinados productos?".

1577 Su consideración se asemeja a la de un impacto social, así se establece en otros ordenamientos [como es el caso de Finlandia, véase Oikeusministeriö (2007), *Säädösehdotusten Vaikutusten Arviointi. Ohjeet*, Helsinki: Oikeusministeriö, pág. 32], ya que tiene especial incidencia, por ejemplo, en la conciliación de la vida familiar. En materia de empleo, hay que tener en cuenta las distintas políticas de empleo que ejecutan las distintas Administraciones Públicas. En la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se establece que en los casos en que la normativa laboral no tenga repercusiones directas, para identificar los posibles efectos indirectos puede plantearse cuestiones como: "¿se facilita o promueve la creación de empleo?", "¿se induce directa o indirectamente la destrucción de empleo, mediante nuevos costes o restricciones?" y "¿se modifican las condiciones de organización del trabajo en las empresas afectadas?".

1578 Existen distintas políticas públicas que abordan las Administraciones competentes al respecto, dentro del marco jurídico donde se produce su incardinación, con distintos instrumentos como, por ejemplo, la Red de Políticas Públicas de I+D+I y la Política Regional Europea. A estos efectos, en la Guía Metodológica (página 23) establece una serie de cuestiones como: "¿Se facilita o promueve la actividad de investigación o desarrollo?", "¿se facilita la incorporación de nuevas tecnologías al proceso productivo?", "¿se dificulta la capacidad de reorganización de la empresa?" y "¿se favorece la capacidad emprendedora mediante la eliminación de trámites o restricciones?".

1579 Hay que remitirse a lo establecido en la Guía Metodológica para la aplicación de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, página 23.

1580 El artículo 58.2.4.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que la "Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículo 38, 131 y 149.1.11.ª y 13.ª de la Constitución", referido a la materia de: "Defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones".

1581 Al ser un "concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos", según el Tribunal Constitucional (STC n.º 202/1992, FJ 5). Pueden existir otros títulos competenciales atribuidos al Estado al respecto, debido a su afección a una amplia variedad de materias (STC n.º 13/2019, FJ 3). Esta sentencia se remite a la STC n.º 54/2018 referida a las competencias estatales del "art. 149.1, en sus núms. 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 CE, principalmente", en relación a asuntos que son propios de la "legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica", así como de cualquier "otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes".

1582 Afirma J. B. Durand Carrión (2012), «El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo en el mercado», *Vox Juris* (24) 2, págs. 97-124 (pág. 98), que ese Derecho "constituye un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor" con la finalidad de "garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores, en una relación de consumo y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos".

obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos y que alcancen determinadas metas como, por ejemplo, el fomento de medidas de información y protección adecuada de los consumidores (con la disponibilidad y accesibilidad de la máxima información veraz)[1583], conectando con exigencias de competencia[1584] y productividad, tal y como señala la Guía Metodológica, siguiendo la senda marcada por la Unión Europea[1585].

En cuanto a la relación con la economía europea y otras economías, se trata de una cuestión que debe situarse en el contexto de una sociedad global e interconectada[1586]. Así, la normativa de un Estado puede influir en los demás, por ejemplo, por las consecuencias que supone el juego de relaciones al estar en una organización internacional (es el caso de España por su pertenencia a la Unión Europea) y porque su marco normativo interno puede influir en la inversión

1583 Véase OCDE (2010 f), *The OECD's Consumer Policy Toolkit*, París: OCDE Publicaciones y OCDE (2014 c), *OECD Recommendation on Consumer Policy Decision Making*, Paris: OCDE Publicaciones. En el primero de ellos establece seis pasos para tomar decisiones adecuadas en relación con las políticas que afecten a los consumidores, comenzando por determinar el problema del consumidor y su causa y finalizando por desarrollar un proceso de revisión de las políticas para determinar su eficacia. En este contexto, en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se establecen una serie de cuestiones para determinar los efectos del proyecto normativo sobre los consumidores como son: en primer lugar, si "¿se aumenta o disminuye la oferta de bienes o servicios a su disposición?", para lo cual hay que prestar atención al constante cambio en los mercados de bienes y servicios, y dar prioridad a los deseos y necesidades de los consumidores. En todo caso, debe tenerse en cuenta lo que supone el "consumo sostenible", definido por la Organización de las Naciones Unidas (2003), *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor*, Nueva York: Organización de las Naciones Unidas (pág. 8), como "las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental" [véase también la definición establecida por el Ministerio de Medio Ambiente Noruego (*Norwegian Ministry of the Environment*) (1994), *Oslo Roundtable on Sustainable Production and Consumption*]. En segundo lugar, se cuestiona si "¿se aumenta su capacidad de elección?", lo cual está directamente relacionado con la información que genere el mercado y, esta a su vez, del nivel de transparencia, siendo necesario que dicha información sea simétrica, completa y efectiva, estudiando la importancia que tiene la economía de la información y del comportamiento del consumidor, especialmente aquellos que se encuentren en una situación desventajosa. Lo cual, en todo caso, debe conllevar un aumento cualitativo y cuantitativo de su capacidad de elección, este último relacionado directamente con el subimpacto de la competencia. En tercer lugar, se pregunta "¿cómo se ve afectada la protección de sus derechos o intereses?", ya que la falta de normas o las dificultades en su aplicación se evitan con los instrumentos de protección e información adecuados, véase ONU (2003: 8). En el Derecho comparado, véase la Evaluación de Impacto al Consumidor en Canadá (*Consumer Impact Assessment Canada*), accedido el 17 noviembre 2020, de http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/eng/ca02566.html, donde se establecen las siguientes cuestiones: "¿es probable que la política dé lugar a un cambio significativo en el precio y la cantidad del producto o servicio disponible en el mercado, o en la calidad y opciones disponibles para los consumidores?", "¿es probable que la política dé lugar a cambios materiales en las relaciones entre consumidores y empresas?" y "¿es probable que la nueva política tenga impactos negativos sustanciales en los consumidores vulnerables y sus interacciones con las empresas?".

1584 Afirma la OCDE (2011 c), *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, París: OCDE Publicaciones (pág. 24), que la "competencia entre proveedores genera menores precios y más opciones".

1585 Así, el documento SWD (2018) 96 final -2018/089 de trabajo del personal de la Comisión sobre las propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo que modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejor aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, determina que las "políticas de consumo eficaces tienen un impacto significativo porque afectan tanto a la demanda como a la oferta de la economía", en relación con la demanda, ya que "reducen el detrimento del consumidor, respaldan la confianza y empoderan a los consumidores para impulsar los mercados" y referido a la oferta porque "contribuyen a la competencia leal y la seguridad jurídica para las empresas".

1586 Verbigracia, la crisis económica generada por las hipotecas *subprime*.

extranjera y, por ende, en sus respectivos países. Este efecto mariposa, cada vez más, es tenido en cuenta por los Estados en su evaluación[1587], prestando atención al principio de reciprocidad, por ejemplo, en inversiones e importaciones en otros Estados. Ya, en el ámbito jurídico español, la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (página 23), establece una serie de preguntas[1588] para determinar los efectos del proyecto normativo en relación con la economía europea y otras economías, facilitando un estudio comparativo de la normativa nacional respecto a otras referidas a las obligaciones que les impone al sector empresarial en uno y otro sitio. No obstante, el cuestionario no tiene en cuenta otros aspectos, como son: la situación de las empresas españolas en dichos países extranjeros y la situación de las empresas extranjeras en España[1589], los impactos en los terceros países de la normativa española (especialmente los socios comerciales y los países en vías de desarrollo), las interacciones entre regulaciones nacionales e internacionales (aspecto este de especial importancia, por lo que vamos a determinar más adelante), los compromisos internacionales, los efectos macroeconómicos y los impactos en las importaciones y exportaciones, así como la competencia internacional. Es evidente que una adecuada interacción generaría una convergencia normativa internacional, con unos mercados más integrados, evitaría obstáculos y el aumento de los costes en el comercio. La OCDE fomenta, así, la aplicación de la cooperación internacional regulatoria (*international regulatory co-operation, IRC*), entendida como un ingrediente clave de la gobernanza regulatoria, para aprovechar y crear reglas comunes ante el fenómeno de la globalización. Los beneficios son altos e incluyen, por ejemplo, ganancias de eficiencia administrativa y ahorros de costes para los gobiernos, las empresas y la ciudadanía; el aumento de los flujos comerciales y de inversión; así como la mejora de la seguridad y la sostenibilidad ambiental. La OCDE identificó, en el año 2013, once mecanismos a estos efectos[1590], que van desde los más vinculantes (por ejemplo, la armonización de las normas a través de instituciones conjuntas), hasta la forma más ligera de cooperación a través del intercambio de información entre los reguladores. Esta cooperación internacional, en el ámbito comercial, se ha proyectado sobre el proyecto de Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, *TTIP*)[1591].

1587 Por ejemplo, es el caso de la baja imposición a las sociedades en Irlanda, esto hace que empresas oriundas de determinados países gestionen su tesorería desde allí.

1588 "¿Impone la norma obligaciones a las empresas que generan costes distintos que las de sus competidoras en otros países de la UE o de fuera de la UE?", De esta, a su vez, se pueden realizar dos preguntas: "¿Favorece la convergencia en las condiciones de producción o de prestación de servicios?" y "¿facilita el comercio con otros países o estimula la internacionalización de la empresa?".

1589 Pudiendo realizarse un análisis de las empresas que dependan de los insumos de otros países, aspectos estos que han tenido en cuenta otros países como es el caso de Estados Unidos desarrollado en el Capítulo II.

1590 Véase OCDE (2018 c), *The International Regulatory Co-operation Toolkit*, Paris: OCDE Publicaciones.

1591 El proyecto de Tratado de comercio entre Estados Unidos y la Unión Europea, paralizado como se mencionó en el Capítulo II, tenía como uno de sus objetivos la cooperación regulatoria entre la Unión Europea y los Estados Unidos para

En segundo lugar, los efectos en la competencia en el mercado se contemplan en el artículo 2.1.d)1.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, como de especial atención en la MAIN, al ocupar un elemento central en la reforma normativa, ya que sus principios y análisis sirven de referencia para la evaluación de la calidad de las regulaciones económicas y sociales[1592]. La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, antes de su modificación por la LRJSP, no mencionaba ningún documento relacionado con el subimpacto. No obstante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite un informe, a solicitud, sobre el proyecto normativo cuando afecte a la normativa de defensa de la competencia, dentro de la actividad de promoción de la competencia[1593], según el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[1594].

En relación con el procedimiento de evaluación de este subimpacto, en la Guía Metodológica se establece su definición como aquel análisis que sirve para observar si el proyecto normativo introduce elementos que distorsionen la competencia del mercado, como las "posibles restricciones al acceso de nuevos operadores" o que "limiten la libertad de los operadores para competir" o "sus incentivos" para llevarlo a cabo, ante lo cual se adoptarán medidas

que reduzca los obstáculos al comercio, lo cual proporcionaría resultados específicos en sectores industriales claves, que nunca reducirían las normas de protección existentes que seguirían siendo las mismas o se verán incrementadas, debiendo establecerse una coherencia normativa horizontal, en virtud de una propuesta revisada sobre la cooperación regulatoria y sobre prácticas de buena regulación. Además, menciona que las barreras técnicas al comercio (*Technical barriers to Trade*, *TBT*), tenían que ponerse en relación con la evaluación de conformidad de los productos, la reducción de los costes conexos, así como la transparencia y cooperación en el establecimiento de normas.

1592 Las normas e instituciones básicas de la política de competencia han estado en vigor desde la primera Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 1963) hasta actualmente, donde se afianza los postulados del artículo 38 CE donde se reconoce el derecho a "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", para lo cual los "poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación" (véase la STC n.º 208/1999, FJ 6, con fundamento en la STC n.º 88/1986, donde se afirma que la finalidad de la defensa de la competencia es "evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas", como elemento de salvaguarda de la "libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazados"), especialmente evolucionando desde una época de apertura y liberalización de la economía española a partir de la labor consultiva realizada por el, entonces, Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), con fundamento en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 170, de 18 de julio de 1989), produciéndose su consolidación normativa primero con la aprobación de reglamentación de ejecución en años posteriores como el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas (*BOE* núm. 16, de 18 de enero de 2002) y, posteriormente, con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2007), que deroga la anterior, y el desarrollo de esta Ley con el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2008).

1593 Afirma la Comisión Nacional de la Competencia (2008: 38 y 39) que "este tipo de ejercicio no debería limitarse a las normas propuestas o aprobadas por la Administración Central y de un cierto rango, sino que debería aplicarse a todo tipo de normas y a cualquier ámbito de la administración", ya que "a menudo las restricciones a la competencia se introducen no en los textos básicos, sino fundamentalmente en la normativa de desarrollo", determinando, además, los requisitos que debía reunir la memoria de competencia para que fuese eficaz.

1594 *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013. Así, se desprende su carácter facultativo, también, del artículo 9.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

procompetitivas o limitadoras de las obstativas de la rivalidad en los mercados. Al no existir una regulación detallada al respecto, debemos acudir a la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que desecha la posibilidad de realizar un análisis a través de un procedimiento simplificado[1595]. Así, el anexo IV de la Guía completa el contenido del análisis, para lo cual el centro directivo competente por razón de la materia debe rellenar la lista de verificación acompañada de ejemplos ilustrativos, exponiendo el excesivo (o no carácter) anticompetitivo del proyecto normativo y, si esto es afirmativo, se hará un estudio detallado. Hay que señalar que la lista de verificación de la competencia tiene como referencia la Guía de evaluación de la competencia de la OCDE cuya finalidad es determinar si es necesario realizar o no evaluaciones adicionales y en profundidad, en virtud del principio de proporcionalidad, sobre su potencialidad de impacto anticompetitivo, mediante una serie de preguntas[1596]. No obstante, sería aconsejable, en mi opinión, realizar el estudio en profundidad del impacto sobre la competencia, que incluyera una identificación clara de los objetivos de la política y su finalidad y, en definitiva, cuál es su justificación[1597]. Así lo establecía la antigua Comisión Nacional de la Competencia[1598], proponiendo un "análisis integral", ya que en la "fase previa de identificación se pueden haber encontrado varias restricciones a la competencia que estén íntimamente interrelacionadas entre sí", para lo cual "resulta conveniente hacer el doble análisis de especificar la justificación de cada una de ellas, además de la del conjunto, para valorar si realmente resulta coherente"[1599]. En estos términos, sería adecuado evaluar la vinculación y la coherencia de las medidas a proponer con las ya existentes.

Los subapartados de cada categoría del cuestionario establecen ejemplos paradigmáticos en

1595 En el Derecho comparado autonómico destaca la Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas de la Autoridad Catalana de la Competencia del año 2010.

1596 Véase OCDE (2011 b) y Reino Unido (Autoridad de los Mercados y la Competencia- *Competition and Markets Authority*) (2015), *Competition impact assessment: guidelines for policymakers,* en el cual se compone de dos fases: una proyección inicial (*initial screening*) y una evaluación en profundidad (*In-depth competition assessment*). Si se responde afirmativamente a una serie de preguntas, se realiza un análisis en profundidad, que responde al arquetipo marcado por la OCDE y coincide, por ejemplo, con el supuesto reseñado de Gran Bretaña, salvo la afectación a los consumidores que en la Guía está aparte. Concretamente, se dispone tres efectos sobre la competencia, resaltándose tres preguntas, cada una con una serie de puntos para determinar si en cada pregunta se produce o no la situación que cuestiona y que puede producir un efecto negativo o no en la competencia, describiéndose, con posterioridad, en qué consisten, así como estableciéndose ejemplos que lo ilustren.

1597 Por ejemplo, la evaluación en profundidad de la competencia en el Reino Unido parte, en primer lugar, de la identificación de los mercados afectados y el establecimiento de una línea de base, en segundo lugar, evaluar el impacto de la medida en la competencia, en tercer lugar, evaluar las propuestas alternativas y los posibles problemas de implementación, y, por último, comparar los resultados y utilizarlos para informar la toma de decisiones.

1598 Comisión Nacional de la Competencia (2009), *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*, Madrid, pág. 49.

1599 Esto es de relevancia en el supuesto en que el proyecto normativo incluya distintas medidas con el mismo objetivo, ya que podrían estar solapadas, reduciendo, así, su eficacia e incrementando los efectos negativos sobre la competencia.

las que las regulaciones pueden restringir indebidamente la competencia de un mercado, así, por ejemplo, puede plantearse: "¿Limita el número o la variedad de los operadores en el mercado, de forma directa o indirecta?" (limitación cuantitativa para competir, por lo que, puede aumentar las prácticas para mantener dicha situación)[1600]. Por otro lado, habría que preguntar si existe una limitación cualitativa de los operadores para competir[1601], pudiendo estos reducir la intensidad y las dimensiones de la competencia, lo que desembocaría en una menor variedad de la oferta dirigida a los consumidores y en un aumento de precios. También, se cuestionaría la influencia en la decisión de los operadores en un mercado, afectando de forma indirecta en la competencia[1602].

Por último, es necesario analizar y justificar la proporcionalidad de la restricción a la competencia, ya que se considerará una restricción desproporcionada cuando, en un ejercicio comparativo, el detrimento en las actividades que suponen las restricciones a la competencia es mayor que la mejora en términos de bienestar social.

En segundo término, debe llevarse a cabo una descripción de las regulaciones alternativas que podrían contribuir a la consecución de los objetivos de la política, centrándose en los distintos instrumentos regulatorios que se pueden emplear para la consecución de un objetivo que puede tener distintos impactos en el ámbito de la competencia. La decisión sobre el instrumento no es una cuestión baladí y conllevará un ejercicio de reflexión orientado a la consecución del objetivo, valorando la utilización de mecanismos menos restrictivos y huyendo de un enfoque maximalista. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[1603] establece ejemplos de alternativas regulatorias (aunque, en el fondo, podríamos considerarlas, en su mayoría, como alternativas al contenido regulatorio) como: "*regular el objetivo, pero no el procedimiento*"; "*regulación del acceso al mercado*"; "*derechos en exclusiva*"; "*licencias o autorizaciones*"; "*carácter temporal de las restricciones*", con un carácter acotado en el tiempo; "*alternativas a la regulación de precios*"; "*minimizar el impacto*" y "*no regular*".

1600 Esto favorece a los incumbentes, que son los operadores establecidos en el mercado. La determinación de ese *numerus clausus* puede generar una falta de respuesta de la oferta, en términos de cantidad y calidad, lo que generaría con el transcurso del tiempo, y el aumento de la demanda, un incremento de su posición en el mercado e influencia sobre la Administración para mantener dicha situación. Este comportamiento, a su vez, se incardinaría dentro de los fenómenos dirigidos a la captura del regulador, generando unas transacciones elevadas en su adquisición en el mercado secundario, aprovechándose de esto las Administraciones Públicas, a través de distintos recursos públicos.

1601 Por ejemplo, el control de los precios de venta de un bien o de la prestación de un servicio, que pudiese generar un efecto contrario al deseado, debido, entre otros motivos, a su afectación a la seguridad jurídica y a la confianza en el mercado.

1602 Puede ser este el caso si el proyecto normativo genera un régimen de autorregulación o corregulación, que ordene la actividad de forma anticompetitiva.

1603 Comisión Nacional de la Competencia (2009: 53-56).

En tercer lugar, se evalúan los impactos de cada opción sobre la competencia y, por último, se compararán las opciones, y se clasificarán estas, con el objetivo de maximizar los beneficios y minimizar las restricciones al mismo tiempo. No obstante, no existe un órgano que fiscalice dicha actuación, y, si a esto se le añade que el órgano sectorial competente en materia de competencia interviene para emitir informes de forma facultativa[1604], difícilmente se puede asegurar la veracidad de los datos o la exactitud del análisis realizado por el centro directivo[1605]. En consecuencia, lo lógico es reconocer una participación activa al órgano que tiene capacidad y conocimiento sobre esa materia específica[1606].

Asimismo, el sistema debería contemplar de manera expresa al sector público cuando intervenga en la economía y determinar cómo se va a realizar el análisis más detallado del impacto de la competencia[1607]. Además, la evaluación no solo debe centrarse en un determinado mercado, sino, también, en aquellas industrias y empresas directamente relacionadas con este[1608], teniendo en cuenta el sistema de distribución competencial en España en materia de defensa de la competencia [1609].

Por último, en el marco del sistema de evaluación del subimpacto de la competencia, la justificación de la restricción a la competencia en el proyecto normativo debe girar en torno si se produce una rectificación de un fallo de mercado u objetivo de interés general[1610], todo ello

1604 A diferencia de otros ejemplos en el Derecho comparado autonómico como es el caso de la Agencia de la Competencia y Regulación Económica de Andalucía que informará con carácter preceptivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, [así como el artículo 8.3.a) del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, *BOJA* núm. 245, de 14 de diciembre de 2007] los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Junta de Andalucía que incidan en la libre competencia.

1605 Tampoco el Ministerio de la Presidencia, en virtud del artículo 26.9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, tiene atribuida expresamente dicha función, aun cuando podría incardinarse en la genérica de "análisis y coordinación de la calidad normativa", ni otros órganos que intervienen en el procedimiento, aun su relevancia, como el Consejo de Estado, ya que carecen de un conocimiento específico sobre la materia.

1606 Por ejemplo, en el ámbito andaluz, la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

1607 Véase Cubero Marcos (2011: 146 -151). Al respecto, se debe utilizar un concepto material de empresa en la práctica como afirma J. C. Laguna de Paz (2019), «Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 17- 49 (pág. 18).

1608 Véase OCDE (2011 b: 74) que, a estos efectos, identifica aquellos que tengan "un potencial significativo para un debilitamiento de la competencia en el sector afectado o de las industrias conexas".

1609 La Constitución no prevé expresamente la competencia del Estado en la materia, pudiendo encuadrarse en el artículo 149.1.13.ª "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (STC n.º 71/2012, FJ 3). En virtud de dicha falta de determinación, algunas Comunidades Autónomas han establecido sus competencias de ejecución al respecto, siempre que no entren en conflicto con las propias del Estado (STC n.º 208/1999, FJ 5), como es el caso del artículo 58.1.5.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía, reconociendo, dentro de la actividad económica, la "competencia exclusiva" en: "Promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se realizan principalmente en Andalucía y el establecimiento y regulación de un órgano independiente de defensa de la competencia".

1610 Véase Cubero Marcos (2011: 155) afirma que: "Invocar términos como «interés general», «servicios sociales», «ejercicio de competencias», o «potestades de *imperium*» no debe servir de justificación para quedar al margen de la

conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación[1611]. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha restricción puede producir un fallo del Gobierno que puede tener consecuencias aún más negativas. En resumen, el análisis debe poner de manifiesto que la regulación anticompetitiva se fundamenta, únicamente, cuando los beneficios de su adopción exceden de los costes, incluyendo los que establezcan el impacto anticompetitivo, aspectos que se comprobarán, en mayor medida, en la evaluación de impacto normativo *ex post*.

En otro orden de cosas, la unidad de mercado es un subimpacto de marcado carácter económico, cuya finalidad consiste en la no segmentación del orden económico nacional en diversos mercados, respetando siempre el sistema de distribución competencial que establece la Constitución y el bloque de constitucionalidad. No existe una definición en la Constitución de lo que se entiende por unidad de mercado, pero sí implícitamente, a través de sus artículos 2, 38, 138 y 139[1612], que reconocen una pugna entre el principio de unidad (artículo 2) y el de descentralización, respondiendo a la configuración territorial del Estado español, generando recelos en relación con la posible fragmentación del mercado único español[1613]. Esa tensión entre el principio de territorialidad de los actos y de las normas de las Comunidades Autónomas y el principio de unidad de mercado, ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional "en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional" (STC n.º 80/2012). Sin embargo, el aumento en la capacidad regulatoria por las Comunidades Autónomas es paralelo al avance de la descentralización, generando, como contrapartida, una marea regulatoria, que consolida la idea de que la fragmentación del mercado[1614] supone un aumento de costes para las empresas (impidiendo, por ejemplo, el

legislación en materia de competencia". Siendo un elemento de importancia la determinación adecuada y concreta del interés general, véase M. Egan (2001), *Constructing a European Market*, Oxford: Oxford University Press (pág. 26).

1611 Un ejemplo de falta de consideración del test de proporcionalidad alemán en la elaboración de una norma se encuentra en el expediente del anteproyecto de Ley del derecho a la vivienda, concretamente lo pone de manifiesto el informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado en sesión plenaria el 27 de enero de 2022, apartado n.º 100 donde se afirma que: "No incorpora el expediente remitido, por lo tanto, la información necesaria para poder determinar si la incidencia que se produce por la aplicación de las medidas incorporadas al anteproyecto en los derechos a la propiedad privada o la libertad de empresa es proporcionada en su triple dimensión de medidas necesarias, medidas idóneas y medidas razonables (o estrictamente proporcionadas)".

1612 Afirma A. Calonge Velázquez (1988), «El principio de unidad de mercado en la Constitución española de 1978», *Anales de estudios económicos y empresariales*, 3, págs. 125-146 (pág. 125), que la "Constitución de 1978 ha consagrado el principio de unidad de mercado. No lo ha hecho expresamente, aunque sí puede deducirse implícitamente de muchos de sus preceptos constitucionales".

1613 Véase E. García de Enterría (1980), «Estudio preliminar», en E. García de Enterría (coord.), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos (pág. 20).

1614 Al respecto, véase la STC n.º 32/1983, FJ 3, entendiendo por dicha fragmentación cuando "las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen" (SSTC n.º 37/1981, FJ 2; 233/1999, FJ 26 y 96/2002, FJ 11).

aprovechamiento de la economía de escalas). En todo caso, no es posible confundir unidad con uniformidad, según el Tribunal Constitucional[1615], aunque sin un mercado único no es posible alcanzar la efectiva unidad del orden económico nacional (STC n.º 64/1990). Sin embargo, esto no va a impedir que existan otros mercados que no afectarían a la fragmentación del nacional, en virtud de su ámbito geográfico residenciado en la Comunidad Autónoma o Entidad Local (que no tengan trascendencia social, económica y gubernamental en todo el territorio nacional)[1616].

En el marco de la Unión Europea, se han establecido distintos instrumentos para mejorar la unidad de mercado, impulsados por el Informe *Cecchini* en relación con las ventajas del mercado único europeo, y atendiendo al coste de la no Europa en el mercado[1617]. La existencia del mercado único, y de sus beneficios en las cuatro libertades al ámbito nacional, se proyecta en la aprobación de la Directiva de Servicios. Sin embargo, en el ordenamiento español, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, no atendió esta exigencia, al no incluir los efectos sobre la unidad de mercado del proyecto normativo como elemento que hay que tener en cuenta en la MAIN, aspecto que tampoco recogió la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. En cambio, esta exigencia sí se recoge en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre[1618], aprovechando la experiencia de la transposición de la Directiva de Servicios, aunque su ámbito objetivo se extiende más allá del sector servicios determinado por la Directiva. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, tiene como objeto la unidad de mercado, cuyo fundamento es la libre circulación y establecimiento

1615 Concretamente en la STC n.º 88/1986, FJ 6 se hace expresa mención de la unidad de mercado y a su compatibilidad con la autonomía política, ya que de "la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional", esto conlleva "la existencia de un mercado único" que "supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica". Pero, dicha "unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad", debido a la "configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas", debiéndose alcanzar "la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía", para lo cual "ha de buscarse, pues, (…) un equilibrio entre ambos principios", teniendo en cuenta que esta proporción "admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico", en virtud de un régimen equilibrado diferenciado al nacional, establecido mediante regulación autonómica en virtud de sus competencias que, en todo caso, salvaguarda la "igualdad básica de todos los españoles".

1616 Ejemplo de trascendencia nacional es el sector vitivinícola por su relevancia económica (STC n.º 34/2013, FJ 9).

1617 Véase Parlamento Europeo (2014), *Estimación del coste de la no Europa 2014-2019*, Bruselas: Parlamento Europeo, accedido el 5 noviembre 2020, de https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/510983/IPOL-EAVA_ET(2014)510983_ES.pdf, donde establece el aumento de la eficiencia en distintos sectores, de forma cuantificada y argumentada.

1618 Debido a la aprobación de la Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2013 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016 (*DO*, C 217/81, 30.7.2013), en su apartado 7 se sugirió: "Aprobar y aplicar urgentemente el proyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado y acelerar todas las acciones complementarias necesarias para su pronta aplicación". La Ley está fundamentada en distintos títulos competenciales estatales que son el artículo 149.1.1ª, 6.ª, 13.ª y 18.ª CE, siendo susceptible de cuatro recursos de inconstitucionalidad, resueltos por el Tribunal Constitucional en las SSTC n.º 79/2017, 110/2017, 111/2017 y 119/2017.

de los operadores económicos, la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y, en la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (artículo 1.2). No se trata de crear o desarrollar un mercado único europeo en las fronteras nacionales, sino de garantizar el cumplimiento de la unidad de mercado español [1619], limitando los actos, disposiciones y otras medidas de intervención de las distintas Administraciones territoriales que afecten al acceso y al ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado. Dichas actuaciones deben estar guiadas por una serie de principios, que son los siguientes (artículos 3 a 8): no discriminación por lugar de residencia o establecimiento, cooperación y confianza mutua [1620], necesidad y proporcionalidad [1621], eficacia de las actuaciones de las autoridades en todo el territorio nacional[1622], simplificación de cargas[1623] y transparencia[1624].

La relación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, y la mejora regulatoria se señala en su exposición de motivos, cuyo antepenúltimo párrafo se refiere a la finalidad de la consecución de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas "que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial, la actividad económica y la inversión, en beneficio de los destinatarios de bienes y servicios, operadores económicos y de los consumidores y usuarios"[1625]. A estos efectos, la fragmentación del mercado nacional aumenta los costes, desalentando la confianza en el mercado y de atracción de inversiones, con la consiguiente pérdida de productividad y competitividad, afectando negativamente, en general, al sistema económico y laboral, incidiendo en la ciudadanía en términos de bienestar. Especialmente

1619 MAIN de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (versión de 5 de julio de 2013), pág. 59.

1620 Se establece dos principios: el de cooperación, por el que se crea el Consejo para la Unidad de Mercado en el marco de las conferencias sectoriales y el establecimiento de un sistema de cooperación interadministrativa; y el de confianza mutua, que puede responder a una serie de principios o pautas normativas que guían las relaciones entre Administraciones Públicas.

1621 Cuyo desarrollo se establece en los artículos 17 y 18 de la Ley, los cuales ya se habían determinado por la jurisprudencia, por ejemplo, la STC n.º 100/2012, FJ 4.

1622 A estos efectos, era relevante lo establecido en el artículo 20, referido a la eficacia en todo el territorio nacional de los medios de intervención de las autoridades competentes, el cual fue declarado inconstitucional y nulo por la STC n.º 79/2017.

1623 Afirma que no debe existir "un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad".

1624 Se establece dos tipos de actuaciones a realizar por las autoridades competentes: "la correcta aplicación" de dicha Ley y "la detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado"; y asegurar que "las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de la Ley son fácilmente accesibles, y cumplen lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre".

1625 Uno de los pilares de la Ley es el modelo de buena regulación (los otros tres pilares son los principios básicos, cooperación administrativa y protección del operador). Una postura crítica a la Ley se manifiesta en las observaciones realizadas por el Consejo de Consumidores y Usuarios, recogidas en la MAIN de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (versión 5 de julio de 2013), página 96, donde se señala que: "En general la norma supone un menoscabo a la protección de los consumidores y usuarios, promueve paraísos regulatorios dentro del territorio nacional incentiva la desregulación de la actividad económica y la falta de control", al establecer que "la regulación de la actividad vendrá determinada por aquella C.A. más laxa".

interesante, a estos efectos, son los artículos 6, 7, 8, 9, 14[1626] y 15[1627] de dicha Ley. Asimismo, debe destacarse el Plan de Racionalización Normativa de Unidad de Mercado[1628], que conlleva un proceso de carácter dinámico que se inició en el 2012, de revisión temporal de la normativa referida a cada sector, para identificar los posibles impedimentos a la unidad de mercado que hayan determinado las distintas Administraciones Públicas y la reducción o eliminación de la carga normativa debido a la simplificación, a través de la modificación o derogación de las normas duplicadas, contradictorias o que dificulten la unidad de mercado, a fin de facilitar la regulación eficiente.

La competitividad, según la 23.ª edición del diccionario de la Real Academia Española, supone la "capacidad de competir". Sobre esta definición, pueden establecerse dos dimensiones, a saber: una interna referida a la Administración Pública y otra externa en relación con las empresas. En esta última, todas las medidas deben tender a fortalecer la capacidad de estas de hacer las cosas mejor en un contexto concurrente. Así, hubiese sido adecuado que la competitividad fuera un elemento para incluir dentro del apartado del impacto económico referido a la competencia[1629]. En el lado de la Administración Pública, el Gobierno de España trató de fomentar una mayor eficiencia y competitividad de la economía que garantizasen una recuperación sostenida de la crisis económica[1630]. En este sentido, tanto el Estado como las

1626 Referido a la evaluación de impacto normativo *ex ante*, en cuyo precepto se determina: en el apartado 1 se dispone el intercambio de información de los preceptos que pueden tener incidencia en la unidad de mercado; en el apartado 2 se afirma la puesta a disposición del expediente para su valoración referido a los proyectos normativos que afecten relevantemente a la unidad de mercado, a través del sistema de intercambio electrónico de información del artículo 23, por la autoridad competente proponente de la norma al resto de autoridades, siempre con la antelación suficiente (el Consejo de Estado critica la indeterminación de esta expresión en su observación 10, página 28, de su dictamen n.º 631/2013); y el apartado 3 determina que las normas que regulan las funciones o actuaciones de las autoridades competentes referidas a las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, garantizarán el principio de simplificación de cargas. Además, los apartados 4 y 5 establecen una opción de si el proyecto normativo por un lado determina o modifica medios de intervención o los requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica. En el apartado 4 se afirma que en el primer supuesto, por un lado se llevará a cabo el análisis de "la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes", y, por otro lado, se evitará la simultaneidad de medios de intervención sobre las mismos condiciones cuando concurran varias Administraciones, así como se establecerá un sistema que evite costes adicionales para el operador en un ejercicio comparativo respecto de si hubiese intervenido una Administración. En el apartado 5 se analizará la coexistencia de dicha medida con la normativa existente, al respecto, de las demás autoridades competentes y en el apartado 6 se establece el trámite de audiencia a los operadores económicos en los proyectos normativos del ámbito material de la Ley.

1627 Cuyo contenido establece la evaluación de impacto normativo *ex post*, en el cual se afirma que se llevará a cabo, por parte de las autoridades competentes, de forma periódica, para tener en cuenta el impacto de la normativa en la unidad de mercado (ante la parquedad del texto y falta de desarrollo, habrá de remitirse a la normativa general del procedimiento de elaboración de normas) y en las conferencias sectoriales, como instrumento de cooperación de las autoridades, concretando, con carácter anual, el programa de evaluación, así como los cambios normativos a proceder, sin perjuicio del posible impulso, por el Consejo para la Unidad de Mercado, de la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado en el supuesto de la detección de obstáculos a la unidad de mercado.

1628 Constituye la 2.ª fase del programa de trabajo de unidad de mercado aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en 2012.

1629 OCDE (2007).

1630 Esta preocupación se manifestó con la aprobación de distintas normas en materia de competitividad como, por ejemplo, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de

organizaciones sociales como la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) identifican como fundamental la mejora del marco normativo para aumentar la competitividad[1631], generando los entornos que favorezcan la actividad económica.

En virtud de lo anterior, España subió puestos en el denominado índice de competitividad (*Global Competitiveness*)[1632] según el Foro Económico Mundial (*World Economic Forum*) que ocupó el puesto 23 de 141 países. En este informe, que se realiza todos los años, se demuestra la clara influencia de la regulación en la competitividad, al establecer como un indicador la carga que supone las relaciones gubernamentales a la hora de hacer negocios. Así, hay que poner en relación el aumento de la competitividad de la economía con la mejora de la calidad, la simplificación[1633] y la eliminación de cargas administrativas[1634], que redundará no solo en aquella, sino también en la productividad. Ciertamente, las empresas se pueden ver afectadas no solo por la eliminación de las cargas administrativas innecesarias, sino por la reducción de los costes desproporcionados a la finalidad establecida[1635]. A ello habrá que sumar la consideración de la competitividad en el ámbito exterior, siendo interesante la posibilidad de incluir en la evaluación el impacto internacional y la cooperación regulatoria ya mencionadas[1636]. Con todo, la normativa examinada adolece de un desarrollo del proceso de evaluación de este subimpacto.

En cuanto al subimpacto de las Pequeñas y Medianas Empresas (pymes), el mismo no se mencionaba expresamente en los artículos 2.1.d) y 3.1 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Sin embargo, posteriormente, en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se contempla la incidencia diferencial de las empresas en

fomento de la competitividad (*BOE* núm. 168, de 14 de julio de 2012); y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (*BOE* núm. 252, de 17 de octubre de 2014). También, reseñar, a estos efectos, la aprobación por el Consejo de Ministros el 6 de junio de 2014 del Plan de medidas para el crecimiento, competitividad y eficiencia.

1631 Gobierno de España (2016: 50).

1632 World Economic Forum (2019), *The Global Competitiveness Report 2019,* K. Schwab (ed.), Ginebra: World Economic Forum, accedido el 11 octubre 2020, de http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf.

1633 Véase J. Torno Mas (2000), «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 39-76 y Martín-Retortillo Baquer (1998).

1634 Así se estableció en la COM (2006) 690 final, Primer informe de evolución sobre la estrategia para la simplificación del marco regulador, página 2, que tiene su fundamento en la Estrategia Renovada de Lisboa. Referido a su conexión con las cargas administrativas, el Gobierno de España (2008), *Plan de Acción para la reducción de cargas administrativas*, página 3, sostiene que "la reducción de cargas puede contribuir a incrementar la productividad empresarial y, con ello, a mejorar la competitividad del conjunto de la economía".

1635 Afirma la OCDE (2008: 13) que la "competitividad de las empresas puede verse afectada por la eficiencia de la normativa doméstica y del entorno administrativo".

1636 Véase la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2007), *Plan Estratégico para la Economía Española. Análisis y planteamientos desde la CEOE*, pág. 74, que establece como ejemplo los "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y los Acuerdos para Evitar la Doble Imposición".

función de su tamaño y peculiaridades, constituyendo las pymes aproximadamente el 90% del tejido empresarial español, caracterizadas por una elevada incidencia en sus "costes fijos, en los que repercuten de manera especial los costes del cumplimiento" normativo[1637]. Pero, más allá de estas breves consideraciones, en la Guía no se establece cómo efectuar la evaluación de dicho subimpacto. Así, el artículo 26.3.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, dispone, únicamente, que el análisis del impacto económico y presupuestario "incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea". Esto, a su vez, se desarrolla en el artículo 2.1.d)1.º, párrafo 2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, donde se reitera lo ya mencionado por la Ley, con el añadido de que dicho test se determinará en la Guía Metodológica, previéndose un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto para este desarrollo (disposición adicional 1ª), sin que en el momento de escribir estas líneas se haya llevado a efecto.

En consecuencia, en el ámbito de la Administración General del Estado no hay nada determinado para llevar a cabo esta evaluación, más allá de su mera remisión al ámbito comunitario[1638], sin perjuicio de que, en el ámbito económico, las Comunidades Autónomas hayan destacado la importancia de las pymes[1639]. Es una situación que contrasta con el ámbito internacional, ya que, en países como el Reino Unido, sí ha sido susceptible de consideración o tratamiento esta evaluación[1640].

Por efecto de lo anterior, el test pyme debe hacerse "de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea" que, actualmente, se encuentra plasmada en el Documento de Trabajo de la Comisión Europea SWD (2017) 350 Directrices de Mejora Regulatoria (*Commission Staff Working Document. Better Regulation Guidelines*), la cual se remite a la Caja de Herramientas

1637 Al respecto, asegura F. Becker Zuazua (2006: 48) "que el coste en términos de recursos: humanos, tecnológicos y de capital que las compañías tienen que dedicar para adaptarse a la maraña regulatoria son crecientes", esto supone "una de las principales trabas que encuentran las pequeñas y medianas empresas".

1638 Véase Comisión Europea (2019), *2019 SBA Fact Sheet. Spain*, pág. 6, al mencionar que, con independencia de los adelantos en las normas publicadas, "no se han establecido fechas comunes de inicio para la nueva legislación y la modificación de la legislación existente".

1639 Como es el caso del Acuerdo de 1 de abril de 2014, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen directrices de buenas prácticas en materia de valoración del efecto de las iniciativas normativas y de planificación sobre las PYME (Test-PYME), publicado por Orden de 2 de abril de 2014, del Consejero de Industria e Innovación (*BOA* núm. 65, de 2 de abril de 2014).

1640 Véase la Guía de evaluación de pequeñas y microempresas del Comité de Política Regulatoria [*RPC Small and Micro Business Assessment (SaMBA) guidance*], accedido el 3 noviembre 2020, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/827960/RPC_Small_and_Micro_Business_Assessment__SaMBA___August_2019.pdf. A estos efectos, dicho órgano ha elaborado, también, una lista de comprobación, accedido el 23 enero 2022, de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/828084/Checklist_for_high_quality_SaMBA_NEW_AUGUST_2019.pdf, donde se realiza una serie de preguntas para identificar los efectos sobre las micro y pequeñas empresas, y, en su caso, poder llevar a cabo un análisis más desarrollado en torno a sus costes y cargas.

de la Mejora Regulatoria (Better Regulation Toolbox), concretamente a la n.º 23[1641]. Así, dicho documento, que responde al lema *"Pensar primero a pequeña escala"* (*Think small first*), es llevado hasta sus últimas consecuencias para que se produzca los resultados esperados en la economía [1642] , lo que exige analizar si las pymes se encuentran afectadas desproporcionadamente o desfavorecidas en comparación con las grandes empresas y establecer mecanismos alternativos o de mitigación. El test pyme consta de los siguientes pasos: en primer lugar, la identificación de las empresas afectadas, para determinar cuáles son pymes o no; en segundo lugar, la audiencia a las pymes, junto con otros afectados y al público en general (a estos efectos, la Comisión ha desarrollado una serie de herramientas que ayudan a obtener la opinión de las empresas, a las que se incluyen la Red Europea Empresarial -*Enterprise Europe Network*- y la Red de Representantes de las Pequeñas y Medianas Empresas -*Network of SME Envoys*-[1643]). En tercer lugar, hay que realizar una medición del impacto para las pymes, para lo cual hay que determinar la distribución de los costes, beneficios e impactos de la propuesta respecto de las empresas en virtud de su tamaño, con un análisis cualitativo y cuantitativo al respecto[1644]. En cuarto lugar, la evaluación de las alternativas y las medidas de mitigación, cuando se demuestra que las micro, pequeñas y medianas empresas se enfrentan a unas cargas y costes mayores relativamente que las grandes empresas, produciéndose un impacto en las necesidades de las pymes, para lo cual deben revisarse las medidas para garantizar la igualdad de condiciones y el respeto al principio de proporcionalidad[1645].

Junto a lo anterior, hay que identificar un órgano específico por razón de la materia que emita un informe preceptivo al respecto. Por ejemplo, en el ámbito de la Administración General del Estado, encontramos al Consejo Estatal de la Pequeña y Mediana Empresa, creado y regulado

1641 Véase, la última versión de la Caja de Herramientas de la Mejora Regulatoria de la Comisión Europea es de noviembre de 2021 (págs. 181-192). Este subimpacto debe evaluarse conforme a la Ley de la pequeña empresa *(Small Business Act, SBA*) establecida en el ámbito de la Unión Europea por la COM (2008) 394 final, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Pensar primero a pequeña escala" [a estos efectos, hay que tener en cuenta los siguientes actos SEC (2008/2101) y (2008/2102)]. La *Revisión de la Small Business Act* para Europa [COM (2011) 78 final], que se integró en la estrategia Europa 2020, invitó a los Estados miembros a evaluar sistemáticamente el impacto de la legislación en las pymes mediante el test pyme (*SME Test*), para lo cual la Comisión facilitaría el intercambio de buenas prácticas sobre cómo aplicar la misma, encontrándose el test en los anexos a las Directrices de evaluación de impacto de la Unión Europea.

1642 Véase Comisión Europea (2019), *Annual Reports on European SMEs 2018/2019*, Luxemburgo: Comisión Europea (págs. 93 y 94), donde se establecen una serie de preguntas en relación con este impacto.

1643 La red se creó en 2011 como parte de la revisión de la Ley de la Pequeña Empresa.

1644 En relación con distintos ámbitos de especial aplicación, véase Gobierno de España (2019), *Marco Estratégico en política de pyme 2030*, accedido el 3 noviembre 2020, de https://industria.gob.es/es-es/Servicios/MarcoEstrategicoPYME/Marco%20Estrat%C3%A9gico%20PYME%20-%20anexos.pdf, en el anexo I se refiere a un análisis del ámbito internacional resaltando lo siguiente: financiación, internacionalización, innovación y digitalización, emprendimiento, gestión empresarial y talento, marco regulatorio, sostenibilidad y otros. Al respecto, se han establecido unos indicadores de seguimiento en los mencionados ámbitos (págs. 30-32).

1645 Ejemplos de medidas de mitigación pueden ser, por ejemplo, exenciones o reducciones en distintos ámbitos, específicas campañas de información y servicios de asistencia especializados.

en virtud del Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre[1646], como un "órgano colegiado consultivo, asesor y de colaboración en las materias que afectan a las pequeñas y las medianas empresas para favorecer y facilitar su creación, crecimiento y desarrollo de ventajas competitivas" (artículo 1.1), aunque sus informes sobre "los proyectos normativos" son a solicitud de su presidente [artículo 2.g)], esto es, la persona titular del Ministerio con competencias en pyme.

De otra parte, hay que clarificar qué se entiende por pyme a estos efectos, aspecto harto complicado ante la existencia de distintas definiciones, dependiendo del ámbito material de regulación, lo que puede acarrear una generación de costes tanto en asesoramiento como en ejecución[1647] e influye en la estabilidad y la capacidad de invertir de las empresas. Esto no se resuelve con la remisión a la práctica de la Comisión Europea, ya que se refiere a la realización del test y no de la determinación de su ámbito subjetivo, lo cual debería clarificarse. A lo anterior, hay que añadir la posición de la jurisprudencia que facilita la realización del test en términos muy genéricos, como hemos expuesto en el Capítulo III.

En otro orden cosas, el impacto presupuestario tiene como precedente trámites del procedimiento de elaboración de normas como la memoria económica[1648], y el informe a emitir al respecto por el centro directivo competente en materia de presupuestos, aspectos ya desarrollados en el Capítulo anterior.

El régimen jurídico aplicable en el ámbito de la Administración General del Estado se sitúa en el artículo 26.3.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, los artículos 2.1.d)2.º y 3.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, y la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, junto con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera[1649]. Las

1646 *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 2014.

1647 Por ejemplo, la Agencia Española de la Administración Tributaria considera, en relación con el Impuesto de Sucesiones, como pyme una "empresa de reducida dimensión", que es aquella que no supere una cifra de negocios de 10 millones de euros. Otra se encuentra en el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, aprobado por el Real Decreto 1515/2017, de 16 de noviembre (*BOE* núm. 279, de 21 de noviembre de 2017), artículo 2, que entre sus requisitos se encuentra que "el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros".

1648 Afirma VV.AA. (2005), «Informe de la Comisión para el estudio y creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas», en J. A. Garde Roca (Coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación informe Comisión Expertos* (págs. 17-94), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 70), que "no existe en la práctica de todas las Administraciones un auténtico análisis de impacto económico y social de los proyectos normativos, al limitarse básicamente las memorias de los mismos a una valoración de sus costes presupuestarios".

1649 El artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, establece que las "disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación", que "afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de

diferencias regulatorias entre la tradicional memoria económica y el impacto presupuestario son varias, destacando la consideración, en mayor medida, de la afectación, no solo de los gastos públicos, sino también de los ingresos públicos. Esto último nos lleva al recurso a una metodología de decisión como es el análisis coste-beneficio, aspecto este que se establece en el artículo 2.1.h) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que exige su utilización preceptiva cuando una norma específica o sectorial así lo exija[1650].

Por otro lado, las diferencias con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se centran en el desarrollo del contenido del impacto presupuestario, que forma parte de la regulación conjunta del impacto económico y presupuestario del artículo 2.1.d),2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, en relación con la memoria ordinaria, evidenciando su interconexión con el impacto económico[1651]. Así lo establece el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 223/2006, FJ 5, al definir los "presupuestos como 'vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno' (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2)", siendo en virtud de dicha condición "un instrumento fundamental para la realización de su programa de gobierno".

La determinación del contenido que debe tener este subimpacto se establece en el artículo 2.1.d)2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, para la memoria ordinaria, disponiendo, frente al Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, un contenido mínimo, pues "comprenderá, al menos, una referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos y (que) incluirá la incidencia en los gastos de personal, dotaciones o retribuciones, gastos en medios o servicios de la Administración digital o cualesquiera otros gastos al servicio del sector público"[1652], y que debe respetarse en la memoria abreviada (artículo 3.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre). Este enfoque refuerza la posición de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en virtud de lo establecido en el artículo 2.3 del

estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera".

1650 A diferencia del artículo 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, ya que no efectuaba "ninguna referencia a los beneficios esperables, por lo que se podría señalar que el Real Decreto opta por una evaluación de impacto normativo articulada en torno a un análisis coste-eficacia o coste-cumplimiento, no por un análisis coste-beneficio", según J. Ponce Solé (2011), «Crisis económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y derecho administrativo», en A. Blasco Esteve (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011* (págs. 459-473), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (pág. 468),

1651 Afirma Garrido Mayol (2006: 138) dicha subsunción al reconocerlo como "parámetro económico indisociable de la viabilidad de la norma proyectada", que se encuentra "íntimamente relacionada con lo que se conoce como 'factibilidad de las normas'".

1652 Precepto modificado por la disposición final 3.ª del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2021), incluyendo en el impacto presupuestario el análisis de la incidencia de aquellos gastos en la prestación del servicio de la Administración digital.

Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, en el cual menciona que para "la realización y estructuración de la MAIN se atenderá a las indicaciones contenidas en la Guía" (aspecto que ya se establecía en el artículo 2.4 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio), teniendo en cuenta dicho contenido mínimo. A ello se suma lo previsto en el artículo 129.7 de la LPAC, que establece que: "Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera" (aspecto, este, que no mencionaba la LES). Por tanto, es necesario que en los proyectos normativos se tenga en cuenta, como parte del contenido del impacto presupuestario, lo mencionado por aquel precepto. Así lo establece la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1839/2018, FD 2.º, que determina la conexión con los artículos 2, 7.3, 9 y 10.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, suponiendo la traslación de la calidad normativa a lo previsto en el artículo 135 CE, en virtud del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado el 2 de marzo de 2012.

No obstante, la norma examinada establece la consideración obligatoria del subimpacto presupuestario y determina un contenido mínimo, que no debe obstar al supuesto de que no exista impacto presupuestario, en cuyo caso deberá justificarse esta solución en la evaluación. Así lo recoge la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el artículo 64.4 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto[1653], resaltando la consideración de este y otros impactos, como esenciales y superadores de una visión formal de los mismos[1654], conectando con la definición de este impacto de la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (págs. 25-29 y 80-84), esto es, como la medición del "efecto que el proyecto normativo tendrá previsiblemente sobre los gastos y los ingresos públicos, tanto financieros como no financieros", referidos tanto al presupuesto que se encuentre en vigor como futuros. Concretamente, se analiza su impacto sobre los Presupuestos Generales del Estado y sobre los de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales[1655]. Aunque el proyecto normativo puede, también, afectar presupuestariamente a otros como, por ejemplo, departamentos, "organismos o entes públicos del Estado", "por implicar gastos o disminución de ingresos en sus respectivos presupuestos", debiendo plasmarse en este concreto apartado de la MAIN su

1653 Véase Mir Puigpelat (2012: 524). Dicho precepto afirma que el "informe de impacto presupuestario, suscrito por el titular o la titular de la unidad directiva, debe justificar motivadamente la ausencia de gasto público".

1654 Sobre su visión formal véase L. Parejo Alfonso (1997), «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», *Documentación Administrativa*, 246-247, págs. 11-76 (págs. 43 y 44), donde afirma que "el informe y la memoria económica están condenados a no pasar de la condición de requisito formal, como enseña la experiencia".

1655 La normativa autonómica y de régimen local deberían propiciar dicho impacto al resto de entes territoriales afectados.

conformidad[1656].

Para llevar a cabo el análisis de este impacto, la Guía establece una serie de pasos a seguir, que enumeramos sumariamente: en primer lugar, se realizará una cuantificación e identificación de gastos e ingresos (aunque siguiendo un orden lógico, hubiese sido más adecuado recoger primero la identificación y después iniciar su cuantificación). Según la Guía, habría que considerar los costes derivados del proyecto normativo, determinando las partidas presupuestarias que puedan estar afectadas, lo que puede incluir los costes directos. No obstante, sería conveniente incluir los gastos e ingresos de los instrumentos de ejecución como costes directos[1657], siendo esta interpretación conforme con lo que establece el artículo 129.6 de la LPAC, al incluir dentro del principio de eficiencia la palabra "racionalizar" respecto de la aplicación de la iniciativa normativa a "la gestión de los recursos públicos"[1658]. Además, se incluirán los costes de personal que pueda ocasionar el proyecto normativo, que se calcularán singularizada y exhaustivamente, siguiendo el anexo VI de la Guía[1659], por lo que debe desecharse que una norma autoorganizativa, por su mera condición de tal, no sea susceptible de generar un impacto presupuestario.

En segundo lugar, debería tenerse en cuenta la posible *cofinanciación comunitaria* (parte de la financiación pública que se hace con cargo a los fondos de la Unión Europea), que en el

1656 Habrá que entender por "otros" los distintos de aquellos que elaboran la propuesta normativa, y, habrá que entender por "afectados" los respectivos presupuestos que la futura norma implique aumento de gastos o disminución de ingresos.
1657 Por ejemplo, si se modifican las funciones de un órgano administrativo que conlleva un aumento de dotación, sería inadecuado establecer un impacto presupuestario cero, por ejemplo, a la espera de una modificación de la relación de puestos de trabajo donde sí se refleje, así lo pone de manifiesto la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo referido a los gastos de personal. Así, en estos términos se ha pronunciado las SSTS Sala 3.ª ROJ n.º 7505/2006, FD 6.º y 5484/2016, FD 2.º, así como la STSJ M, Sala de lo C-A, ROJ n.º 8151/2020, FD 9.º al afirmar que "es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse". Un ejemplo en el Derecho comparado lo podemos encontrar en lo que establecía México (Secretaría de Hacienda y Crédito Público) (2005), *Criterios metodológicos para estimar el impacto presupuestario de iniciativas de leyes o decretos*, accedido el 2 noviembre 2020, de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/28891/050214criteriosimpacto.pdf, en relación al artículo 79 del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2005, n.º 8, en el cual se dispone que las "iniciativas deberán establecer el posible efecto que tendrían en otros ordenamientos jurídicos y los costos inherentes a las acciones que implicaría su instrumentación".
1658 Prieto Romero (2016: 356) solo infiere, únicamente, el impacto presupuestario de lo establecido en el artículo 129.7 de la LPAC, sin embargo no comparto dicho criterio, ya que tanto el apartado 6 como el 7 del artículo 129 de la Ley vienen referidos a dos manifestaciones de dicho impacto: por un lado, la que tiene un efecto externo (centrado, especialmente, en las personas destinatarias de la norma) en relación, solamente, a las cargas administrativas, y, por otro lado, un efecto interno (presupuestario), que establece una racionalización de todo recurso público. Además, esto entroncaría con el concepto tradicional del principio de eficiencia que se ha establecido anteriormente en este Capítulo y a lo afirmado por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 275/2015, tanto el antecedente 2.º, al mencionar que el "Programa Nacional de Reformas de España para 2014 considera que una nueva ley es una medida indispensable para impulsar la racionalización de la actuación administrativa y mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aumentando su productividad", como el apartado IV, n.º 40 del mismo, referido a los apartados 6 y 7 afirmando que se "lleva a cabo una suerte de desdoblamiento del contenido del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril".
1659 La Guía establece, a título meramente ejemplificativo, algunos supuestos en que se genera costes de personal, por ejemplo, cuando se cree, modifique o suprima cualquier órgano público.

supuesto de su existencia se precisará o estimará su cuantía.

En tercer lugar, se procederá a realizar ajustes con incidencia en el déficit público[1660], si el proyecto normativo prevé "operaciones de préstamo y anticipo por sus condiciones económicas o elevado grado de concesionalidad", para lo cual "se aportará información sobre su calificación a efectos de contabilidad nacional"[1661].

En cuarto lugar, en el supuesto que la aplicación del proyecto normativo no tenga impacto presupuestario, se mencionará así en la MAIN, debiéndose motivar debidamente como ya se ha expresado, evitándose, así, una utilización rutinaria de esta última opción. En mi opinión, la motivación no debe ser sucinta, superando una corriente jurisprudencial que la aceptaba, para lo cual se tendrá en cuenta el contenido necesario de dicho impacto y que el mismo responda a un principio de proporcionalidad.

En quinto lugar, si la norma tiene impacto presupuestario y se considera que el "coste puede ser asumido con los créditos disponibles sin necesidad de modificaciones presupuestarias", se mencionará así en la MAIN, determinando "las partidas presupuestarias afectadas y especificando la respectiva valoración monetaria", expresando "al menos el importe máximo que puede representar"[1662]. Al respecto, es importante un análisis exhaustivo de los distintos costes presupuestarios, evitándose, en mi opinión, los "costes latentes" que pueden dar lugar a un efecto dominó de otros costes presupuestarios previstos, generándose un número amplio de redistribuciones de créditos afectando el orden presupuestario, así como la autonomía y estabilidad presupuestaria[1663]. En caso contrario, si la iniciativa normativa no puede financiarse con los créditos presupuestarios disponibles, debe acudirse a las modificaciones presupuestarias, justificándose los incrementos y cómo afectan a los ejercicios presupuestarios, identificándose "los incrementos de créditos previsibles y sus fuentes de financiación, ya procedan de mayores

1660 Hay que entender por déficit público los gastos realizados por las entidades públicas que en un determinado momento superan a sus ingresos. Cuando la Guía hace referencia al déficit público, no solo menciona el referido al Estado, sino que se extiende al de las Comunidades Autónomas y al de las Entidades Locales. La contabilidad nacional determina la medida exacta de aquel, en virtud de las obligaciones contraídas (con independencia de los pagos y cobros realizados). Lo anterior, refuerza el argumento de que se debe llevar a cabo una consulta a las Administraciones territoriales afectadas y distintas a quien ha elaborado y aprobará la norma.

1661 A estos efectos, hay que tener en cuenta el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (*BOE* núm. 126, de 24 de mayo de 2010).

1662 En mi opinión, si el impacto presupuestario puede ser asumido con los créditos disponibles, habrá que justificar la medida, como se va a producir, como afectará a la actividad normal y los posibles perjuicios que se pueden producir.

1663 Entendiendo este principio en los términos definidos por J. García-Andrade Gómez (2012), «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, 187, págs. 31-66 (pág. 46), como aquel "que se endereza a la ordenación de las cuentas y finanzas públicas en su sentido más amplio" y se "extiende a todos los poderes públicos y no solo a las Administraciones".

ingresos o de bajas en otros créditos"[1664].

En sexto lugar, en el supuesto de que "no sea posible la cuantificación del impacto presupuestario", en la MAIN se mencionará expresamente "las causas que lo impiden y los motivos por los que se considera que, pese a ello, el impacto presupuestario puede ser asumido sin necesidad de modificaciones presupuestarias" (Guía Metodológica, pág. 28), lo cual debería ser una excepción y no justificarse en los instrumentos de aplicación[1665]. Además, se destaca que en el supuesto de que existan costes de personal se cuantificarán, como ya se ha mencionado, atendiendo a lo previsto en el anexo VI; y, si estos costes no existieran, se indicará así expresamente[1666].

Por último, cuando el proyecto normativo produzca efectos recaudatorios, se llevará a cabo una estimación de su cuantía, además de la determinación de "las figuras tributarias implicadas"[1667]. Asimismo, debería ponderarse, por ejemplo, si dicha recaudación es positiva o no, los ingresos que supondrían, los posibles perjuicios para la sociedad, junto con un estudio comparativo de lo que se debió recaudar en ejercicios anteriores y lo que verdaderamente se recaudó o de lo que se prevea recaudar si se establece *ex novo*.

Por otro lado, cuando el proyecto normativo pueda suponer variaciones de gasto en las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, se producirá un impacto sobre sus presupuestos, para lo cual se valorará de acuerdo con la información disponible, no debiéndose recurrir constantemente a la no realización por inexistencia de la misma y la utilización de expresiones

1664 Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, página 28.
1665 Así lo afirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 783/2020, página 15, al respecto de la mención en la MAIN del proyecto de Real Decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al realizar una observación esencial donde pone de manifiesto que "se incumple la exigencia del análisis del impacto presupuestario", aun teniendo en cuenta la celeridad del proyecto normativo y la dificultad de precisar las cantidades, si se podría realizar "una estimación aproximada de su repercusión", siendo necesario para mantener la rectitud en la gestión pública, aspecto que no realiza la MAIN, para lo cual se cumple formalmente pero no sustantivamente el trámite, llegando a afirmar el Consejo de Estado su posible "examen por el Tribunal Constitucional" si se impugnase la norma. Un ejemplo de su postergación en el análisis del proyecto normativo a los instrumentos de ejecución se establece, por ejemplo, en la memoria económica del proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía suscrita el 23 de abril de 2021 afirmando que "si bien pudiera interpretarse que la modificación de los Estatutos que se pretende con este proyecto de Decreto pudiera propiciar, un incremento del gasto corriente en el Presupuesto" el aumento retributivo de los miembros del Consejo se producirá con la futura modificación de la citada orden y no con la aprobación de la norma, para lo cual se solicitó aclaración por la Dirección General de Presupuestos de 7 de junio de 2021 para que completase el análisis, documentación accedida el 30 septiembre 2021, de https://juntadeandalucia.es/servicios/normativa/normas-elaboracion/detalle/224288.html.
1666 Resaltándose, expresamente, respecto de los demás, debido, posiblemente, a su incumplimiento generalizado.
1667 En mi opinión, la Guía Metodológica debería mencionar en la recaudación la identificación de otros ingresos de derecho público más allá de las "figuras tributarias".

genéricas, como expusimos en el Capítulo III[1668]. A estos efectos, en mi opinión, debería incluirse en el supuesto de hecho la variación de ingresos públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.g) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas[1669], siendo necesario dar la participación adecuada a las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales cuando el proyecto normativo les afecte sustancialmente, lo que obliga a la necesaria respuesta por parte de las mismas[1670]. Esta cuestión se corresponde con la actividad financiera de las Comunidades Autónomas, que se ejercerá en coordinación con la Hacienda del Estado. Como regla general, deberá evitarse, como objetivo prioritario en el supuesto del Estado, los "efectos financieros negativos sobre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales" (y viceversa, en su caso, en virtud de determinación normativa por estas), "como consecuencia de modificaciones legales, tanto por el lado del gasto como del ingreso", y, en el caso de que los hubiese, habría que pensar en la posible compensación según lo establecido en el artículo 6.2 y 3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre. Todo ello se desarrolla en el anexo VII de la Guía, donde se amplía la información para realizar este análisis.

En relación con el impacto presupuestario que analizamos, la Administración General del Estado ha establecido la posibilidad de la emisión de "informe de las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación (…) cuando así lo establezca la legislación aplicable o sea solicitado por los órganos de los que dependa" por parte de la Dirección General de Presupuestos, según lo previsto en el artículo 9.1.e) del Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales[1671], a diferencia de determinadas Comunidades Autónomas, que consideran que estamos ante un

1668 Un ejemplo claro de su no plasmación se establece en el dictamen n.º 540/2021 del Consejo de Estado, ya que entiende la MAIN del proyecto normativo de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios (aprobado como Real Decreto 640/2021, de 27 de julio) que el impacto presupuestario es "nulo", aspecto contradictorio con lo establecido en el artículo 9.1 referido a la garantía de mantenimiento y sostenibilidad económica de las universidades públicas, que le corresponderá en su gran mayoría a las Comunidades Autónomas, resaltando, mínimamente, el Consejo, que se debería haber incluido "alguna reflexión acerca" de su "eventual alcance".

1669 *BOE* núm. 236, de 1 de octubre de 1980. El principio de lealtad institucional rige las relaciones interadministrativas, y se encuentra consagrado, también, en los artículos 3.1.e) y 140.1.a) de la LRJSP.

1670 Esto no solo es adecuado y conveniente para adoptar una mejor decisión pública normativa, sino que podría evitar que el tribunal, en el caso de que se recurriese, practicase una diligencia para que dichas Administraciones territoriales afectadas se pronunciasen sobre los estudios referidos a los impactos que establece la norma y, a estos efectos, sobre el impacto presupuestario de la implantación en el territorio correspondiente. Un ejemplo de la práctica de dicha diligencia lo encontramos señalado en la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 5372/2016 (AH 4.º).

1671 *BOE* núm. 185, de 4 de agosto de 2021.

informe preceptivo[1672].

Por último, cabe señalar, en el ámbito de las Cortes Generales, la existencia de la denominada Oficina Presupuestaria, creada por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre[1673], que, entre sus funciones, asume la emisión de informe en dos supuestos[1674]: por un lado, cuando lo pueda recabar la Mesa del Congreso sobre el impacto presupuestario de la norma, en el caso de que el Gobierno se posicione de forma contraria a la tramitación de una Proposición de Ley que conlleve el aumento de los créditos o disminución de los ingresos del ejercicio en curso. Y, por otro, en el ejercicio de sus funciones de calificación de enmiendas, para lo cual la Mesa de la Comisión correspondiente podrá recabarlo respecto del impacto presupuestario de las enmiendas presentadas a un Proyecto o Proposición de Ley.

C) Impactos sociales, en especial el de género.

Su regulación estatal se encuentra en el artículo 2.1.f) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, que, a diferencia del artículo 2.1.e) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, incluye, junto al impacto por razón de género, otros impactos de marcado carácter social como son infancia y adolescencia, así como familia[1675] que, por otro lado, no se recogen en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1676]. No obstante, respecto a estos últimos solo se menciona, no

1672 Así, por ejemplo, se señala su carácter preceptivo en la normativa de la Comunidad Valenciana, siendo un informe eminentemente presupuestario con independencia de su denominación, siendo, además, vinculante sobre "su adecuación a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales", de conformidad con lo previsto en el artículo 26.1 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones (*DOGV* núm. 7464, de 12 de febrero de 2015), para lo cual el artículo 35 del Decreto 77/2019, de 7 de junio, del Consell, de regulación del procedimiento de gestión del presupuesto de la Generalitat (*DOGV* núm. 8592, de 16 de julio de 2019), establece para su emisión la remisión de la documentación necesaria para este informe, entre las que se encuentra una memoria económica. No obstante, sobre el carácter preceptivo de dicho informe afirma el Consejo Jurídico Consultivo de las Comunidad Valenciana, en su dictamen 301/2020 (pág. 9) que se podrá "prescindir de dicho informe preceptivo cuando de la memoria económica se desprenda que su aplicación no comportará gasto público", en el supuesto en el cual "el texto que se someta a aprobación o autorización, se incluya un precepto o una disposición específica sobre la no incidencia presupuestaria de la actuación en cuestión", estableciendo la imposibilidad de verificar si es o no cierto.

1673 *BOE* núm. 277, de 16 de noviembre de 2010. Véase la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de julio de 2011, por la que se regula la composición y funcionamiento de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, creada por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre (*BOCG*, Cortes Generales, Serie A, núm. 457, de 29 de julio de 2011), aunque este órgano no ha tenido una aplicación práctica, según información de la Secretaría General del Congreso de los Diputados (a fecha de contestación de la consulta de 9 de agosto de 2016 a las solicitudes de información con números de referencia 2016/83 y 2016/84), ya que la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales no ha emitido desde su creación ningún informe.

1674 Artículo 8.3 de la mencionada Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

1675 Afirma Canals i Ametller (2020: 77) que "la inclusión de los distintos impactos sociales en un mismo apartado de valoración", con independencia de otros a añadir de conformidad con la letra g), tiene como finalidad "separarlos de aquellos de carácter económico y presupuestario".

1676 Su ámbito objetivo incluye la elaboración de los proyectos reglamentarios y las disposiciones normativas con rango de ley, incluida el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.7 de la Orden HAC/669/2021, de 25 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos

regulándose ningún otro aspecto, a diferencia del impacto de género. Su determinación reglamentaria procede de la especial relevancia que le otorga el poder ejecutivo respecto de los denominados "otros impactos" que incluye en el artículo 2.1.g), ante la exigencia de prestar "especial atención a los impactos de carácter social" cuando sea relevantes.

En relación con el impacto sobre la infancia, destaca la Observación General n.º 5 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, adoptada en noviembre de 2003, en relación con la obligación establecida en el artículo 4 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, como afirma García Mengual[1677]. De otra parte, en el derecho comparado autonómico, se ha producido un gran desarrollo[1678]. Al respecto, la Comunidad Autónoma de Andalucía fue la "pionera", según García Mengual (2017: 156), con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 18/2003, de 29 diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas[1679], y el Decreto 103/2005, de 19 de abril, por el que se regula el Informe de evaluación del Enfoque de derechos de la Infancia en los Proyectos de Ley y Reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno[1680]. No obstante, adopta la forma de "memoria de evaluación del enfoque de los derechos de la infancia", y que tiene como objeto los proyectos de ley, excluido el anteproyecto de ley de Presupuesto de la Comunidad, y de reglamentos "cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno" y que sean susceptibles de repercutir sobre los derechos de los niños y

Generales del Estado para 2022 (*BOE* núm. 153, de 28 de junio de 2021).

1677 F. García Mengual (2017: 155). Véase, también, S. Taskinen (2006), *Lapsiin kohdistuvien vaikutusten arvioiminen*, Helsinki: Stakes, accedido el 25 octubre 2020, de https://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/75271/lapsi.pdf?sequence=1, donde resalta, entre otros aspectos, las fases del modelo de evaluación de este impacto y establece una lista de comprobación con preguntas para determinar los efectos directos e indirectos sobre la infancia. Además, la Red Europea de los Defensores de la Infancia (*European Network of Ombudspersons for Children*) en la 24.ª Asamblea General celebrada el 18 de noviembre de 2020, accedido el 1 octubre 2021, de http://enoc.eu/wp-content/uploads/2021/02/declaracion_posicionamiento_cria_enoc_2020.pdf, afirma que: "No existe política de efecto neutro para los niños. Sea de manera intencionada o no intencionada, toda política afecta positiva o negativamente a las vidas de los niños", aplicándose con carácter previo a su aprobación la evaluación de impacto sobre los derechos del niño (*Child Rights Impact Assessment, CRIA)* y la evaluación de impacto *a posteriori* sobre los derechos del niño (*Child Rights Impact Evaluation, CRIE*). Sobre un estudio comparado de las evaluaciones de impacto de los derechos de la infancia en el Reino Unido, véase L. Payne (2017), *Child Rights Impact Assessment (CRIA): A review of comparative practice across the UK,* Unicef, accedido el 25 octubre 2020, de https://www.unicef.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Unicef-UK-CRIA-comparative-review_FOR-PUBLICATION.pdf.

1678 Por ejemplo, la Comunidad Valenciana, concretamente la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia (*DOGV* núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018), en su artículo 6 recoge los "Informes de impacto en la infancia y la adolescencia". Como, también, la aprobación de instrumentos de derecho blando al respecto como es la Guía Metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas del Principado de Asturias (marzo de 2015), accedido el 16 abril 2022, de https://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/f31052016180056.pdf.

1679 *BOJA* núm. 251, de 31 de diciembre de 2003.

1680 *BOJA* núm. 88, de 9 de mayo de 2005, que tiene su fundamento constitucional en el artículo 9.2 y siendo una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía "en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución", de conformidad con lo previsto en el artículo 61.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Tras la modificación del artículo 139.1 por la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia en Andalucía (*BOJA* núm.146, de 30 de julio de 2021), se sustituye la parquedad de la expresión que debe tener en cuenta los "derechos de los niños", por la obligación de emitirse una "evaluación de enfoque de los derechos de la infancia y la adolescencia".

de las niñas[1681]. Al respecto, a mi juicio, sería adecuado que la evaluación de este impacto se extendiese a todo proyecto normativo, con independencia de su forma siempre que sea susceptible de repercutir a los derechos de la infancia, en virtud del carácter transversal de la política de protección de la infancia[1682]. De otra parte, ante la falta de regulación del procedimiento en el que debe sustentarse esta evaluación, han de determinarse los criterios para su realización adecuada en una norma, atendiendo a las metodologías existentes como son[1683]: la "Programación de los Derechos del Niño (PDN)", el "Enfoque de Marco Lógico (EML)" y otros métodos generales, evitándose cumplir de forma anodina con el trámite, como cuando se insiste en que el proyecto normativo no afecta a los derechos de la infancia. Además, sería conveniente la existencia de un órgano especializado por razón de la materia que emitiese informe al respecto[1684]. Lo anterior es susceptible de aplicarse en términos parecidos sobre el impacto en relación con la familia[1685].

Por su parte, el impacto por razón de género debe partir del artículo 14 CE que reconoce una "cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual", esto supone un límite u obligación a los poderes públicos "a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas" (STC n.º 214/2006, FJ 2). Entre los motivos o razones concretas de discriminación a evitar se encuentra la referida al "sexo"[1686], lo cual plasma la existencia de diferencias históricas consolidadas, generando situaciones de inferioridad por la acción y omisión de los poderes públicos y de la ciudadanía en su práctica social, afectando a su dignidad reconocida en el

1681 Según artículo 2 y disposición adicional única del Decreto 103/2005, de 19 de abril.

1682 Esta ampliación se ha hecho en parte, con la reciente modificación del artículo 139.1, donde se añade, con una terminología confusa las "demás disposiciones generales dictadas en desarrollo de las anteriores", siguiendo lo afirmado, al respecto, por el Consejo Consultivo de Andalucía (2008), *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía 2007*, Granada: Consejo Consultivo de Andalucía (pág. 70), al existir "la necesidad de asegurar el respeto a los derechos de los niños, (…) según la Convención de los Derechos del Niño", concretamente su artículo 3.1 que establece "la obligación de arbitrar las medidas precisas para que en los procedimientos relativos a las disposiciones de carácter general pueda conocerse el impacto de las normas proyectadas sobre los derechos de la infancia". Por lo tanto, en mi opinión, debería modificarse el mencionado Decreto ampliándose su ámbito objeto para adaptarse a la reciente modificación del artículo 139.1, además de extenderse a todo proyecto normativo.

1683 Con independencia de las distintas metodologías aplicables por cada Administración Pública, debe determinarse unos pasos comunes a todas ellas, pudiéndose ser cuatro: el "análisis de la situación", la determinación de "prioridades" de aplicación, el establecimiento de "estrategias de implementación" y la "evaluación" de los resultados.

1684 Agravándose en la Comunidad Autónoma andaluza, ya que con independencia de que en la memoria se refleje su afectación o no a dicho impacto, no se establece la emisión de ningún tipo de informe al respecto.

1685 A diferencia de la infancia, no hay un desarrollo autonómico al respecto, por regla general. Así, en el supuesto andaluz no existe mención alguna normativa sobre el mismo.

1686 La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la conducta discriminatoria cualificada por los "tratamientos peyorativos" que sufre la mujer por ser tal, limitando sus derechos o sus legítimas expectativas por la confluencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter desventajoso y atentatorio a la "dignidad" del ser humano. Por todas, las SSTC n.º 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2; y 17/2003, FJ 3.

artículo 10.1 CE.

El informe sobre el impacto por razón de género fue el primer instrumento en la Administración General del Estado introducido en el ordenamiento en cuanto al procedimiento de elaboración de normas, a través de la Ley 30/2003, de 13 de octubre[1687], respondiendo a una concepción propia de la *better regulation,* si bien de forma limitada, puesto que su configuración respondía a una visión tradicional del procedimiento de elaboración de normas adoptando la forma de informe[1688], de carácter estático, y sin que se establecieran "indicaciones precisas para su puesta en práctica"[1689], favoreciendo un tratamiento ritual o formulario por parte del centro directivo que elaboraba la documentación preparatoria y el proyecto normativo[1690], y una falta de compromiso por parte de las Administraciones Públicas en realizar una actuación completa al respecto. A ello se sumaba, la falta de vinculatoriedad, y que su incumplimiento no generaba las consecuencias que se podrían esperar desde la perspectiva del objetivo o finalidad a la que atendía.

Ciertamente, la actual Ley 50/1997, de 27 de noviembre, extiende su ámbito de aplicación objetivo a los decretos-leyes y decretos legislativos[1691], debiéndose hacer mención, también, al artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo[1692], para la igualdad efectiva de mujeres

1687 Así lo afirma J. M. Gil Ruiz (2013), «Nuevos instrumentos vinculantes para una ciencia de la legislación renovada: impacto normativo y género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 47, págs. 15-42 (pág. 25), que es "la "primera norma jurídica que introduce el término género y la perspectiva de género en el sistema jurídico español". La norma plasma una de las medidas previstas en el IV Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2005), en el contexto de las distintas acciones realizadas por la Unión Europea (por ejemplo, el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o la Guía para la valoración del impacto en función del género de la Unión Europea) y el Consejo de Europa (Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, especialmente artículo 6, celebrado en Estambul, el 11 de mayo de 2011, ratificado por el Reino de España, mediante instrumento publicado en el *BOE* n.º 137, de 6 de junio de 2014).

1688 Véase Canals i Ametller (2020: 70 y 71).

1689 Así lo afirma el Consejo de Estado (2004: 107). M. L. Balaguer Callejón (2003), «Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones que elabore el gobierno», *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico*, 14, Sevilla: Instituto de la Mujer (pág. 25), reafirma la falta de "efectividad" de la norma, ya que no se establece "criterio alguno" para la realización del informe.

1690 A diferencia del ámbito normativo andaluz, donde existe un desarrollo normativo del impacto, ya que según afirma M. Mora Ruiz (2020), «III Comunidades Autónomas. Andalucía», en D. Canals i Ametller (dir.), *La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva a las instituciones europeas y en España* (págs. 123-132), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 127), ya que el artículo 6.3 de la Ley 12/20007, de 26 de noviembre, y el artículo 5 del Decreto 17/2012, de 7 de febrero, disponen el contenido de dicha memoria o informe en Andalucía. No obstante, su aplicación en la práctica ha sido ritual, según el Consejo Consultivo de Andalucía (2020), *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía 2019*, Granada: Consejo Consultivo de Andalucía (pág. 79).

1691 En relación con los anteproyectos de ley, hay una especificidad en su aplicación como son los anteproyectos de ley de presupuestos generales del Estado, donde habrá que estar a la Orden Ministerial anual en la cual se dicten las normas para la elaboración de dichos Presupuestos, en el cual Canals i Ametller (2020: 82) resalta su importancia y los datos que suministra, así como su falta de utilización en los informes de impacto de género, al indicar que "sorprende y mucho" que "no sean tenidos en cuenta" en la redacción de los informes.

1692 En el precepto no solo establece la obligatoriedad del trámite en "los proyectos de disposiciones de carácter general", sino, lo amplía a otros como "los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros". Afirma M. Mora Ruiz (2010), «Capítulo VII. El informe de impacto de género en

y hombres, y a su artículo 15, que establece la transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, de manera que el informe se configura como una herramienta esencial[1693] según los tipos de discriminación, directa e indirecta, establecidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica. Además, se aprobaron distintos documentos de derecho blando que completaban su realización[1694], aumentando la dispersión existente, ya que según Mora Ruiz[1695], es "objeto de regulación en las normas de igualdad" y "también en normas de procedimiento", y ello como consecuencia, entre otras cuestiones, de la consideración competencial del procedimiento de elaboración de normas que tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como se comentó en el Capítulo III.

Posteriormente, la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, consolida su relevancia, al señalar en su parte expositiva que se trata de una "herramienta eficaz para introducir el principio de igualdad en las políticas públicas a través", en este caso, de "las normas legales", proporcionando "una mejor información" respecto de los efectos sobre hombres y mujeres. Así, se incluyó este impacto tanto en la memoria ordinaria, como abreviada

las disposiciones administrativas de carácter general: ¿Una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?», en M. Mora Ruiz (dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público* (págs. 207-233), Barcelona: Atelier (págs. 220 y 222), que el precepto en cuestión "aun cuando se dicta al amparo del art. 149.1.1, señala expresamente que su objeto" se refiere a la Administración General del Estado y que "amplía el objeto del informe". Véase, al respecto, los artículos 19 y 55 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

1693 Carácter remarcado por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como instrumento para alcanzar la igualdad de oportunidades desde las políticas generales, intentando la consecución de la transversalidad de género para alcanzar una igualdad material, más allá de la meramente declarativa. Afirma Finland (Ministry of Justice) (2008), *Impact Assessment in legislative Drafting. Guidelines*, Helsinki: Ministry of Justice Finland, accedido el 25 octubre 2020, de http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-466-439-4, págs. 34-44 (pág. 38), que "igualdad de trato no significa igualdad de condiciones, sino igualdad de oportunidades".

1694 Como, por ejemplo, la Guía de aplicación práctica para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003, de 13 de octubre, editada por el Instituto de la Mujer, en setiembre de 2005, que respondía a la demanda doctrinal ya expresadas y del Consejo de Estado (2004: 117), para solventar los problemas en la elaboración del informe, siendo de "indiscutible utilidad" según la STS, Sala 3.ª n.º 4057/2010 (FD 7.º *in fine*), no obstante entendió que no se vulneraba el antiguo artículo 24.1.b), párrafo 2.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por el incumplimiento de la Guía al no ser de necesario seguimiento.

1695 Mora Ruiz (2010: 220). Véase la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4087/2018, FD 6.º. En el ámbito andaluz, la dispersión ha generado un conflicto en la determinación del objeto de dicho informe, ya que la Ley 6/2006, de 24 de octubre, viene referida a anteproyectos de ley y disposiciones reglamentarias aprobadas por el Consejo de Gobierno (entendiendo estas en un sentido amplio, incluyendo otros instrumentos específicos reglamentarios, incluidos los planes territoriales, según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4087/2018, FD 8.º, con fundamento en la ROJ n.º 4382/2015). A lo anterior, hay que añadir el artículo 114 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que amplía su ámbito objetivo al "procedimiento de elaboración de las leyes", así como a "las disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma". Pero, posteriormente, se aprobó el artículo 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, referido a los "proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno". Ante dicha situación, el artículo 3 del Decreto 17/2012, de 7 de febrero, incluye a todos los proyectos de normas con rango de ley [excluyendo el decreto-ley y al anteproyecto de Ley de Presupuesto que, en este último, el informe "será emitido por la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos", que sí se establece en el artículo 35.6.f) del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, *BOJA* núm. 53, de 18 de marzo de 2010], y a los reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno (afirmando que responde a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre) y por las personas titulares de las Consejerías. La normativa que desarrolla el Estatuto deja fuera de su ámbito de aplicación a los proyectos reglamentarios del Presidente de la Junta de Andalucía, contradiciendo, al respecto, su tenor, ya que este no distingue entre normas reglamentarias de la comunidad autónoma andaluza.

[artículos 2.1.e) y 3.1], estableciendo un contenido al respecto de dichas memorias, considerado, por otro lado, insuficiente[1696]. Así, a modo de ejemplo, en la Administración General del Estado, no se contempla una retroalimentación por parte de las Unidades de Igualdad de Género (artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo) en los Ministerios, aun pudiendo entenderse de forma implícita dentro de las funciones de las mismas, según el artículo 3.f) del Real Decreto 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado[1697]. Esta falta de definición o clara conexión de las funciones de dichos órganos en relación con la memoria o informe de impacto de género ha sido superada en el ámbito autonómico[1698].

El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, es desarrollado por la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (págs. 30 a 33), en la que se identifican los objetivos en materia de igualdad de oportunidades como forma de concretar la "obligación de transversalidad" y los pasos para realizar el "análisis del impacto de género".

Este impacto se encuentra regulado, actualmente, en el artículo 26.3.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, así como por los artículos 2.1.f) y 3.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, sin diferencias con su precedente, no obstante lo establecido en la Guía Metodológica.

En todo caso, de todo lo anterior se desprende que la MAIN debe referirse a un análisis y valoración de los resultados de la aprobación de la norma desde las dos perspectivas remarcadas del impacto de género, teniendo en cuenta unos indicadores[1699], una previsión de resultados y

1696 Asevera Mora Ruiz (2010: 222), que "el desarrollo normativo preciso para el desenvolvimiento de este informe" se produce con "la aprobación del RD 1083/2009, de 3 de julio", y Gil Ruiz (2013: 26), establece que generó una falta de univocidad, sin perjuicio de un "posterior y deficiente desarrollo reglamentario", que supuso "un caos procedimental y nada homogéneo, al no existir consenso en algunos parámetros básicos (…) órgano competente para emitirlo, cualificación, contenido, desarrollo, y ejecución".

1697 *BOE*, núm. 89, de 13 de abril de 2019.

1698 Como el Gobierno autonómico andaluz, que en el artículo 4.3 del Decreto 17/2012, de 7 de febrero, establece que: "asesorarán a los órganos competentes en la elaboración de los informes de evaluación del impacto por razón de género, formulando observaciones a los mismos y valorando su contenido", para lo cual "serán incorporadas al expediente de elaboración de la norma, plan u oferta pública de empleo" (hay que diferenciarlas del informe, como expuso el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen n.º 420/2006). Pero, estos puestos, que deben ser provistos por los distintos centros directivos, denotan una falta de especialización, fundamentalmente por la ausencia de la necesaria formación y experiencia específicas en este ámbito en las distintas relaciones de puestos de trabajo (al respecto, artículos 3.3 y 5 del Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de Género en la Administración de la Junta de Andalucía, *BOJA* núm. 92, de 13 de mayo de 2010), debiendo hacerse según el Consejo de Estado (2004: 117) "los esfuerzos complementarios de formación, información y sensibilización, por parte de las unidades administrativas y órganos políticos competentes, a fin de que la evaluación del impacto en función del género no se convierta en un mero requisito formal".

1699 A estos efectos, afirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 140/2010, con remisión a lo establecido en el n.º 936/2007 que "no se trata tan solo de constatar, si el proyecto normativo contiene disposiciones diferenciadas para

de impacto. En consecuencia, debe completarse el impacto tanto de manera formal como sustantiva, según el Consejo de Estado[1700], debiendo derivarse la nulidad de la norma en caso contrario, al ser un trámite esencial por normativa y doctrina, según lo expuesto en el Capítulo III.

A estos efectos, se producirá este impacto cuando la norma propuesta pueda tener efectos, directos o indirectos, sobre las personas físicas en materia de género, entendiendo por este "una asignación social desigual de responsabilidades y roles entre hombres y mujeres que condicione el desarrollo de sus identidades respectivas", o que genera una "división social de funciones a consecuencia de pautas culturales, hábitos y estereotipos que condicionan, definen y valoran las tareas y papeles sociales de acuerdo al sexo de la persona"[1701]. Así, el contenido mínimo del análisis del impacto de género incluirá, según la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo[1702]: en primer lugar, una "identificación de los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación", para lo cual "se realizará un análisis del ámbito de aplicación y de los objetivos generales de la norma", a fin de "establecer su vinculación con los objetivos en materia de igualdad", tratando de concretar la obligación de transversalidad de género dentro de cada uno de los proyectos normativos. En definitiva, consiste en determinar la obligación de transversalidad con la información obtenida en aplicación del principio de necesidad y eficacia.

En segundo lugar, se realizará el análisis del impacto de género, donde se llevará a cabo una "descripción de la situación de partida", una "previsión de resultados" de la norma desde una perspectiva de eliminación de desigualdades, a través del contrafactual, su contribución al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y una "valoración del impacto de género", identificando las posibles desigualdades de género previas a la norma, utilizándose indicadores[1703] para describir las características de hombres y mujeres que puedan

hombres y mujeres, cuya ausencia no implica, por sí, que no exista impacto de género, sino que debe entrarse en un análisis de los efectos" del proyecto normativo al respecto.

1700 Al respecto, véase los dictámenes n.º 2074/2005 y 2586/2007.

1701 Consejo de Estado (2004: 109). Este es un concepto que procede del anglófono *gender* que se ha difundido a otras lenguas como el español, véase Real Academia Española (2004), *Informe de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género*, accedido el 24 octubre 2020, de http://www.uv.es/~ivorra/documentos/Genero.htm, concepto que debe diferenciarse de "sexo", el cual se refiere a las características biológicas diferenciales que existen entre las mujeres y los hombres.

1702 Véase Mora Ruiz (2010: 222 y 223). En la Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo con la Ley 30/2003, señalaba en su página 28, los bloques del contenido que debía de tener el informe de impacto de género: situación de partida, previsión de resultados, valoración del impacto de género y la formulación de propuestas de mejora.

1703 Los indicadores de género deben representar un fenómeno o situación de la realidad que demuestre los cambios originados por determinadas acciones o iniciativas a estos efectos.

estar relacionadas con la necesidad o problema a resolver, así como "para identificar roles y estereotipos de género que puedan tener incidencia en el ámbito de aplicación de la norma".

La previsión de resultados de la norma se iniciará con el análisis de la situación, para lo cual debe existir una coherencia, entre ambos apartados, de sus contenidos, utilizando indicadores y datos para su comparación. En todo caso, esto exige proyectar los cambios en las conductas de los destinatarios de los proyectos normativos en el ámbito de las desigualdades detectadas entre mujeres y hombres. La mencionada previsión se refiere a tres elementos: los "resultados directos de la aplicación de la norma, expresados en términos cuantitativos y desagregados por sexo"; la "incidencia sobre los roles y estereotipos de género"; y; la "contribución al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades identificados". Ante la falta o insuficiencia de datos oficiales al respecto, puesta de manifiesto en el análisis, debería expresarse como recomendación en la valoración del impacto de género[1704].

Además, por último, se llevará a cabo una valoración de impacto de género en la que se calificarán la consecución de los objetivos de igualdad y de eliminación o disminución de desigualdades entre mujeres y hombres, de acuerdo con la siguiente escala[1705]: negativo, en el cual no se prevé dicho logro, nulo, donde se mantiene el *statu quo* al no existir desigualdades, tanto de oportunidades como de trato[1706]; y positivo, donde la realidad detectada demanda la mencionada consecución[1707], indicándose las medidas de corrección de las situaciones de

1704 En el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se establece la necesidad de "incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos".

1705 En la Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003, señalaba en su página 62 que, aun estableciendo dos opciones de valoración (positivo o negativo), dispuso una graduación de estos en cinco niveles de valoración, siguiendo, de forma adaptada, la obra denominada "Continuum" realizada por A. Eckman (2003), *Annotated Bibliography on Gender Mainstreaming and Analysis Resources for Health Programmers*, Pan-American Health Organization Gender and Health Unit, accedido el 24 octubre 2020, de https://www.paho.org/spanish/ad/ge/MainstreamingBibliography.pdf, indicándose una distinción entre grados positivos o negativos de impactos y, a su vez, se distinguen cada uno (así, el primero diferencia entre impacto sensible, positivo y transformador de género, y, el segundo en negativo y neutral al género).

1706 En todo caso, habría que revisar el lenguaje del proyecto desde la perspectiva de género, ya que de la regulación de la evaluación del impacto de género se desprende la necesidad de cuidarlo en los textos legales, que tiene su justificación en que el derecho de igualdad conlleva que las mujeres sean nombradas por el derecho en su propia identidad de género, como resalta el artículo 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (en términos similares se establece en la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente en su artículo 3.8 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, la Orden de 24 de noviembre de 1992, conjunta de la Consejería de Gobernación y de la Consejería de Asuntos Sociales, sobre la eliminación del lenguaje sexista en los textos y documentos administrativos, *BOJA* núm. 126, de 5 de diciembre de 1992, y la Instrucción de 16 de marzo de 2005 de la anterior Comisión General de Viceconsejeros, para evitar el uso sexista del lenguaje en todas las disposiciones de carácter general de la Junta de Andalucía). Así, también ha remarcado, reiteradamente, el Consejo Consultivo de Andalucía la necesidad de evitar el lenguaje sexista en los proyectos normativos, (dictámenes n.º 839/2014, FJ III, apartado 1 *in fine*, y 49/2006).

1707 La nulidad se ha declarado como el carácter ideal de la norma según la Guía de impacto de género elaborada por el Instituto de la Mujer, pero determina, además, que el carácter nulo puede ser insuficiente o inadecuado, con lo cual, solamente recogía dos tipos de valoración de impacto.

desigualdad detectadas o de refuerzo de la igualdad de oportunidades[1708], incluyendo las recomendaciones de refuerzo sobre la ejecución normativa. Todo ello con la finalidad última, señalada por el Consejo de Estado[1709], de que puedan "modificarse o 'manipularse' mediante las correspondientes políticas correctoras".

Finalmente, el Consejo de Estado[1710] recomendaba que, para que se tenga éxito en la realización de este impacto, debe existir la necesidad de "un compromiso de alto nivel de todos los actores políticos y sociales afectados, y, no solo de las Administraciones y del Gobierno". Sin perjuicio de la necesidad de incluir la dimensión de género en la concepción y ejecución de la política sectorial por parte de sus responsables, con la exigencia de una mayor cooperación y coordinación. No obstante, y en virtud de lo mencionado en el Capítulo III, este enfoque también debería hacerse extensivo a las proposiciones de ley[1711].

D) Otros impactos.

El artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, no determina expresamente otros impactos más allá de los ya mencionados[1712], pero el artículo 2.1.g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, (al igual que el artículo 2.2 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio), en relación con la MAIN ordinaria, afirma que "(...) incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente (...)", para lo cual se atenderá especialmente a impactos diversos como el social, medioambiental e igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y los servicios y medios de la Administración digital (este último añadido por la disposición final 3.ª del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo). En contraposición a lo establecido en el artículo 3.1 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que no hacía mención a estos otros impactos, la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, para su desarrollo establecía un apartado específico en dicha memoria sobre "Otros impactos", en el

1708 Al respecto, se pueden adoptar medidas correctoras o tratamientos preferenciales, los cuales, según el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su STC n.º 28/1992) precisan de una justificación objetiva y razonable, siendo las consecuencias jurídicas derivadas de la desigualdad de trato proporcionadas al fin perseguido y no deben implicar resultados excesivamente gravosos a los perjudicados por el tratamiento diferencial. Véase sentencias del TEDH de 12 de enero de 2006, de 19 de octubre de 2004, de 13 febrero de 2003 y de 9 de abril de 2002, entre otras.
1709 Consejo de Estado (2004: 109).
1710 *Ibíd*., pág. 116.
1711 Así, afirma C. Pauner Chulvi (2009), «Función legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género», *Revista de Las Cortes Generales*, 77, págs. 185-222 (pág. 199), que el "fundamento de esta ampliación se encuentra en el propio art. 9.2 de la Constitución que dirige su mandato de igualdad promocional a todos los poderes públicos".
1712 Salvo el "impacto por razón de cambio climático", ya reseñado y recogido en el artículo 26.3.h), donde se afirma que "deberá ser valorado en términos de mitigación y adaptación al mismo".

cual se exponen "motivadamente otros aspectos de la realidad que se verán afectados" por la norma, y que son distintos de los impactos expresamente definidos por la norma, otorgando libertad al centro directivo proponente para incluir cualquier otro impacto de relevancia para el proyecto normativo, justificando, en todo caso, su inclusión. Si no existiesen, se plasmará de manera clara en este apartado de la MAIN.

De lo anterior surgen algunas dudas en torno a cuestiones como la previsión expresa de unos impactos y no otros que podrían ser de mayor relevancia; la remisión genérica al resto de impactos de la memoria abreviada que va más allá de los que conforman su contenido mínimo; o la necesidad de que estos impactos deben establecerse *ad hoc*, en virtud de cada una de las circunstancias, debiendo justificarse en virtud de su relevancia, lo que introduce, de nuevo, un concepto jurídico indeterminado que precisa interpretación.

De otra parte, debe llamarse la atención sobre el carácter facultativo de la inclusión de estos impactos, aunque fueran muy relevantes. A mi juicio, sería oportuno que un órgano especializado pudiera supervisar si dichos impactos han sido relevantes o hubiese sido adecuado incluir otros. De hecho, esta es la solución de la Administración General del Estado, respecto del Ministerio de la Presidencia según lo establecido en el artículo 26.9.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. No obstante, la afirmación de que no existen estos otros impactos, según la Guía, conllevará, en mi opinión, una "inversión de la carga de la prueba", ya que el centro directivo proponente debe justificar que no existen dichos impactos, especialmente porque al ser estos tan generales y transversales, se suelen producir en casi todo tipo de proyectos normativos. Junto a lo anterior, debe resaltarse la falta de determinación del proceso de evaluación de cada uno de los impactos.

Entrando a desarrollar de una manera pormenorizada los impactos expresamente señalados en el artículo 2.1.g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, el impacto social no se ha definido o clarificado en la normativa existente, sino que se han establecido en virtud de su afección a determinados ámbitos[1713]. En virtud de esto, determinados subimpactos se han incardinado en otras materias, siendo más propia su inclusión en el impacto social (por ejemplo, el reseñado de consumidores y usuarios dentro del económico), debido a que el impacto social

1713 Este es el caso no solo de España, sino de otros países del Derecho comparado como Finland (2008: 34) que recoge como tipos de impactos sociales los siguientes: "sobre el estatus de ciudadano y el funcionamiento de la sociedad democrática"; "en los asuntos sociales y la salud"; "sobre la igualdad, la infancia y la igualdad de género; "en el empleo y la vida laboral"; "en la prevención del crimen y la seguridad", "efectos en el desarrollo regional"; y "en la sociedad de la información".

tiene muchas formas, que interactúan tanto entre sí como con otros tipos de impactos, por lo cual va a ser difícil distinguir, por ejemplo, un impacto social de un impacto económico o ambiental. Además, es necesario resaltar el distinto tratamiento, como contenido básico o adicional de la MAIN, de distintos impactos sociales. Así, se establece la obligatoriedad del impacto en materia de género, pese a su naturaleza de impacto social.

El impacto social se ha conectado, por la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, con el concepto de sostenibilidad social (art. 135.4 CE), con el principio de precaución social y con el derecho a la buena administración, resaltando su importancia para la consecución sustantiva de los derechos sociales[1714].

De otro lado, en la normativa estatal no se ha incluido como preceptiva la evaluación del impacto medioambiental dentro de la MAIN, estableciéndose para proyectos y actuaciones, a diferencia de otros como, por ejemplo, la Unión Europea como se mencionó en el Capítulo II[1715]. No obstante, si se incluyese el impacto ambiental en dicha memoria habría que conectarlo con la normativa sobre impacto ambiental existente, cuestión que no menciona la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Resulta llamativo en este sentido que el germen de la evaluación del impacto regulatorio, como hemos expuesto, se sitúa en aspectos relacionados con la materia de medio ambiente, a través de un instrumento denominado "evaluación de impacto ambiental"[1716].

No obstante lo anterior, recientemente se ha producido la inclusión, como preceptivo en la MAIN, en el ámbito estatal, el impacto por razón del cambio climático, y ello debería plantear

1714 Según la STS ROJ n.º 5451/2016, FD 4.º, "no parece irrazonable deducir la necesidad de requerir un esfuerzo complementario de motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas que inciden negativamente sobre los derechos sociales", estableciendo que la "ponderación del impacto social" favorece "la revalorización de un procedimiento que no puede ser contemplado como una mera formalidad, en tanto que garantía de la efectividad de los derechos de los ciudadanos".

1715 Se manifiesta, según Finland (2008: 31-33), "indirectamente" al estar "relacionado con otras formas de impacto, como el impacto económico y el impacto empresarial", además de tener un "carácter global".

1716 Betancor Rodríguez (2009: 268) determina que el "proceso de evaluación de la regulación guarda extraordinarias similitudes con la técnica, ya consolidada, de la evaluación ambiental de proyectos y la de planes". El origen de esta evaluación, con carácter generalizado, en el ordenamiento jurídico español, debemos situarlo en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (*BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1986), por el cual se transpone la Directiva 85/377/CEE de 27 de junio de 1985, esa norma fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos (*BOE* núm. 23, de 26 de enero de 2008), que fue derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (*BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2013), que en su artículo 5.1.a) define a la "Evaluación ambiental" como el "procedimiento administrativo instrumental" por el que "se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos" que se establecen, fundamentalmente, en los anexos I y II de la Ley. La evaluación de impacto ambiental se regula en sus artículos 33 a 48, determinándose dos tipos de evaluación: la ordinaria, que se regula en los artículos 33 a 44, y la simplificada, que se establece en los artículos 45 a 48.

la consideración de la inclusión en esta de la evaluación de impacto ambiental, favoreciendo, en mi opinión, una evaluación transversal en la sociedad[1717].

Por otro lado, aunque se establece el impacto por razón del cambio climático, la regulación vuelve a resultar insuficiente en cuanto que no se concreta cómo debe procederse a su realización efectiva, aspecto bastante común como estamos exponiendo.

El impacto de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[1718] podría incluirse en el de igualdad de oportunidades o en el impacto social[1719], de forma que, aun siendo conveniente su inclusión en aras de su sistematización, se le ha querido dar relevancia independiente, por cuestiones como la importancia del colectivo afectado[1720], el reconocimiento expreso de una política pública y atención especializada a la discapacidad en nuestro texto constitucional (artículo 49) y la existencia de múltiples instrumentos que lo tratan profusamente[1721].

A estos efectos, un hito fundamental en el cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ambos aprobados en el seno de la Organización de las

1717 La STC n.º 87/2019, FJ 4 afirma que "lo ambiental es 'un factor a considerar en las demás políticas públicas sectoriales' (por todas, STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 5) lo cual implica, a los efectos del encuadramiento competencial de una norma", ya "que no toda actividad que atienda a dicho factor recae necesariamente en el ámbito del título competencial de medio ambiente", debiéndose "ponderar en cada caso cuál sea el ámbito material con el que la norma en cuestión tenga una vinculación más estrecha y específica" según la STC n.º 15/2018, FJ 5.

1718 En el derecho comparado autonómico se ha incluido otros impactos necesarios, como la Comunidad de Madrid en relación a la evaluación de impacto sobre orientación sexual, identidad o expresión de género para garantizar la integración del principio de igualdad y no discriminación, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid (*BOCM*, núm. 98, de 26 de abril de 2016) y el artículo 21 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en dicha Comunidad (*BOCM* núm. 190, de 10 de agosto de 2016).

1719 Así lo establece la Comunidad de Madrid, que incluye el "impacto de género, sobre la infancia, la adolescencia, la familia respecto de la orientación sexual, identidad o expresión de género" como impactos sociales, según el apartado 7.d) de las Instrucciones generales para la aplicación del procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno, aprobadas por Acuerdo de 5 de marzo de 2019 del Consejo de Gobierno (*BOCM* núm. 61, de 13 de marzo de 2019) y artículo 7.3.c) del Decreto 52/2021, de 24 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula y simplifica el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas de carácter general en la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 71, de 25 de marzo de 2021). Véase Finland (2008: 37) que lo determina como un impacto social, y que debe estar incardinado en el "impacto en la igualdad de las personas o grupos o sobre el requisito de que nadie sea discriminado por motivos de sexo, edad, origen étnico, idioma, religión, convicciones, opiniones, estado de salud, discapacidad u otra circunstancia personal".

1720 En 2008, "casi el "9% de la población" en España afirmaba tener una discapacidad, según datos ofrecidos por Europa Press (2019), ¿Cuántas personas con discapacidad viven en España?, accedido el 19 enero 2022, de https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-cuantas-personas-discapacidad-viven-espana-20211202173211.html.

1721 Por ejemplo, la Unión Europea, a través de la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, COM (2021) 101 final, en su apartado 20 establece que la Comisión "garantizará la introducción coherente y la evaluación de las cuestiones relativas a la discapacidad en las evaluaciones de impacto y las valoraciones cuando proceda".

Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificados por España el 21 de abril de 2008. La letra f) del preámbulo de la Convención considera que es una cuestión de derechos humanos, y, establece que la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas debe ser un factor que hay que tener en cuenta, entre otros aspectos, en la evaluación de las normas a nivel nacional, regional e internacional [1722]. Aparte del reconocimiento expreso previsto en la normativa propia del procedimiento de elaboración de normas, también se establece en la normativa específica por razón de la materia, como es la Ley 26/2011, de 1 de agosto, cuya disposición adicional 5.ª preceptúa incorporar en la MAIN de los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento este impacto cuando sea relevante[1723], produciéndose una discordancia con el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, ya que amplía su ámbito objetivo a los proyectos de reales decretos-leyes y reales decretos legislativos, según su artículo 1. Se trata, en definitiva, de un instrumento para favorecer la transversalidad y reforzar los derechos de las personas discapacitadas en las políticas en general, siendo uno de los principios del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre [1724] [reconociéndose expresamente en su artículo 3.m), definiéndose en su artículo 2.o)], aspirando a un cambio cultural a estos efectos.

No obstante lo anterior, este impacto no tiene un carácter estanco, sino que se interrelaciona con otros, como puede ser el impacto en materia de género, ya que, por ejemplo, puede producirse una discriminación acumulativa. Como en otros impactos, existe una falta de desarrollo de la realización de su evaluación, resultando insuficiente el establecimiento en normativa específica de la emisión del informe por el Consejo Nacional de Discapacidad, de acuerdo con el artículo 2.2.d) del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el mencionado Consejo[1725].

1722 Así, en la parte expositiva de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011), se establece que dicha Ley supera el modelo médico o rehabilitador establecido en el artículo 49 de la Constitución, "(...) asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social".

1723 El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) señala, al respecto, que debía incorporarse en la tramitación del anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas el impacto de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

1724 *BOE* núm. 289, de 03/12/2013. Véase Gobierno de España (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad) (2011), *Estrategia Española sobre discapacidad 2012-2020*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, accedido el 24 octubre 2020, de https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26112/Estrategia2012_2020.pdf, pág. 15.

1725 *BOE* núm. 311, de 26 de diciembre de 2009. Véase sobre la participación de entidades representativas en este "órgano consultivo interministerial adscrito al Ministerio de Sanidad y Política Social" el dictamen del Consejo de Estado n.º 1540/2009, consideración 4.ª, además según su dictamen n.º 665/2019, antecedente 2.º, K), II, con fundamento en la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3157/2011 es un órgano en el que "están representadas las asociaciones de personas discapacitadas, suponiendo su consulta institucional el que se haya oído a los ciudadanos a cuyos derechos e intereses legítimos afecta la

Por último, atendiendo a las circunstancias que se produzcan en cada caso, se pueden añadir dentro del contenido de la MAIN otros impactos, siempre que estos sean relevantes, como puede ser el impacto en materia de salud y el de la corrupción. La evaluación de impacto en materia de salud (*Health Impact Assessment*, *HIA*) se contempla en el artículo 35 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, afirmando que las Administraciones Públicas deben someter a esta evaluación "las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud", atendiendo a lo establecido en la Ley[1726]. Dicha evaluación consiste, según el precepto, en la composición de procedimientos, métodos y herramientas con los que puede ser sometido el objeto de análisis en relación con sus potenciales efectos, directos e indirectos, en la salud de la población y acerca de su distribución[1727]. La determinación de dichos efectos se llevará a cabo en relación con las políticas sanitarias y aquellas que no lo sean en sentido estricto pero que sí tengan efectos sobre la salud de la ciudadanía, con la finalidad de mejorar las decisiones y actuaciones públicas a estos efectos. Los resultados de dichas evaluaciones se integrarán en el sistema de información de salud pública y en la Red de Vigilancia de Salud Pública. Como objetivos de dicha evaluación, según Scott-Samuel[1728] se encuentra, por un lado, "evaluar los impactos potenciales en la salud –positivos y negativos– de las políticas, programas y proyectos" y, por otro, "mejorar la calidad del proceso de toma de decisiones públicas a través de recomendaciones para reforzar los impactos positivos previstos y minimizar los negativos".

A estos efectos, podría haberse determinado que el artículo 35 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre (normativa básica *ex* artículo 149.1.16.ª CE), se integre en la MAIN, siendo en la Exposición de Motivos de la Ley, donde se establece la causa de su reconocimiento expreso[1729]. Además, aquella Ley modifica el artículo 11.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que comprende dentro de la prestación de la salud pública, entre otras, la evaluación de impacto en la salud[1730].

---

norma".

1726 Sobre un estudio comparado en Europa, véase European Observatory on Health Systems and Policies (2007), *The Effectiveness of Health Impact Assessment. Scope and limitations of supporting decision-making in Europe*, M. Wismar, J. Blau, K. Ernst y J. Figueras (ed.), Copenhague: World Health Organization.

1727 Esta definición responde a la establecida por el Centro Europeo de Políticas de Salud, de la Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud para Europa en el "Documento de Consenso de Gotemburgo" de 1999.

1728 A. Scott-Samuel (1998), «Health impact assessment—theory into practice», *J Epidemiol Community Health*, 52, págs. 704-705. Además, sobre la evaluación de impacto en la salud, véase M. Sandín-Vázquez y A. Sarría-Santamera (2008), «Evaluación de impacto en salud: valorando la efectividad de las políticas en la salud de las poblaciones», *Revista Española de la Salud Pública*, 82, págs. 261-272.

1729 Véase Revuelta Pérez (2014: 102).

1730 En el ámbito autonómico, la Comunidad Autónoma de Andalucía fue pionera en su desarrollo, artículos 55 a 59 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (*BOJA* núm. 255, de 31 de diciembre de 2011) y en

En relación con esta cuestión, la Administración General del Estado, a través de su Ministerio de Sanidad, articuló con fecha 19 de octubre de 2020 una consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas para la Equidad, Universalidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud[1731], en el que uno de los objetivos a alcanzar es "hacer preceptiva la evaluación del impacto en salud en la elaboración de las iniciativas normativas reguladas por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre", para lo cual establecería "en las Memorias del análisis de Impacto Normativo un apartado relativo al impacto en la salud de la población". No obstante, parece referirse solo al ámbito de la Administración General del Estado, ya que lo pretendido se enmarca en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, cuando debería extenderse a todas las Administraciones Públicas, especialmente por su gran relevancia, que ha aumentado tras la pandemia.

Se trata de una cuestión demandada en el ámbito internacional, como evidencia la Declaración de Helsinki sobre salud en todas las políticas (8ª Conferencia Mundial de Promoción de la Salud de la Organización Mundial de la Salud), donde se afirma la transversalidad de la salud a todas las políticas públicas "con el fin de mejorar la salud de la población y la equidad sanitaria".

Por otra parte, no existe una regulación expresa en el ordenamiento español referida al impacto contra la corrupción, siendo este un asunto ampliamente tratado por los partidos políticos, pero con escasa plasmación normativa al respecto[1732], a diferencia del ámbito internacional[1733], y pese a ser uno de los cuatro principales problemas en España con incidencia

el artículo 2.d) del Decreto 169/2014, de 9 de diciembre, por el que se establece el procedimiento de la Evaluación del Impacto en la Salud de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* núm. 243, de 15 de diciembre de 2014), donde se realiza una definición de la evaluación de impacto en la salud más completa que la prevista en el artículo 55 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre. En todo caso, se excluye a las normas como objeto de esta evaluación.

1731 Accedido el 24 octubre 2020, de https://www.mscbs.gob.es/gl/normativa/docs/2020.10.19.Consulta_Publica_Ley_de_medidas_para_la_equidad_universalidad_y_cohesion_del_SNS.pdf. En la actual tramitación del anteproyecto de Ley ha desaparecido dicha mención, véase versión sometida al trámite de información pública, accedido el 16 abril 2022, de https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/DG_67_21.pdf.

1732 En el ámbito autonómico, véase la Oficina de prevención y lucha contra la corrupción de Islas Baleares, creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre (*BOIB* núm. 157, de 15 de diciembre de 2016). Véase Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Crimen (2013), *Informe sobre el examen del país del Reino de España*, accedido el 25 mayo 2021, de https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf.

1733 Por ejemplo, la evaluación de impacto de la corrupción (*Corruption Impact Assessment*) en Corea del Sur, que examina los factores de corrupción en las regulaciones que, a su vez, se encuentra dividido cada uno en tres criterios, existiendo una lista de comprobación para identificarlos y siendo evaluado por un órgano específico denominado Grupo Asesor de Evaluación del Impacto de la Corrupción (*The Corruption Impact Assessment Advisory Group).*

en múltiples ámbitos y sectores[1734]. En mi opinión, debe incluirse dicho impacto en las evaluación prospectiva y retrospectiva de las decisiones públicas, sin perjuicio de adoptar otras medidas a estos efectos[1735].

Lo expuesto hasta ahora evidencia una cierta tendencia a la atomización de la evaluación de los distintos impactos de los proyectos normativos, junto a su insuficiencia, pues deberían incorporarse impactos que están fuera, como es el de salud, respondiendo, así a una realidad compleja. Esto nos debe llevar a una interpretación instrumental de los procedimientos de elaboración de normas y evaluación de impacto normativo como plasmación de las políticas públicas.

No obstante, esa atomización no debe llevarnos a una dispersión de la realidad, teniendo en cuenta su carácter plural, sino a reforzar la necesidad de incorporar información especializada, garantizando una decisión pública lo más acertada posible, y de ahí la importancia de la evaluación de los distintos impactos en los proyectos normativos.

1734 Según el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, accedido el 25 mayo 2021, de http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html. El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, COM (2014) 38, señala distintos sectores en los cuales tiene especial incidencia la corrupción, a saber: desarrollo urbanístico y construcción, planificación medioambiental, sanidad, administración fiscal, sector financiero y contratación pública. Véase, también, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2004), *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Nueva York.

1735 Como, por ejemplo: una adecuada aplicación de la legalidad evitando la aplicación selectiva [*forbearance* o tolerancia política sobre los incumplimientos intencionados de la ley para conseguir objetivos políticos, véase A. C. Holland (2014), *Forbearance: Theory and Measurement in the Study of Enforcement Politics*, Junior Fellow, Society of Fellows, Harvard University] y las normas perversas, establecimiento de una estrategia global de lucha contra la corrupción, aumento de la responsabilidad política (uso debido de fondos públicos, favorecer comportamientos éticos, evitar ámbitos de impunidad y privilegios jurídicos excesivos), mayor control en la financiación de partidos políticos, aumento de la transparencia, incremento de las competencias e independencia de los mecanismos de control, aumento de la represión administrativa y penal ante la corrupción, análisis de ámbitos de riesgos de corruptela, protección de los denunciantes (*whistleblowers*) y reforzar la recuperación de activos sustraídos de la corrupción. En relación con los denunciantes de la corrupción, afirma J. M. Pérez Monguió (2020), «Whistleblower y las dificultades para su implantación en España e Italia», en M. Sánchez de Diego Fernández de la Riva y J. Sierra Rodríguez (coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto* (págs. 227-247), Las Rozas: Wolters Kluwer, que esta "demanda" ciudadana establece "una nueva realidad que orbita sobre los principios de buen gobierno y buena administración que obligan a un cambio de perspectiva".

4.6. **La nueva instrumentación de la participación ciudadana en España: mero maquillaje jurídico de su tratamiento tradicional**.

4.6.1. *La participación ciudadana en España. Aspectos generales*.

La importancia de la participación en nuestro texto constitucional es señalada por Peces-Barba, considerándola como uno de los tres elementos de la libertad, de forma que la "libertad de participación" se vincula a la "aportación democrática, (es) la libertad para intervenir en la fijación de los criterios de la libertad como no interferencia, y de la libertad prestación"[1736].

La participación tiene una consideración en el ordenamiento jurídico español de principio de rango constitucional, que se proyecta en distintos ámbitos de la Constitución[1737], con diferente nivel de protección y eficacia.

Así, en primer término, el artículo 105.a) CE, de aplicación a todas las Administraciones Públicas, conecta claramente con lo establecido en el artículo 9.2 CE, siendo un principio "inherente a una Administración democrática y participativa [1738] , dialogante con los ciudadanos"[1739] y constituyendo "una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1, 31.2 y 103 CE)", como afirma la STC n.º 102/1995, FJ 13, pues la participación en el procedimiento "garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos", siendo su finalidad "instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar" (STC n.º 119/1995, FJ 6). De esta manera, la intervención ciudadana contribuye a aumentar el nivel de legitimidad de las decisiones normativas, como se ha afirmado con anterioridad.

1736 G. Peces-Barba Martínez (1987), *Los valores superiores*, ponencia presentada a las jornadas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado (25 de mayo de 1987) (pág. 375).

1737 El derecho de participación se recoge en varios preceptos de nuestro texto constitucional, no solamente en el mencionado artículo 105.a), sino, también, los artículos 20.3, 23, 27.5 y 7, 51.2, 87.3, 125 y 131.2 como afirma la STS, de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 7 de julio de 1989, FD 2.º (recurso número 303/1987).

1738 J. M. Pérez Monguió (2019), «Deconstruyendo los procesos participativos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, págs. 12-56 (págs. 13 y 14), resalta la necesaria convivencia de la democracia representativa y participativa, definiendo esta última como aquella "que pretende reconocer a la ciudadanía un papel relevante a la hora de adoptar decisiones y políticas públicas que les afecten como miembros de una comunidad".

1739 Afirma A. J. Alonso Timón (2016), «La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 77 – 102 (pág. 84), que "la participación ciudadana" tiene que "ser contemplada como la solución no artificial y la ortodoxia más radical para la evolución natural de un modelo democrático al que, precisamente, en nuestros días se le critica por falta de legitimidad democrática".

Este principio general del Derecho conlleva la realización de un control de oportunidad previo a la aprobación de la norma, diverso del control judicial de legalidad que se realiza *a posteriori* una vez aprobada, pudiendo, en virtud de las observaciones alegadas, modificar el proyecto normativo, siempre que se estimase conveniente, y favoreciendo el control de la discrecionalidad administrativa, suponiendo para las instituciones públicas un deber previo de información, según el Consejo de Estado[1740], de ahí su relación con el principio de publicidad[1741].

Asimismo, tiene la consideración de derecho subjetivo de configuración y eficacia legal, aunque con sumisión a distintos límites como los establecidos en los artículos 9.3 y 14 CE (STC n.º 119/1995, FF JJ 4 y 6), sin que pueda considerarse un derecho fundamental[1742], aunque esto podría cambiar en virtud de la interpretación de la elaboración de las normas con rango de ley por el Gobierno como política, según el Tribunal Constitucional en su STC n.º 55/2018.

Dentro de la participación en el procedimiento de elaboración de normas y en el proceso de evaluación de impacto normativo, hay que hacer una distinción entre la participación que es ejercida por la ciudadanía y los entes públicos. Estas últimas no se incluyen dentro del artículo 105.a) CE, según la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[1743], con independencia de la participación orgánica. Así, en relación con la participación de agentes y sujetos que tienen la condición de Administración Pública, puede diferenciarse la de los de la propia Administración Pública que elabora la norma, y, por otro lado, la de otros diferentes de esta. Respecto de la primera, en el ámbito estatal no existe una regulación específica, en contraposición con el Derecho comparado autonómico, que sí establece dicha participación[1744]. Esta situación puede explicarse por la idea de

1740 Consejo de Estado (2007 b), *Memoria del Consejo de Estado 2006*, Madrid: Consejo de Estado (pág. 187).
1741 El Consejo de Estado (*Ibíd.*, pág. 185) establece que la "doctrina y la jurisprudencia postconstitucional han fundamentado dicho principio en los valores superiores de democracia y pluralismo reconocidos en el art. 1.1 de la Constitución", como, también, "en las previsiones que sobre la audiencia de los interesados, individuales y colectivos, contiene su artículo 105".
1742 Concretamente en la STC n.º 119/1995, FJ 6 se establece que dicho precepto, únicamente, hace referencia a las formas de participación que suponen la "manifestación del ejercicio de la soberanía popular", que es propia de una "participación política", que dispone "los ciudadanos", alejados de cualquier tipo de interés, formando parte de la "democracia representativa" y "directa". Véase F. Mestre Delgado (2018), «Artículo 105», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I (Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución)* (págs. 1289-1315), Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
1743 Véase STS ROJ n.º 622/1997, FD 3.º, que establece que "la audiencia prevista en el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1.996, viene referida no a Administraciones Públicas, sino a los particulares", atendiendo al tenor literal de dicho precepto y el artículo 105.a) CE "que pone de relieve que lo que se pretende no es la intervención de una Administración Pública". Véase, también, SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 498/1997, FD 2.º y 579/1997, FD 2.º.
1744 Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, concretamente en el artículo 66 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, donde se hace referencia a la consulta interdepartamental, cuando la disposición reglamentaria le corresponde al Gobierno, debiendo llevarse a cabo por medios electrónicos, con carácter previo a la audiencia e información públicas.

patrimonialización del texto por parte de los centros directivos competentes en su redacción o tramitación, en una clara manifestación de su autonomía dentro de la Administración Pública como si fueran auténticos reinos de taifas[1745].

En relación con la segunda, esta se encontraba reconocida por la normativa correspondiente de la Administración General del Estado. Así, el artículo 2.4 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, incluía como contenido definitivo de la MAIN las consultas a las Comunidades Autónomas, aunque en el contexto inadecuado del trámite de audiencia. Al respecto, el precepto se ha intentado desarrollar en la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, página 16, en el sentido de concretar que la participación viene referida "a la adecuación del proyecto al orden de distribución de competencias", por lo tanto, dentro del impacto normativo. Con el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, esta participación consta en la MAIN, dentro del apartado referido a la descripción de la tramitación y consultas que incluirá los informes emitidos, al respecto, por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales durante la tramitación, si bien nada se señala sobre su carácter preceptivo y su forma de realización.

En consecuencia, en mi opinión, habría que trasladar la consulta a todas las Administraciones afectadas, en relación con sus ámbitos competenciales en todos los impactos del proyecto normativo[1746], de forma que la MAIN debe plasmar las observaciones emitidas, su aceptación o no y su motivación. Además, a mi juicio, tiene que concretarse cómo se articulará dicha participación, como ha mencionado el Consejo de Estado[1747], al afirmar que "no existe regla general que requiera recabar el parecer de la otra Administración Pública que es parte de ese sistema de cooperación en normativa" y cuya "generalización del trámite debería venir impuesta por la Ley del Estado al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución". En todo caso, deberá tenerse en cuenta la necesaria aplicación del "principio de colaboración que ha de presidir las

En Andalucía, no se recoge dicha mención, aunque el Consejo Consultivo de Andalucía indica lo inadecuado de la utilización del término audiencia en estos casos, concretamente afirma en su dictamen n.º 133/1999 que "no resulta correcto, desde un punto de vista técnico-jurídico, solicitar de ciertos órganos que expongan su parecer en razonado informe, como si se tratara del trámite de audiencia".

1745 Establece Santamaría Pastor (2004 a: 426) y (2004 b), «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 74-95 (págs. 85 y 86), que la participación de los restantes centros directivos se concibe como una "colaboración externa, limitada a trámites y momentos singulares y llevada a cabo con un nivel considerable de restricción".

1746 Más allá del "informe previo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas" recogido en el artículo 26.5 *in fine* de la Ley 50/1997, de 27 de octubre (que procedía en su versión originaria del artículo 24.3).

1747 El Consejo de Estado (2009: 147, 148 y 151) planteaba dicha cuestión en el supuesto paradigmático del ejercicio de competencias básicas del Estado y su desarrollo por normativa autonómica y la posible complejidad en determinar la nulidad de esta en el supuesto de su ausencia cuando se hubiese impuesto por normativa estatal, ya que de ser esta la consecuencia podría generar una "excesiva intromisión en la autonomía institucional de las Comunidades Autónomas", aspecto que podría ampliarse a otras normas.

relaciones entre Administraciones públicas"[1748], y que coadyuva a la identificación de "los problemas transversales en materia de regulación en todos los órdenes de gobierno, con el objeto de promover la coherencia entre los enfoques regulatorios y evitar la duplicidad o conflicto de regulaciones"[1749], lo que en España tiene una especial importancia al ser un Estado fuertemente descentralizado[1750]. Junto a ello, un supuesto especial de la participación administrativa es el de las Entidades Locales, considerado en el Derecho comparado autonómico de forma específica en los proyectos normativos, aunque a través de órganos de composición de ambas Administraciones[1751].

Por otro lado, la proyección de la participación ciudadana en el ámbito legal con carácter básico se producía, con carácter general, en el artículo 4.6 de la LES (principio de accesibilidad), y posteriormente, en los artículos 129.5 (principio de transparencia) y 133 de la LPAC. Dentro de los distintos instrumentos de participación ciudadana establecidos en este último precepto, y que se expondrán a continuación, dos responden al fundamento del artículo 105.a) CE: la audiencia pública por atribución expresa literal, y, la información pública, por aplicación extensiva de la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[1752]. No ocurre lo mismo con la consulta pública, trámite de participación novedoso, que, además, se encuentra extramuros del procedimiento administrativo de elaboración de normas, ya que el mencionado precepto constitucional "consagra los principios de audiencia a los ciudadanos y de participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten" (STC n.º 91/2017, FJ 6). No obstante, debería llevarse a cabo una interpretación más amplia de dicho precepto, en el sentido de no referirse solo al procedimiento de elaboración de normas reglamentarias[1753], sino al propio proceso de evaluación de impacto normativo, no solo *ex ante*, sino, también, previa y *ex post*[1754], ya que una

1748 Consejo de Estado (2012: 243).
1749 Véase OCDE (2012 a: 17).
1750 Como ejemplo de dichas relaciones en el ordenamiento jurídico español, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 6228/2003, FD 4.º (a la que se remiten la SSTS ROJ n.º 5412/2010, FF DD 3.º y 4.º que explica dichas relaciones y el consiguiente desplazamiento normativo, y la n.º 7534/2009, FD 3.º).
1751 Este es el caso de Andalucía, en el que el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales emite informe preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 57.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y el artículo 2 del Decreto 263/2011, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (*BOJA* núm. 158, de 12 de agosto de 2011). Sobre la participación de las Entidades Locales, véase L. Medina Alcoz (2009), *La participación de los Entes Locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
1752 Véase STS, ROJ n.º 21762/1994, FJ 3.º.
1753 Siendo necesario, en mi opinión, una modificación del texto constitucional en su artículo 105.a) para extender los trámites de participación ciudadana, más allá de la audiencia, a todos los procedimientos de elaboración de normas o iniciativa legislativa que le corresponda al Gobierno.
1754 Afirma Alonso Timón (2016: 84 y 85) que la nueva norma se "queda corta en aspectos como la evaluación ex post". En el Derecho comparado podemos señalar el supuesto de Italia, como ya comenté en el Capítulo II, que entre sus fases se encuentran las consultas con los interesados. También, en relación al plazo, hay que remitirse a lo que establecía México en relación con la MIR Ex post cuya consulta pública se llevaba a cabo durante un plazo de, al menos, 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente del que se haga público, para que todos los interesados pudiesen enviar a la COFEMER

adecuada aplicación del artículo 105.a) CE y una interpretación favorable a la participación propia de una sociedad democrática como la que se pretende, debe tener en cuenta el carácter continuo del ciclo regulatorio, extendiendo los instrumentos de participación, también en esas fases de evaluación de impacto previa y *a posteriori*.

4.6.2. *La consulta pública*.

A) Introducción.

Partiendo de la distinción que realiza la OCDE, expuesta en el Capítulo I, entre la información, la consulta y la participación ciudadana, la consulta tiene como instrumentos propios los establecidos por la normativa, sin perjuicio de requerir información, como un *prius* necesario, y a pesar de establecer como desiderátum la participación activa. Así, dentro de la consulta, existen tres tipos de elementos que hay que tener en cuenta: los de carácter jurídico, los políticos y los institucionales. Dejando a un lado los dos últimos, que están relacionados con un apoyo sostenido en el tiempo de estas actuaciones y la necesaria determinación de las acciones específicas que fortalezcan sus relaciones con la ciudadanía, por parte de las instituciones públicas, para desarrollar las capacidades generales necesarias[1755], vamos a centrarnos en el primero.

La consulta pública en España en relación con el ejercicio de la potestad normativa ha tenido una regulación de su realización basada en criterios y procesos legales y estructurados, aunque de forma incompleta. Así, los más tradicionales han sido la audiencia y la información públicas, a los que se ha añadido recientemente la consulta pública previa. A estos deben unirse los establecidos, últimamente, en las normativas de transparencia y participación ciudadana[1756],

sus comentarios, observaciones, sugerencias y demás consideraciones respecto del desempeño de la regulación que se analiza.

1755 Que se puede fundamentar en un compromiso a máximo nivel, el establecimiento de asesoramiento especializado, la planificación, la determinación de estructuras, el posibilitar la existencia de recursos suficientes, la realización de una constante evaluación de sus actuaciones, el trabajo continuado en la sensibilización y la creación de una cultura al respecto, y, la delimitación de unas líneas directrices a seguir.

1756 En el Derecho comparado autonómico suele darse varios supuestos: aquellos que no aportan valor añadido a la normativa estatal como es el caso, por ejemplo, de las Islas Baleares, a través del artículo 6.1.a) de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno (*BOIB* núm. 53, de 9 de abril de 2011), u otros que establecen instrumentos añadidos como es el caso de Cataluña, en el artículo 69.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, a los trámites de audiencia e información públicas, en las iniciativas normativas que promueve la Administración Pública para que las "personas" puedan "remitir sus propuestas y sugerencias" con anterioridad al "trámite de audiencia e información pública", o un proceso deliberativo participativo para los "proyectos normativos con rango de ley que afecten a derechos civiles, políticos y sociales" según lo que establecía el artículo 54.5 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (*BOA* núm. 68, de 10 de abril de 2015), antes de su

más allá de la normativa procedimental. No obstante, las Comunidades Autónomas han tendido en la mayoría de los supuestos a seguir el ejemplo establecido por el Estado, y en mayor medida con la aprobación de la LPAC, concretamente con su título VI, como ya se ha afirmado en el Capítulo III, al establecer una serie de aspectos básicos, incluidos los supuestos de excepción del artículo 133.4, párrafo 1.º de la LPAC, que son comunes a los tres instrumentos de consulta y aplicable a los reglamentos de las Administraciones Publicas según la STC n.º 55/2018, a saber: "normas presupuestarias"; "normas organizativas" de las Administraciones Públicas, así como de las "organizaciones dependientes o vinculadas a estas"; y "cuando concurran razones graves de interés público".

La excepción referida a las normas presupuestarias es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, facultando a las normas autonómicas a no establecer dicha excepción, yendo más allá del mínimo establecido por la normativa estatal. No obstante, esta norma contradice a otras que facilitan la participación de la ciudadanía a través de los llamados "presupuestos participativos"[1757]. De otra parte, un elemento de indeterminación es el término "normas presupuestarias", debiendo preverse en qué consisten[1758]. En todo caso, el contenido de la excepción muestra un mimetismo o traslación de la normativa propia de las causas de exclusión de la participación ciudadana a través de la iniciativa legislativa popular establecida en el artículo 23 CE, de acuerdo con el artículo 2.5 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular[1759].

En cuanto a la excepción de las normas organizativas de la Administración, ya se estableció por norma de rango legal en el anterior artículo 24.1.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, aunque no se preveía en el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; no obstante, con anterioridad a aquel precepto ya lo aplicaba la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo para la audiencia pública[1760]. Actualmente, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, se produce una contradicción, en su artículo 26, ya que, por un lado, el apartado 2,

modificación por la Ley 4/2021, de 29 de junio (*BOA* núm. 140, de 2 de julio de 2021).

1757 Véase Mir Puigpelat (2017: 224). Al respecto, un ejemplo es lo que establece el artículo 21 de la Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha (*DOCM* núm. 253, de 26 de diciembre de 2019), llegándose a determinar en su apartado 3 que, en todo caso, "las sugerencias y propuestas realizadas en el marco del presupuesto participativo no serán vinculantes, sin perjuicio de la obligación de justificar aquellas propuestas que no sean aceptadas".

1758 La norma por excelencia, son las que establecen los presupuestos anuales, teniendo su contenido un indudable efecto externo, al afectar a aspectos como, por ejemplo, la determinación de las retribuciones de los funcionarios o el establecimiento de aspectos en materia de subvenciones.

1759 *BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 1984. En las normas correspondientes aprobadas por las Comunidades Autónomas al respecto, se establece dicho supuesto, como es el caso de Andalucía, donde se prevé en el artículo 3.4 de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos (*BOJA* núm. 85, de 25 de octubre de 1988), cuando hace expresa mención al artículo 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

1760 Véase SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 14583/1993, FD 5.º y 19784/1993, FD 3.º.

relativo, a la consulta pública previa, se refiere a la elaboración de "normas organizativas de la Administración"; y, por otro, el apartado 6 *in fine,* relativo a la audiencia e información públicas no menciona este supuesto y sí el referido a "órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas". Al respecto, esta Ley los equipara indebidamente, en contraposición con el antiguo artículo 24.1.e) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que incluía los dos supuestos. Pero, además, el artículo 26.6 va más allá del mínimo previsto por la normativa básica respecto de los proyectos reglamentarios, al establecer un supuesto adicional, generando una restricción de los derechos de la ciudadanía.

La justificación de la excepción referida a las normas organizativas reside en que no regulan los "derechos y obligaciones de éstos (los administrados) en aspectos básicos o con carácter general" (STC n.º 18/1982, FJ 4). Sobre esto la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, ha afirmado que "no aparecen necesariamente como complementarios de la Ley", no afectan a la regulación de los derechos, ni establecen obligaciones a la ciudadanía, por lo que quedan exentos de la información pública y de la audiencia[1761]. Como excepción a lo anterior, la jurisprudencia justificaría la participación ciudadana cuando las normas organizativas regulen "las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa"[1762].

Un tercer supuesto de posible omisión de los trámites de participación es el caso en el que "concurran razones graves de interés público", tradicional en nuestro ordenamiento, puesto que ya venía establecido en el artículo 24.1.c) *in fine* de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1763], antes de la modificación operada por la LRJSP, en relación con la audiencia pública, ampliándose, actualmente, a la consulta pública previa y a la información pública. Este supuesto se construye sobre un concepto jurídico indeterminado, susceptible de concretarse en cada caso por aquellos órganos encargados de decidir su realización y que es fiel manifestación de una

1761 Al respecto, afirma J. J. Lavilla Rubira (1998), «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno», *Revista de Justicia Administrativa*, 1, págs. 5-22 (pág. 19), que esta excepción es constitucional porque "no existen derechos o intereses legítimos de ciudadanos susceptibles de ser afectados por el proyecto de disposición, habida cuenta de que ésta tiene carácter estrictamente organizativo y no incide de manera directa sobre situaciones jurídicas subjetivas constitutivas de derechos o intereses legítimos de titularidad de los ciudadanos".

1762 STC n.º 18/1982, FJ 4, y véase, también, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3754/2002, FF DD 3.º y 11.º.

1763 Este es uno de los condicionantes que se sigue aplicando del extinto artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero con un carácter más excepcional ya que, actualmente, se requiere que concurran "graves razones de interés público" cuando en el texto de dicha Ley se exigía para su evacuación -entre otros condicionantes- "que no se opusieran a la concesión de la audiencia razones de interés público debidamente consignadas en el proyecto de disposición administrativa de carácter general". El aumentativo otorga un carácter más excepcional si cabe.

pugna entre la idea de secretismo y los principios democrático y de transparencia[1764]. La cuestión es definir el interés público, para lo que debemos partir de que es un concepto inaprensible o indeterminado, debiendo utilizarse con extrema cautela y teniendo su fundamento en el artículo 103.1 CE: según la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 1455/2011, FJ 8.º, puede conceptuarse como el conjunto de intereses colectivos que el poder público pone entre sus fines propios, generándose y desarrollándose en el ámbito de dicho poder o a través de decisiones adoptadas en función del bien común. En virtud de lo anterior, entiendo que es más acertado utilizar el concepto de interés general, el cual se diferencia del interés público, como ya se ha tratado en este Trabajo. A estos efectos, deben tenerse en cuenta las recomendaciones realizadas por la OCDE[1765] a España, que son: en primer lugar, el alto grado de discrecionalidad que se les otorga a los órganos a estos efectos, lo que no proporciona un mecanismo independiente de control de la calidad, que protegería, así, de la manipulación, e impide, en definitiva, el gobierno abierto. En segundo lugar, la "etapa en que se lanza la consulta, y el periodo otorgado para las respuestas", que "varían considerablemente, dependiendo de la Administración encargada del expediente, el tipo de medida sobre la que se haya consultado y el clima político general"[1766]. En tercer término, debería aclararse el gran número de grupos consultivos, para lo cual sería adecuado reducirlos[1767]; no obstante, como expondremos en el trámite de audiencia, las organizaciones legales que representan a la ciudadanía son escasas, en contraposición con los órganos consultivos de la Administración. Asimismo, se insiste en que no existe "un enfoque estructurado" de la consulta pública[1768], "no hay unas directrices formales o de otra índole" a la hora de llevar a cabo la misma ("más allá del requisito legal de que se ha de efectuar una consulta" y la determinación de concretos aspectos como supuestos y plazos), planteándose la necesidad de establecer instrumentos que limiten el carácter autónomo de los centros directivos impulsores del proyecto normativo a la hora de realizar dicha consulta, para alcanzar mayor uniformidad. En quinto lugar, y relacionado con el principio de transparencia, "las contribuciones de las consultas generalmente no se publican, a menos que las partes interesadas

1764 Cuestiona Alonso Timón (2016: 82) el establecimiento de esta excepción, teniendo en cuenta la situación actual del devenir democrático en nuestro país, al indicar: "¿Qué razones pueden ser tan graves como para ocultar a los ciudadanos afectados por una nueva normativa la esencia de la misma? A día de hoy, pocas o ninguna".

1765 OCDE (2011 b: 106).

1766 *Ibíd*., pág. 106.

1767 *Ibíd*., pág. 100, su número ya se había reducido con respecto al informe que hizo la OCDE sobre la mejora regulatoria en España en el año 2000. No obstante, en las leyes de participación de las Comunidades Autónomas se han creado estos órganos de audiencia corporativa en relación con la participación ciudadana, como es el caso, por ejemplo, del artículo 49 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (*DOGV* núm. 7500, de 8 de abril de 2015), a través del Consejo de Participación Ciudadana, desarrollado por el Decreto 190/2016, de 16 de diciembre, del Consell, por el que se regula el Consejo (*DOGV* núm. 7942, de 22 de diciembre de 2016).

1768 Véase, al respecto, en el Derecho comparado internacional el Código de prácticas sobre consulta escrita del Gobierno británico (*Code of Practice on written consultation*)**,** desarrollado en el Capítulo II.

lo hagan voluntariamente en sus sitios web"[1769]. Esta cuestión se debe contrarrestar con lo establecido por las Leyes de Transparencia respecto a la publicidad activa de los proyectos normativos, reforzando el carácter obligatorio de la información sobre la valoración de las alegaciones realizadas, por parte del órgano que lleva el expediente como ya he manifestado, junto con una obligación general de publicar toda la documentación a lo largo de la tramitación de todo el expediente, cuando se vaya produciendo como ya se ha expuesto en relación al principio de transparencia.

Por último, se cuestiona la utilización o fomento de métodos abiertos, junto a los procesos tradicionales. A estos efectos, tiene una singular importancia la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, para llevar a cabo una verdadera consulta electrónica[1770], aspecto que ya mencionó la OCDE en su informe de mejora regulatoria referido a España en el año 2000, y que atiende la LPAC, favoreciendo una completa digitalización de los procedimientos administrativos [1771] . Esto supone no solo que el lugar de consulta sea electrónico, sino también la posibilidad de realizar las alegaciones a través del portal web, con garantías de acceso y superación de la brecha digital. La norma, no obstante, no determina dónde debe llevarse a cabo, ello debe concretarse por cada Administración, en el ejercicio de su competencia de autoorganización. Así, en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, establece que se realizará en el portal web del departamento competente, concretando un acceso desde el portal de transparencia, según la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, centralizando la información y facilitando su accesibilidad[1772], siguiendo el criterio marcado en el Derecho comparado[1773].

1769 OCDE (2011 b: 106).

1770 Como ejemplo, los foros específicos para fomentar la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos del proyecto normativo del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Defensa de la Competencia.

1771 Así, afirma la OCDE (2008: 67) que la administración electrónica coadyuva a "generar confianza entre los gobiernos y los ciudadanos".

1772 Afirma Santamaría Pastor (2016) la necesidad de "concentrar todas las consultas públicas en una sola página web", ya que "ninguna persona privada, física o jurídica, dispone del tiempo de trabajo suficiente para entrar diariamente en las páginas web *de todas las Administraciones y organismos públicos*".

1773 Como es el caso de Estados Unidos (*e-rulemaking*), véase, al respecto, Alonso Timón (2016. 82), donde es importante, a estos efectos, la Ley de Gobierno Electrónico (*E-Government Act of 2002*), concretamente la sección 206. Sobre un desarrollo más pormenorizado de este, véase C. Coglianese (2004), *E-Rulemaking: Information Technology and Regulatory Policy New Directions in Digital Government Research*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University, accedido el 10 diciembre 2020, de https://www.innovations.harvard.edu/sites/default/files/E_Rulemaking_Report2004.pdf, donde establece que se requirió a las agencias que tuviesen en cuenta, si es posible, los comentarios por medios electrónicos, debiendo establecer que el sitio web federal contenga los expedientes electrónicos de los proyectos de regla, donde deben incluirse los comentarios realizados y otra documentación exigida por la sección 553 (c) del título 5 del código de Estados Unidos.

En resumen, la OCDE establece que la ausencia de claridad normativa y de un análisis cuidadoso por parte del Gobierno incrementa el peligro de que el foco se aparte de la participación, hacia la consecución de renta debido a la normativa (*rent-seeking*), o produciéndose la captura regulatoria (*regulatory capture*), con la necesidad de prestar especial atención a los *lobbies*[1774], aspectos de escaso tratamiento en la normativa española.

B) Instrumentos de consulta pública ciudadana.

Los instrumentos que ha establecido la normativa referidos al ejercicio de la potestad pública normativa y de la iniciativa legislativa del Gobierno son muy variados, como así prevé el artículo 133 de la LPAC, que determina los instrumentos básicos de consulta pública ciudadana.

Así, la consulta pública es un instrumento de nueva creación por parte de la legislación[1775],

1774 Aspecto no plasmado en la normativa estatal, sí por contra en un número exiguo de Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña que regula un Registro de grupos de presión en los artículos 45 a 53 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Al respecto, véase el documento de Transparency International España (2014), *Una evaluación del lobby en España. Análisis y propuestas*, accedido el 9 diciembre 2020, de https://webantigua.transparencia.org.es/estudio_lobby/spain_lobbying_esp_final.pdf, pág. 23 donde define al *lobby* como "cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos, decisores públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado", llegándose a afirmar en su página 74 que la "práctica del lobby es habitual en nuestro país tanto en el poder ejecutivo como en el legislativo, e incluso resulta en ocasiones determinante para la redacción final de la ley", estableciéndose ejemplos en distintos sectores en el informe. A estos efectos, es necesario poner en relación la "huella normativa" (*legislative footprint*) con las agendas de los altos cargos como afirma Ponce Solé (2017 b: 3, 11, 12 y 21), dicha huella la define como "documento que detallaría el momento, la persona y el objeto implicados en un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica", con la finalidad de "asegurar que la influencia de los grupos de interés en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionada". Esta huella normativa debe vincularse con la obligación de publicidad activa del proyecto normativo en elaboración, para lo cual en el expediente de elaboración de la norma debería hacerse constar los "contactos establecidos al margen de los trámites formalizados participativos (audiencia e información pública, si procede), indicando quiénes fueron estos contactos y cuando, con quién y con qué objeto tuvieron lugar". Al respecto, afirman S. Fernández Ramos y J. M. Pérez Monguió (2018), «Transparencia y buen Gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 48, que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estableció, ante reclamación interpuesta, que en la elaboración de un proyecto normativo "la información relativa a las reuniones, internas y con terceras partes" a estos efectos, no le es aplicable la causa de inadmisión del artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, referida a que no tiene la información el carácter de auxiliar o de apoyo y tampoco se considera "información interna que deba quedar vedada al conocimiento de los ciudadanos", ya que "sirve como base para configurar la voluntad pública del órgano". A resaltar, también, OCDE (2013 b), *Transparency and Integrity in Lobbying*, París: OCDE Publicaciones y OCDE (2014 d), *Lobbyists, Governments and Public Trust*, París: OCDE Publicaciones. La OCDE (2014 b: 46) reconoce a los *lobbies* como un "área de elevado riesgo político ubicada en la intersección de los ámbitos público y privado". En dicho sentido, véase, asimismo, la COM (2014) 38 final, informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo- Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE, Anexo 9 España.

1775 Véase Santamaría Pastor (2016). Ya afirmó la OCDE (2014 b: 154) que los instrumentos de consulta pública dentro del procedimiento de elaboración de normas se encuentran en una fase que puede no ser la más adecuada, ya que se "ordena audiencias públicas una vez que el borrador ha sido elaborado", generando "dos problemas", el primero referido a que "el borrador ya se ha elaborado y solo podrá haber un escaso margen (o ninguno) para considerar soluciones no regulatorias o de mercado" y segundo "dentro de la elección de la solución regulatoria puede haber poco espacio para el ajuste en esta fase, ya que pueden existir obligaciones sobre instrumentos de política específica, requisitos y prohibiciones".

no solo como normativa básica, sino para las Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía[1776]. Dicho instrumento se regula, de forma singularizada, en el apartado 1 del artículo 133 de la LPAC, y en sus apartados 3 y 4 con carácter común para los tres instrumentos de consulta ciudadana reseñados. En estos apartados se establecen una serie de consideraciones sobre este instrumento, que habrá que tener en cuenta: en primer lugar, el momento en que se lleva a cabo la consulta, que es previo a la redacción del texto de la iniciativa normativa y, por supuesto, al acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración de las normas[1777], con la finalidad de determinar si la decisión pública se plasmará en un objeto normativo o no, lo cual está en consonancia con el contenido de las cuestiones que se plantean en la consulta, para lo que resulta necesario que se llevase a cabo una evaluación de impacto normativo previa al respecto, como hemos expuesto.

Además, debe concretarse el marco temporal al respecto, aunque esta cuestión no se ha señalado expresamente en el artículo 133 de la LPAC (de lo contrario iría más allá de sus competencias estatales). Por su parte, en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 26.2 *in fine* de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, establece un mínimo que, en ningún caso, será inferior a quince días naturales[1778], siendo exiguo en comparación con el Derecho comparado[1779]. A mayor abundamiento, tampoco se ha determinado cómo va a concretarse dicho plazo en cada supuesto, dejándose libertad al centro directivo, sin que se hayan fijado criterios como la complejidad de la norma, la afección de los impactos o el número de afectados. Junto con lo anterior, debería determinarse un plazo mínimo entre dicha consulta y, en su caso, el acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración de normas, evitando el "fraude de ley" de hacer una consulta pública previa cuando ya se tuviese un borrador de proyecto normativo[1780], además de que ello reforzaría la necesidad de la evaluación de impacto normativo de carácter preliminar, en tanto que instrumento al servicio del principio de proporcionalidad como

1776 Véase, artículo 28 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía (*BOJA* núm. 4, de 5 de enero de 2018), tras modificación del artículo 14 del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía (*BOJA* núm. 241, de 17 de diciembre de 2021), cuya regulación se establece en términos parecidos a la normativa estatal.

1777 En el ámbito de la Administración General del Estado es práctica generalizada su no adopción, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización n.º 1408 del análisis de impacto normativo en los ministerios del área político-administrativa del Estado (pág. 16).

1778 Este es el único plazo que se establece en días naturales y no en días hábiles, fundamentado, precisamente, en la necesidad de que se evacue a través de medios electrónicos, aunque la audiencia y la información públicas se realizan de manera electrónica y se establecen en días hábiles.

1779 Así, por ejemplo, establece la Unión Europea la necesidad de consultar a "los interesados, incluidas las organizaciones de PYME", "al menos ocho semanas antes de elaborar cualquier propuesta legislativa o administrativa que tenga repercusiones sobre las empresas", como afirma la COM (2008) 394 final de la Comisión.

1780 Así como el realizarlo con bastante antelación con la mera finalidad de evacuarlo para ganar tiempo para una futura iniciación y tramitación del proyecto normativo, siempre y cuando las circunstancias en las que se planteó se hayan modificado.

elemento profiláctico de la hipertrofia normativa.

Asimismo, resaltar que la consulta pública se llevará a cabo por medios electrónicos como se ha comentado.

En tercer lugar, debe fijarse el ámbito subjetivo de la consulta, en el sentido de que "se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma"[1781], lo cual no coincide con el adjetivo público, ya que no es accesible por todos, realizándose una asimilación, al respecto, del trámite de audiencia. El artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, vuelve a incidir en lo manifestado en el artículo 133.1 de la LPAC, añadiendo la mención a los "potenciales destinatarios de la norma", identificándolos con aquellos sujetos que pueden estar afectados por la norma a aprobar y sus organizaciones más representativas. No obstante, este no es el criterio que ha adoptado el apartado 3.º, n.º 1 del Acuerdo de 30 de septiembre de 2016 del Consejo de Ministros, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, y que señala que va dirigido a toda la ciudadanía[1782], ya que tiene como objeto "recabar la opinión de ciudadanos, organizaciones y asociaciones antes de la elaboración de un proyecto normativo", aunque se trata de un enfoque favorable a la participación ciudadana.

En cuarto lugar, el objeto de la consulta consistirá en "los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa", "la necesidad y oportunidad de su aprobación", "los objetivos de la norma" y "las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias" (artículo 133.1 de la LPAC[1783], y artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), en relación con la "elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento". No obstante, el artículo 26.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, amplía, para el Gobierno estatal, la consulta pública previa a "los proyectos de real decreto legislativo", excluido la aprobación de los decretos-leyes (como lo confirma el apartado 11 de dicho artículo)[1784]. Por último, el apartado 3.º, número 2 de las Instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, se refiere a cada

1781 Establece Mora Ruiz (2016: 542 y 558) que es dificultoso la identificación de dichas organizaciones en virtud del momento aun embrionario del procedimiento y esto puede generar un riesgo de "captura de intereses".
1782 Véase Arroyo Jiménez (2017).
1783 Tiene carácter básico referido a las normas reglamentarias como afirma la STC n.º 55/2018, no respondiendo a la observación de la OCDE (2011 b: 105) al afirmar que: "No hay requisito jurídico general y explícito de consulta sobre propuestas legislativas".
1784 En el ámbito autonómico andaluz, se restringe a la ley y reglamento, según el artículo 28.2, párrafo 1.º de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre.

"proyecto normativo", que, a su vez, "recogerá un listado de las iniciativas y propuestas normativas para las que se encuentre abierto este trámite"[1785].

Ante dicha consulta, se pueden realizar las alegaciones, sugerencias y consideraciones que se consideren oportunas[1786], las cuales deben estar visibles a la ciudadanía, como también a los sujetos y organizaciones consultadas, lo cual supondrá un replanteamiento de la normativa establecida en materia de derecho de acceso a la información, cuyo envés será la obligación de publicidad activa, en los términos ya comentados. En todo caso, la consulta exigirá poner a disposición de quienes vayan a participar la documentación precisa que garantice la participación, estableciendo el artículo 133.3 que será accesible toda la documentación que sea necesaria, que deberá ser clara, concisa y precisa para poder pronunciarse sobre la materia (incluido el borrador del proyecto normativo, cuando exista, aunque no sea lo conveniente). En este sentido, la finalidad de este instrumento, aparte de la participación y la fiscalización, es ayudar a conformar una solución idónea cuando está abierto el instrumento y el contenido posible de la solución[1787].

En quinto lugar, a los supuestos compartidos por la consulta pública, la audiencia y la información pública de excepción de realización de los mismos del artículo 133.4, párrafo 1.º de la LPAC, se añaden supuestos específicos de evitación de la consulta pública, en el caso de la Administración General del Estado, según la STC n.º 55/2018. El artículo 133.4 párrafo 2.º enumera dichos supuestos, a saber: "cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia"; y en el supuesto de la tramitación urgente del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria, cuando la normativa reguladora del mismo lo prevea, ajustándose a lo que establezca[1788]. La amplitud de esta

1785 Afirma Santamaría Pastor (2016) que esto supone un "cambio de mentalidad", en virtud de "lo inusual de esta forma de actuar en la práctica de todas las Administraciones españolas", ya que el contenido de dicha consulta se origina "al hilo del trabajo de redacción material de un documento articulado".

1786 Todo ello de conformidad con lo previsto en el apartado 3.º, n.º 4 de las Instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, a estos efectos "se enviará al ciudadano un aviso de la recepción de sus aportaciones".

1787 Afirma Santamaría Pastor (2016) que es "la medida racionalizadora más efectiva de cuantos establecen los textos legales", ya que escrito "un texto cualquiera, su contenido adquiere naturalmente una extraordinaria rigidez", modificando "levemente su redacción", para lo cual es necesario que "el contenido material de la norma no venga prejuzgado por redacción alguna, sino que debe llegar a redactarse en base a las informaciones y pareceres que se obtengan a través de la consulta pública". Así, sostiene I. Araguàs Galcerà (2019), «La consulta previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, págs. 97-111 (pág. 108), que debe evitarse "comunicar una opción ya decidida", ya que así "está condicionando al ciudadano y desincentivando su participación, al darle a entender que su opinión no será relevante ni tendrá ningún impacto en la norma que finalmente se apruebe".

1788 Otro supuesto diferenciado se encuentra en el artículo 66 bis.3.b) y c) de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Cataluña, cuando el contenido del proyecto normativo está predeterminado por una norma superior, ya sea nacional o del Derecho internacional, y que las normas que lo desarrollan no aportan valor añadido al mismo.

previsión puede generar que la excepción se convierta en la regla general, si se lleva a cabo una interpretación extensiva de los supuestos y de su contenido, teniendo en cuenta, además, el considerable empleo de conceptos jurídicos indeterminados ("concurran razones graves de interés público", "no tengan un impacto significativo en la actividad económica" o "no se impongan obligaciones relevantes"[1789]).

Así, el primero de los supuestos mencionados exige que la propuesta no tenga "impacto significativo en la actividad económica", identificándose, en mi opinión, con el impacto económico, siendo un elemento de referencia para los supuestos de realización de la MAIN abreviada, en coherencia con lo establecido en el artículo 3.1 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En todo caso, al encontrarse en una situación previa al primer borrador del texto normativo nos podemos encontrar con falta de documentación y estudios al respecto, lo cual puede degenerar en una justificación inadecuada, acudiendo a conceptos genéricos y estereotipados. Por esto, es necesario su realización en el marco de una evaluación previa al inicio, siendo conveniente determinar otros aspectos que son propios actualmente del análisis de impacto normativo como, por ejemplo, el nivel de impacto económico. Así se dispone en algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, que exige la medición de determinados impactos como contenido de la consulta pública, haciendo referencia a los impactos económicos, sociales o ambientales, según lo establecido en el artículo 66 bis.1.d) y 3.d) de la Ley 26/2010, de 3 de agosto.

El segundo supuesto de excepción es que "no (se) imponga obligaciones relevantes a los destinatarios", lo que exige la determinación de lo que se entiende por obligaciones[1790], además de precisar un juicio de ponderación, para determinar la relevancia de las mismas, siendo necesaria su medición, pudiendo afectar tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo. En este supuesto de excepcionalidad, se sigue haciendo patente la necesidad de un estudio preliminar, todo ello, sin entrar en quien establece dichas obligaciones y su consideración de autoridad legítima[1791].

El tercer supuesto se refiere a que "regule aspectos parciales de una materia", siendo este

1789 Así lo establece el dictamen del Conejo de Estado n.º 275/2015, apartado IV, observación n.º 43.
1790 Sobre la necesidad de vislumbrar dichas prohibiciones en la ambigüedad de los enunciados deónticos, con independencia de las prescripciones usadas en términos imperativos, véase D. Mendoca (1992), *Introducción al análisis normativo*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales (págs. 74-76).
1791 Afirma Calvo Soler (2003: 45 y 46) que supone una "correlación derecho-deber y la idea de 'obedecer con independencia del juicio propio', esto lleva a observar la relación entre sujetos y autoridad de abajo a arriba", lo cual debe dirigir, en mi opinión, a un convencimiento del interés general desde la razón y la información, sin excluir a ningún sujeto o grupo.

último concepto muy amplio, pues la mayoría de las regulaciones afectarán parcialmente a cualquier ámbito[1792]. La interpretación que se haga de este supuesto debe estar guiada por el principio de transparencia y participación ciudadana, y la limitación en la aplicación de la excepción para evitar la fragmentación regulatoria de la materia[1793].

Por último, la determinación del supuesto de tramitación de urgencia se establecerá conforme a la "normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria" (*ex* artículo 133.4, párrafo 2.º de la LPAC). Así, se ha previsto para el Estado en el artículo 26.2, párrafo 2.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1794]. A estos efectos, el artículo 27.1.b) de esta Ley establece como supuesto de tramitación de urgencia de iniciativas normativas, el que "concurran otras circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido preverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente de la norma", conectando con en el artículo 133.4, párrafo 1.º de la LPAC, en cuanto a las "razones graves de interés público que lo justifiquen", como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado[1795]. Los supuestos de tramitación de urgencia del artículo 27 de la Ley 50/1997 deben ser objeto de justificación, y ello habrá de plasmarse en la MAIN.

Finalmente, en relación con los efectos derivados de la inobservancia del trámite, o su realización inadecuada, hay que remitirse a lo dicho en el Capítulo III.

En cuanto a la audiencia pública, puede definirse como el trámite obligatorio del procedimiento administrativo de elaboración de normas, que constituye un derecho de carácter constitucional y estatutario, pero de necesario desarrollo legal. Es un instrumento de participación de los afectados y externo, de mejora de la decisión normativa a adoptar por el

1792 Añade Mir Puigpelat (2017: 225) otro elemento de discusión que, con independencia de su contenido parcial de la materia, "tenga impactos significativos o imponga obligaciones relevantes a los destinatarios".

1793 Podría interpretarse como aspectos concretos de una materia, que podría recordar a lo establecido por las SSTC n.º 111/1983 y 60/1986 en relación con el artículo 86.1 CE como "accidentales o singulares", diferente de "general" o regulación "esencial".

1794 No obstante, lo aplica, también, a los decretos legislativos. Véase, el recientemente añadido artículo 45 bis de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, a través del artículo 13.6 del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, que regula el procedimiento de urgencia en términos parecidos a la regulación estatal de la Ley 50/1997, de 24 de octubre, especialmente su artículo 27. Las diferencias, al respecto, con la regulación estatal y que suponen, en mi opinión, una crítica a la regulación andaluza es la declaración de urgencia por parte del Consejero/a, en todo caso, incluidos los supuestos de anteproyectos de ley y reglamentos que adoptan la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, aspecto que correspondería al órgano competente que los aprueba, el Consejo de Gobierno, en los términos que establece el artículo 27.1 de la Ley 50/1997, de 24 de octubre. Por otro lado, la modificación por Decreto-ley en la finalización de una legislatura, no justificaría, en mi opinión, la situación de extraordinaria y urgente necesidad como supuesto habilitante de la utilización de dicho instrumento jurídico. Además, la modificación debería haber incluido, al menos, a los proyectos de decretos legislativos.

1795 En el dictamen n.º 275/2015, apartado IV, n.º 45 establece que no se distingue entre las "graves razones de interés público" y las "'circunstancias extraordinarias' que justifican la tramitación urgente".

órgano competente que apruebe la norma[1796], necesario para el adecuado contrapeso y fiscalización del poder público. De dicha definición, pueden destacarse los siguientes aspectos:

En primer término, es un derecho constitucional de necesario desarrollo legal (*ex* artículo 105 CE), en relación con el procedimiento de elaboración de normas (letra a), a la vez que un principio y un trámite. Respecto de este precepto, se planteó si era o no directamente aplicable, ya que suponía una modificación del régimen jurídico existente en aquel momento en el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo[1797]. Los partidarios de su continuismo afirmaban que el precepto constitucional no era directamente aplicable, en cambio los rupturistas eran favorables a la inmediata aplicación del texto constitucional, interpretación, esta última, asumida por el Tribunal Constitucional desde un primer momento[1798], de forma que la Ley de Procedimiento Administrativo debía interpretarse de conformidad con lo establecido en la Constitución[1799], postura ratificada, posteriormente, por el Tribunal Supremo[1800].

De otra parte, el artículo 105.a) CE no supone una mera declaración programática, sino que contiene un mandato orientado a los poderes públicos, que condiciona la aprobación, aplicación e interpretación de las normas que desarrollan dicho precepto, para que reconozcan y promuevan el derecho a una auténtica forma de participación funcional[1801].

En consecuencia, el artículo 105.a) CE establece un derecho de configuración legal, de eficacia inmediata y vinculante para todos los poderes públicos. En virtud del precepto, el momento en el que se llevará a cabo este trámite será en el seno del "procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas", es decir antes de su conclusión y respecto de

1796 Véase, al respecto, M. Sánchez Morón (1979), «El principio de participación en la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, 89, págs. 171-206.

1797 Precepto lleno de condicionantes [véase P. Sala Atienza (2008), «El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 247-263 (págs. 250-253)], y contradictorio con el artículo 105.a) CE, pues el artículo 130.4 estaba influenciado por la idea de "representación orgánica" como afirma E. Melero Alonso (2004), «La «democracia orgánica» y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Revista de Estudios Públicos (Nueva Época)*, 126, págs. 237-264 (págs. 243-249), ya que dicha representación respondía a un cauce cerrado de participación que había que conectar con "el principio VI de la Ley de Principios del Movimiento Nacional", en el que se afirmaba que sólo se podía participar a través de los medios establecidos legalmente y que se plasmaba en la Ley de 17 de mayo de 1958.

1798 Concretamente, a partir de su STC n.º 18/1981, FJ 5, aunque el tenor literal de nuestra Carta Magna diga "la ley regulará" (véase, también, la STC n.º 163/1995, FJ 5).

1799 Como confirmó, también, el Consejo de Estado, por ejemplo, en su dictamen n.º 952/1992.

1800 Concretamente, a través de la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 121/1990, FD 6.º (confirmada, posteriormente, por ejemplo, por la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4818/2001, FD 1.º).

1801 J. de la Cruz Ferrer (1988 b), «Hacia la garantía jurisdiccional de la audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Poder Judicial*, 9, resalta la importancia del artículo 105.a) CE en el déficit de legitimidad democrática del reglamento cuando se aparta de la ley, por lo que es necesario llegar a un "equilibrio" para una mejor "aproximación a la realización del interés general".

las normas con rango inferior a la ley[1802], aunque ello se amplía por efecto del artículo 133.2, 3 y 4, párrafo 1.º de la LPAC a la iniciativa legislativa y a las normas con rango de ley aprobadas por el Gobierno[1803].

Este precepto es desarrollado en el ámbito del Gobierno del Estado en los artículos 26.5 y 27.2.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1804]. Por su parte, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, hacía una mención muy puntual de la audiencia en el artículo 2.3, párrafo 2.º, debiendo constar en la MAIN ordinaria (no para la abreviada), tanto la consulta como su resultado. No obstante, actualmente, en el artículo 2.1.i)2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, se establece un contenido más concreto en la Memoria, no solo para la ordinaria, sino, también, para la abreviada, al determinar que deben incluirse las "consultas realizadas y observaciones recibidas en el trámite" y justificarse la reducción de plazos u omisión[1805].

La importancia del trámite se ve reflejada en su finalidad, ya que tiende a facilitar un acercamiento a la acción de gobierno y la mejora en la adopción de decisiones públicas, que se legitiman democráticamente[1806], y consiguen un mayor grado de aceptación y cumplimiento de las normas, así como garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición[1807]. En consecuencia, de conformidad con lo previsto, al respecto, en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8215/2000, este instrumento supone una doble garantía, ya que por un lado hace valer los propios derechos e intereses de la ciudadanía afectada o manifestación del derecho de defensa frente a la Administración (garantía *ad extra*); y por otro es un mecanismo que facilita, no solo la legalidad de la norma, sino el acierto en la integración del contenido de la norma como

1802 Así lo establece el Consejo de Estado (1994: 152 y 153) al afirmar que se refiere a las disposiciones de "carácter reglamentario", quedando al margen "no sólo los anteproyectos de ley sino también todas aquellas disposiciones que, aun emanando de la Administración, vayan a revestir la forma de Decreto-ley o de Decreto-legislativo".

1803 Aunque algunas Comunidades Autónomas ya lo habían ampliado, como es el caso de Andalucía, que ya establecía el trámite de audiencia pública para los anteproyectos de ley en el artículo 43.5 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre.

1804 La audiencia se regulaba en el artículo 24.1.c), d) y e) de la versión originaria Ley 50/1997, de 27 de noviembre, cuya entrada en vigor, según Sala Atienza (2008: 253 y 254), introdujo pocas modificaciones con respecto al artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (en la ampliación del plazo mínimo de 10 a 15 días y la desaparición de dos condicionantes: que fuera posible y la índole de la disposición lo aconsejase).

1805 En la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se hace una mención aún más escasa, referida a la plasmación en dicha memoria de la audiencia, concretamente como un inciso del apartado denominado "Contenido y análisis jurídico" correspondiente del resumen ejecutivo.

1806 Supone un remedio para el déficit de legitimación democrática de la Administración, véase, al respecto, M. I. Jiménez Plaza (2004), *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Barcelona: Atelier (pág. 43). Así, resalta dicha importancia, más allá de su carácter instrumental del procedimiento, Bermejo Latre (2004) afirmando que la Constitución no consagra un simple mandato, sino la "existencia de un sistema de producción reglamentaria de marcado carácter participativo".

1807 Por todas, la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5709/1998, FD 3.º.

expresión del derecho de participación[1808], como reconocen Garrido Falla[1809] y Sánchez Morón[1810] (garantía *ad intra*)[1811], siendo esta última la finalidad principal del trámite como afirma la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia ROJ n.º 6451/2011, FD 4.º con fundamento en la STS ROJ n.º 4760/2010, FD 1.º[1812]. El trámite tiene, así, un carácter esencial y obligatorio del procedimiento administrativo de elaboración de normas[1813].

Por otro lado, en el trámite de audiencia hay que distinguir dos acciones distintas realizadas de forma correlativa: el acuerdo de adopción del trámite y su evacuación. El primero es el documento en el cual se recoge la decisión de su realización, su motivación y, en su caso, las entidades llamadas a participar en el mismo, lo cual puede plantearse a iniciativa de la Administración o del interesado[1814].

En cuanto al objeto de la audiencia, según lo establecido en el artículo 133.2 de la LPAC, vendrá referido a todas aquellas normas que afecten a los derechos e intereses legítimos de las personas[1815]. Además, la jurisprudencia establece la obligatoriedad del trámite cuando el proyecto reglamentario imponga deberes u obligaciones. La audiencia se refiere a todo el contenido del proyecto normativo y su expediente, si bien el artículo 14.6 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, concreta el trámite de "audiencia" en las "leyes y disposiciones normativas de carácter general", para los "operadores económicos o sus asociaciones representativas", en relación con el "impacto de la normativa en la unidad de mercado". La cuestión será, entonces, que la vinculación del trámite de audiencia a determinados impactos puede condicionar el vicio

1808 Véase, también, STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7770/1998, FD 3.º. Esta participación supone un instrumento que incide en la oportunidad de la decisión pública, para la mejora de esta, respondiendo políticamente de forma adecuada a las demandas de la realidad social, como afirma Ponce Solé (2003: 127) superadora de su consideración tradicional como "trámite puramente defensivo de intereses". Pero, además, como afirma J. R. Parada Vázquez (1998), «Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo VIII* (págs. 527-546), Madrid: EDERSA (pág. 527), tiene como finalidad indirecta "reforzar la legitimación democrática" de la potestad normativa. Así, lo corrobora la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3768/1988, FD 2.º, ya que supone una manifestación de la "transparencia" en "la estructura burocrática", por lo cual la audiencia refuerza en unos casos (por ejemplo, los anteproyectos de ley) y remedia en otros (verbigracia, reglamentos no ejecutivos) la legitimación de la Administración en su ejercicio.

1809 F. Garrido Falla (1985), «Artículo 105», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs. 1450-1454), Madrid: Civitas (pág. 1451).

1810 Afirma Sánchez Morón (1979), que la participación subyace en la soberanía que reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado, que tiene su traslación en la obligación de los poderes públicos de "facilitar la participación de todos los ciudadanos" (artículo 9.2 CE), concretándose en los artículos 23.1 y 105.a) CE.

1811 Así lo establece la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8572/2012, FD 2.º, al afirmar que supone "trasladar al titular de la potestad reglamentaria el parecer y criterio de los ciudadanos afectados con el fin de aumentar las posibilidades de acierto de la regulación que vaya a contener la disposición general proyectada".

1812 También lo afirma el Consejo de Estado (2012: 239).

1813 Así lo señalan las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 121/1990 y 15526/1990.

1814 Véase las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5227/1993, FD 4.º; 5233/1993, FD 4.º y 20014/1993, FD 4.º.

1815 Así, también se desprende en la Administración General del Estado, en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 22 de noviembre, asimilándose la información pública con la audiencia, véase Mora Ruiz (2016: 558 y 559).

de su realización inadecuada, como hemos expuesto en el Capítulo III.

La consulta de la audiencia puede tener un carácter acumulativo, pero no sustitutivo, de los demás instrumentos de participación pública establecidos para el procedimiento, al tener un carácter diferenciado[1816]. La normativa no menciona expresamente el momento adecuado para realizar la consulta en el trámite de audiencia, para lo cual, debemos acudir a lo establecido por parte de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, que será cuando el texto del proyecto de disposición se encuentre lo suficientemente redactado, con posterioridad a la elaboración de la documentación preparatoria, evitando modificaciones sustanciales del proyecto una vez evacuado este trámite, pues, de lo contrario, se realizará una segunda vez, siempre que tales modificaciones no se deban a las observaciones e informes producidos en el procedimiento, lo que constituye una excepción a la regla general de la aplicación del principio de economía procedimental[1817].

En relación con los plazos, la normativa estatal establece tres: el correspondiente a la tramitación ordinaria, con un mínimo de quince días hábiles; el plazo reducido de la tramitación ordinaria que podrá ser "hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen" (artículo 26.6, párrafo 2.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre[1818]); y el plazo para la tramitación de urgencia que es de siete días[1819]. Los plazos de la tramitación ordinaria, en los cuales no se establecen expresamente un máximo[1820], se determinarán atendiendo a cada caso, en cambio el plazo de la tramitación de urgencia es fijo. Así, en la práctica, con carácter general, se suele escoger para la evacuación del trámite el plazo límite mínimo establecido por la norma, justificándose por un criterio de celeridad, primando, de forma inadecuada en mi opinión, sobre la singularidad de las circunstancias al caso concreto[1821]. De esta manera, en la MAIN debe dejarse constancia del plazo determinado y de

1816 En el ámbito de la Administración General del Estado, el carácter diferenciado se manifiesta, por ejemplo, en el supuesto de la tramitación del proyecto normativo de urgencia, donde no se evacua la consulta pública, pero sí la audiencia [artículo 27.2.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre].

1817 Véase la STS Sala 3.ª ROJ n.º 15158/1993, AH 3.º que establece respecto al "proyecto que se aprobó inicialmente y se expuso al público" si es "totalmente distinto o contuviese un cambio sustancial" se produciría un "auténtico fraude de Ley, eludiendo el trámite respecto del verdadero proyecto".

1818 Estos plazos son los mismos que ya establecía la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, antes de su modificación por la LRJSP.

1819 Aunque esto no está del todo claro, ya que la tramitación de urgencia, siendo una novedad en virtud de la LRJSP, su redacción es confusa en el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al mencionar "así como cuando se aplique la tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2", cuando anteriormente se ha hecho referencia al trámite de audiencia ordinario y reducido. Por otro lado, el artículo 27.2.b) establece que su "plazo de realización será de siete días".

1820 Así, en mi opinión, el plazo máximo de la reducida deberá ser inferior al mínimo establecido para la tramitación ordinaria, ya que de lo contrario se estaría desvirtuando dicha reducción.

1821 Repercutiendo negativamente en el proyecto normativo, como afirma el Consejo de Estado (2003: 75) al indicar que "las excesivas premura y urgencia en el trámite de audiencia, lejos de ayudar y robustecer a la futura norma, pueden

la aplicación de la reducción del plazo, según el tenor literal del artículo 26.6, párrafo 2.º de la Ley 50/1997, aunque también deberían incluirse los criterios de determinación del plazo[1822]. En todo caso, los supuestos establecidos para la aplicación del trámite de urgencia deberán interpretarse de forma restrictiva, atendiendo al caso concreto, y debiendo motivarse en la MAIN.

De otra parte, aunque no se recoja en la normativa específica reguladora del procedimiento, es posible la ampliación de los anteriores plazos, en los términos del artículo 32 de la LPAC, lo que justifica la aplicación del título competencial del procedimiento administrativo común, como se señaló en el Capítulo III. Dicha ampliación tendrá como límite, además de los plazos establecidos en dicho artículo, que el plazo reducido del período ordinario no sobrepase el mínimo del que no lo sea[1823]. En todo caso, los plazos son demasiado breves, como afirmó la OCDE [1824], no siendo adecuados para facilitar una consulta exhaustiva y global, y una participación en plazo de las organizaciones representativas, si deben consultar a sus miembros.

En relación con los sujetos que participan en consulta, debe contarse, por un lado, con el centro directivo competente (que es el que publicará el texto)[1825]; y, por otro lado, con las personas, físicas y jurídicas a consultar, esto es, la ciudadanía afectada, directa o indirectamente, en sus intereses. Así, en el artículo 105.a) CE se establece que les corresponde a los

---

frustrarla al anular en la práctica el objeto sustancial del trámite".

1822 Así, en la actual regulación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, desaparece, de forma desacertada en mi opinión, la mención del "plazo razonable" que se establecía en el anterior artículo 24.1.c). Entre los criterios para determinar el plazo suficiente para evacuar la audiencia se pueden encontrar los destinatarios, intereses afectados y relevancia y complejidad del proyecto normativo.

1823 No obstante, la Administración tiene un carácter discrecional para aceptar o denegar la ampliación cuando se haya instado, pero con la obligación de responder, en todo caso, "en términos motivados y razonables" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 4630/2004, FD 2.º).

1824 OCDE (2011 b: 102), llegando incluso a afirmar que: "La consulta se hace todavía más difícil si se utiliza el período de 7 días hábiles de consulta, en casos excepcionales".

1825 Aunque la apertura del trámite le corresponderá al órgano que tramite el procedimiento en la fase de instrucción. Con anterioridad a las Leyes siamesas, la comunicación de dicha consulta se llevaba a cabo a través de la notificación a las partes interesadas [que responde a una reminiscencia de la primera concepción de la audiencia asimilada a la de del acto administrativo propia de la corriente generada a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, véase Jiménez Plaza (2004: 48)], con la finalidad de dar efectividad a este trámite. En las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 121/1990 y 15526/1990, FD 6.º se establece la obligación de la Administración de revelar "su voluntad de dar publicidad al proceso" para facilitar la participación ciudadana, cumpliendo, a su vez, con la obligación establecida en el artículo 9 CE. Actualmente esta se llevará a cabo, al igual que la información pública, a través de los puntos de acceso ministeriales, de la misma manera señalada que la consulta pública previa, salvo que la audiencia y la información públicas se encuentran en un apartado específico a dicho trámite. Todo ello de conformidad con lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales. En términos parecidos se establece en Andalucía, determinando un punto de acceso para la audiencia e información públicas, aspecto que se produce a través de la página web de la Junta de Andalucía, concretamente en participación pública en proyectos normativos, aunque no está habilitada para la audiencia pública (a tal efecto no consta el documento donde se concede el trámite de audiencia pública), teniendo que aplicarse la invitación personal y no pudiendo visualizar y participar, en su caso, aquellas entidades que no están obligadas a su llamamiento en el trámite.

"ciudadanos" cuando "les afecten", pero la regulación legal se refiere a los interesados, a los meros efectos funcionales del trámite[1826], entendiéndose por tales aquellos en los que se manifiesta una relación unívoca entre el sujeto y la disposición, de tal forma que su anulación le produciría un efecto, positivo o negativo, actual o futuro, pero cierto. Pero hay que precisar que los interesados llamados al trámite de audiencia son "los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones" [art. 105.a) CE], lo que da pie, según el Tribunal Supremo, a dar entrada, especialmente, a los que tienen un carácter económico y profesional, pero, en todo caso, atendiendo a la casuística[1827]. Además, debe ser un interés directo, como señala la doctrina del Consejo de Estado y de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo[1828], limitando en mayor medida, aun si cabe, la participación. En virtud de lo anterior, el artículo 133.2 de la LPAC hace mención expresa a la audiencia a los "ciudadanos afectados", lo cual se producirá "cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas". Además, la referencia a que "podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto"[1829], supone una modificación de su consideración tradicional como ejercicio indirecto del trámite como señaló el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, antes de su modificación por la LRJSP. Este ejercicio "directo" de la audiencia por parte de dichas organizaciones o asociaciones suplanta el verdadero ejercicio directo que lleva a cabo la ciudadanía afectada, acercándonos, cada vez más, a un régimen corporativista[1830], en mi

1826 La STS de la Sala Especial de Revisión de 21 noviembre de 1990, en su FD 5.º ha entendido, en contra del criterio del Tribunal Constitucional, que, tras la aprobación de la Constitución, el término ″afectar" traslada la terminología del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, asimilando dicho concepto a interesado, por lo tanto, considera que el artículo 105.a) CE "reconduce al ámbito de la legitimación activa" la participación a través de dicho trámite. No obstante, se ha impuesto el criterio del Tribunal Constitucional, que no considera interesados en el sentido de "partes procedimentales necesarias" llamados a consulta en el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo especial de elaboración de normas jurídicas, según la STC n.º 61/1985, FJ 3. No obstante el carácter de participación funcional reseñado, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha llegado a manifestar que es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer, dentro del procedimiento, los distintos intereses en juego (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3449/2000, FD 2.º), aspecto que lo acercaría al sistema norteamericano en el cual se impone una naturaleza contradictoria del proceso de elaboración de normas (*adversarial nature of the rulemaking process*), en relación con la solución intermedia adoptada tradicionalmente en España del concepto de participación funcional, evitando una gran litigiosidad (para lo cual, como contrapeso, en Estados Unidos se aprobó la Ley del Procedimiento de Regulación Negociada en 1996 -*The Negotiated Rulemaking Act of 1996*-).

1827 Así, también lo entiende el Consejo de Estado (1994: 156).

1828 Véase la STS Sala 3.ª, ROJ n.º 5952/1997, FD 2.º que afirma que "la audiencia, tanto en su forma singular, como en la plural, recogidas ambas en el art. 105.a) de la Constitución, presupone un interés directo", completándose con lo que afirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 952/1992, que esto se producirá cuando exista una "vinculación entre tales intereses y la disposición proyectada y que ésta afecte, positiva o negativamente, al círculo de los intereses (directos, dice la jurisprudencia) que pertenecen al ámbito peculiar o propio de los fines de la organización o asociación".

1829 Reiterado en el artículo 26.6 de la LRJSP para la Administración General del Estado.

1830 Ya en su dictamen n.º 275/2015, apartado IV, n.º 43, el Consejo de Estado puso de manifiesto que en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se eliminaba "la audiencia directa a los ciudadanos". Al respecto, véase Melero Alonso (2005: 378), donde incide sobre la continuación de un nuevo corporativismo, aunque con otros actores. Al respecto, afirma el Consejo de Estado (1994: 154) que "el artículo 105.a) de la Constitución, al prescribir la audiencia de los ciudadanos, da por supuesto que puede ser directa, o sea a título personal,

opinión, en una equívoca interpretación de la audiencia y la participación, al no diferenciar titularidad y ejercicio[1831], sin tener en cuenta el literal de la Constitución que menciona a "los ciudadanos", lo que, en mi opinión, podrá redundar en detrimento de la amplitud de las opiniones, lo cual aumentará los riesgos de captura del regulador[1832].

Dentro de las organizaciones o asociaciones, se puede distinguir entre aquellas cuya consulta es facultativa o, por el contrario, es preceptiva. En este segundo supuesto, existe la carga[1833] de las Administraciones Públicas de llamar a unas determinadas entidades que no solo deben reunir unos requisitos legales, sino otros añadidos por la jurisprudencia, lo que, en cierta manera, puede cercenar la participación. En virtud de lo anterior, el primer requisito establecido normativamente (artículo 133.2 de la LPAC y articulo 26.6, párrafo 2.º de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre) es que tengan un origen directo o inmediato en la ley o, lo que es lo mismo, reconocidas por ley. La identificación de dichos sujetos dependerá de los términos en que se redacte la norma[1834]. Así, destacan los sindicatos[1835], las asociaciones empresariales[1836], colegios y asociaciones profesionales[1837], cámaras y los consejos integrados en la estructura administrativa ("audiencia institucionalizada"[1838]).

---

y no necesariamente a través de una organización o asociación, lo cual es una diferencia radical con el sistema de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y una consecuencia obligada del principio de libertad de asociación". No obstante, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha negado dicho ejercicio directo a "los ciudadanos" en la STS ROJ n.º 3485/1997, FD 1.º. Así, afirma Abajo Quintana (1995: 72) que "el trámite de audiencia tal y como está previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo no permite nunca la audiencia directa de los ciudadanos afectados por la disposición proyectada", a diferencia "de lo que ocurre con el artículo 105.a) de la Constitución, que sí da respaldo a esta posibilidad".

1831 Afirma Jiménez Plaza (2004: 74) que la "idoneidad de articular la participación ciudadana a través de una entidad, organización u asociación, no convierte a ésta en la titular del referido derecho".

1832 A lo anterior se le añade que en las propias organizaciones se canalizan las opiniones mayoritarias, diluyéndose el resto. Así, para los colegios profesionales lo pone de manifiesto la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 21563/1994, donde la audiencia efectuada al Consejo General de Colegios de Farmacéuticos propició la innecesariedad de llevar a cabo una por cada uno de los colegiados, ya que "en rigor lo que los componentes del Colectivo principal tuvieron por válido, como titulares adscritos al Colegio Oficial, no pueden tenerlo por nulo disgregados en sectores de representatividad limitada". Véase Jiménez Plaza (2004: 101 y 102).

1833 Así, lo afirma el Consejo de Estado en su dictamen n.º 952/1992, lo que conllevaba "una investigación previa". Pero, al respecto, su conocimiento se facilitaba con algunos instrumentos credos por la Administración como la inscripción en registros públicos a efectos de su publicidad de carácter no constitutivo, véase Jiménez Plaza (2004: 108), lo cual no solo genera cargas administrativas, sino, incluso, litigiosidad.

1834 Siendo obligatorio, por ejemplo, cuando en el texto normativo se refiera a la audiencia en términos como "será consultado".

1835 En relación a los sindicatos más representativos, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 4754/1996, FD 4.º, teniendo en cuenta la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical (*BOE* núm. 80, de 4 de abril de 1977).

1836 Referido a estas, hay que tener en cuenta la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3723/2004, FD 4.º.

1837 Artículos 2.2 y 9.1.j) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (*BOE* núm. 40, de 15 de febrero de 1974). La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha establecido, en cuanto a la exigibilidad de dicho trámite, que sólo es preceptivo, en su caso, cuando el proyecto normativo potencialmente afecte, realmente y de forma directa, a los intereses de sus colegiados, generando su ausencia, en este caso, la nulidad de pleno derecho de la norma (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 477/2005). Esta audiencia no es exigible a los que tienen una "relación de servicio" con la Administración, con independencia del "título profesional que posean" (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 7227/2003, FD 2.º).

1838 Ante la falta de mención expresa del precepto, se ha entendido la posibilidad de llevar a cabo otro medio para materializar la audiencia, a través de los órganos colegiados que se integran o adscriben orgánicamente a la Administración, en los cuales participan, como representantes, las organizaciones y asociaciones de los interesados. A

El segundo de los requisitos establecidos por dicha normativa es la afectación de las personas a quienes representan, debiendo haberse producido un tránsito de "interesados" a "afectados", lo cual presenta algunos inconvenientes como la dificultad de la carga de llamamiento cuando son numerosos y diferenciados[1839]; la afectación directa o real o clara[1840]; identificación de dicha afectación con sectores profesionales[1841] y puesta en relación con los efectos jurídicos de los proyectos normativos[1842]. La entidad o asociación debe ostentar la representación o defensa legal de un modo real y efectivo[1843], y, además debe probarlo[1844], siendo necesario para esto último que se actúe en nombre de los representados, de conformidad con lo establecido en su régimen orgánico[1845]. La carga de la prueba sobre la "representación o defensa legal de las personas afectadas por la disposición general en proyecto" le corresponde a quien pretenda dicha audiencia (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2345/1998, FD 2.º).

Y el tercer requisito establecido por la normativa examinada es que sus fines guarden relación directa con el objeto de la disposición[1846].

---

estos efectos, afirma el Consejo de Estado (1994: 160, 161 y 163) que, aunque esta "excepción equivalga a sustituir la participación funcional de los ciudadanos por la orgánica, no es contraria a los principios constitucionales, tiene grandes ventajas para la seguridad jurídica y no supone un retorno al corporativismo". No obstante, esto es difícil de justificar cuando el propio Consejo de Estado (1994: 153 y 154) afirma que esta "participación funcional" es "ajena a cualquier tipo de integración en las estructuras administrativas", ciertamente no hay una integración formal, pero sí sustantiva, cuando las decisiones de estos se subsumen. Este es el caso, por ejemplo, de las asociaciones de consumidores y usuarios que serán oídas, "en consulta, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general", "relativas a materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios", véase, al respecto, la STS Sala 3.ª, ROJ n.º 2988/2020.

1839 Véase la STS Sala 3.ª ROJ n.º 15410/1990, FD 7.º que establece, al respecto, que "pretender imponer a la Administración que averigüe, para concederles el trámite de audiencia, cuáles sean todas y cada una de las asociaciones, cuyos miembros puedan estar afectados por el contenido de la disposición", en el supuesto en que esta "puede afectar a amplísimos sectores de la economía nacional, ha de reputarse una exigencia de cumplimiento imposible".

1840 Se excluye la afectación potencial o incidental, así lo establece la STS Sala 3.ª ROJ n.º 5410/1998, FD 3.º, pudiéndose comprobar su afectación, en mi opinión, con los datos suministrados en la evaluación de impacto normativo posterior.

1841 Que según Jiménez Plaza (2004: 79) puede dificultarse en el ámbito objetivo de la defensa de sus condiciones generales, especialmente cuando no exista legislación sectorial específica. Además, el Consejo de Estado (2003: 75) entra en contradicción al defender dicha consulta preceptiva parcial al afirmar que: "la norma no deberá concebirse como la resultante de los intereses manifestados, pero, en cuanto basada en una determinada concepción o interpretación del interés general, debe dar prioridad a unos puntos de vista sobre otros, sin ignorar la realidad a la que se dirige".

1842 En mi opinión, prestando atención a los impactos de la futura norma. Así, véase Jiménez Plaza (2004: 82 y 83). No obstante, dicha autora se centra en los "intereses distintos de lo más directamente regulados por la norma", aspecto que es un salto más en la evaluación de los distintos impactos de la realidad. Ciertamente, tener en cuenta solamente a los afectados directamente puede hacer que existan sectores adyacentes o auxiliares que se vean afectados, aunque no sean destinatarios directos.

1843 Así lo establece la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 17184/1994.

1844 Así, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha concretado que, en este caso, para conceder la audiencia no basta con acreditar una eventual afectación por el proyecto normativo, sino debe probarse (STS ROJ n.º 2148/1996, FD 2.º) que la entidad que deba ser oída ostente la representación y defensa legal de los afectados del proyecto normativo (SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2345/1998, FD 2.º y 2526/1999, FD 4.º).

1845 "Sin que sea admisible que cualquier miembro" de aquella, no autorizado al efecto, "pueda invocar para sí" dicha representación (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 5952/1997, FD 2.º).

1846 Al respecto, se puede señalar la STS, Sala Especial de Revisión del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 21 de noviembre de 1990, FD 5.º.

Otro elemento que puede poner en riesgo la participación es el número de entidades que deben ser oídas, el cual tiene que ser apreciable en el sector correspondiente, teniendo en cuenta, en todo caso, el ámbito territorial y funcional al que se dirija el proyecto normativo y las circunstancias que concurran al caso para aplicar estos conceptos jurídicos indeterminados. A su vez, estas entidades deben ser "representativas de los intereses del sector"[1847], ya que la jurisprudencia ha entendido que es imposible extenderlo a todas las entidades que pudieran verse afectadas por el proyecto normativo (por todas, las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 291/2000, FD 2.º).

Al respecto, la consulta será facultativa[1848], cuando reúna los siguientes requisitos: respaldo mediato o indirecto de segundo grado; nace de la voluntad de sus creadores (origen voluntario); tiene fines variados elegidos por sus asociados y existen múltiples entidades o asociaciones, constituidas bajo el principio de libertad asociativa del artículo 22 CE[1849]; y su omisión no supone causa de nulidad de pleno derecho. La indeterminación en la existencia de estas organizaciones y la heterogénea misión de cada una, hacen que no sean llamadas obligatoriamente para evacuar el trámite, por lo cual si quieren realizar alegaciones deben conocer que el procedimiento se encuentra en este trámite y personarse voluntariamente en el mismo (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 5952/1997, FD 2.º). Sin perjuicio de esta afirmación, la Administración puede otorgarles audiencia, motivando, en mi opinión, la decisión como en los supuestos en que la consulta es preceptiva, para evitar que se produzca un llamamiento arbitrario.

Otro problema añadido es que no todos tienen los mismos medios para hacer observaciones, teniendo una mayor capacidad las grandes empresas. En todo caso, con independencia del sujeto y del carácter de la consulta, existe la necesidad de acercar el contenido predominantemente técnico y jurídico de los proyectos normativos al común entender de la ciudadanía, para que pueda participar de forma adecuada, a través de distintos medios como la información resumida,

1847 Afirma el Consejo de Estado (1994: 159 y 160) en relación a las asociaciones más representativas del sector afectado que el "Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admiten la licitud de cierto trato diferencial entre este tipo de asociaciones", teniendo en cuenta que dicho Tribunal en interpretación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos deja a la libertad de las normativas de los Estados dicho tratamiento, sin que suponga una violación de dicho artículo, STEDH, Sindicato Nacional de la Policía belga contra Bélgica, de 27 de octubre de 1975, apartados 38-41.

1848 Existía una corriente jurisprudencial minoritaria que afirmaba su carácter preceptivo en dichos supuestos, así lo establecía la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 15526/1990, FD 6.º.

1849 Opinión contraria es la de Melero Alonso (2005: 378 y 379) al afirmar que debe tenerse en cuenta la libertad de asociación en la interpretación que se le haga del artículo 105.a) CE, "atendiendo al contenido objetivo del derecho de asociación".

las campañas publicitarias y la utilización de un lenguaje accesible. Así se hace en otros Estados, como Estados Unidos y Australia.

Para la realización de la consulta habrá que atender, en primer lugar, a la normativa. Así, el artículo 133.2 de la LPAC (precepto no básico según el Tribunal Constitucional), dispone que se llevará a cabo por el centro directivo competente, mediante la publicación del texto del proyecto normativo en el portal web correspondiente; pero, además, el artículo 133.3 de dicha Ley (también no básico) establece que "deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión", teniendo que "ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia", para lo cual debe ponerse en conexión con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, respecto de la publicidad activa de relevancia jurídica (artículo 7). En mi opinión, debe ser objeto de consulta el proyecto normativo en su totalidad, acompañado de todo el expediente de elaboración del proyecto normativo, siempre y cuando se respete lo establecido en las normas reguladoras de transparencia.

Por otro lado, la contestación sobre la consulta realizada en el trámite de audiencia es diferente al trámite de evacuación de un informe, consistiendo en la emisión de observaciones, alegaciones y consideraciones pertinentes o simplemente oportunas, que pueden proponer modificaciones al texto de la norma sometido a consulta. Dichas observaciones suponen un estadio previo a una participación más desarrollada en la cual debería existir un diálogo con el poder público. Con todo, la contestación tiene un carácter no vinculante para la Administración consultante (STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3482/1998, FJ 4.º), aunque sí existe la obligación de recoger la valoración de las alegaciones en la MAIN[1850] [*ex* artículo 2.1.i)2.º del Real Decreto 931/2017,

1850 El informe de valoración de alegaciones en el ámbito de la Administración General del Estado no se establecía en su normativa de aplicación, aunque sí existía en la normativa de algunas Comunidades Autónomas como es el caso de Andalucía como ya se ha expuesto. A partir del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en su artículo 2.3, párrafo 2.º se establece como parte del contenido de la versión definitiva de la MAIN. También, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, tras la modificación de su contenido por la LRJSP, en su artículo 26.3.g) se establece como contenido mínimo de la memoria "un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública", sin hacer referencia a los demás instrumentos de consulta, siendo un sistema similar al canadiense, establecido en la Ley de Evaluación de Impacto [*Impact Assessment Act*, S.C. 2019, c. 28, s. 1, *section 28, (3.2)*]. Ante esto, se podría generar un conflicto entre la norma legal, posterior en su contenido en virtud de la modificación precitada, y lo establecido en la norma de carácter reglamentario que regula la MAIN, sin perjuicio de su necesidad resaltada por la OCDE (2014 b: 154) al afirmar que para confirmar que el contenido de la solución regulatoria es adecuado y necesario hay que evaluarlo a través de distintos medios, entre ellos "analizar hasta qué punto las propuestas del texto se modifican significativamente tras la consulta". Dicho informe es aplicable a todos los instrumentos de consulta utilizados según el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En dicho documento debería recogerse las consultas efectuadas, los sujetos consultados, el plazo dado, las alegaciones realizadas, la contestación de dichas alegaciones y el procedimiento utilizado para realizar la consulta, para lo que, según el Consejo de Estado (1994: 163) "requiere prestar atención a las alegaciones con mentalidad receptiva", lo cual se plasma en la "obligación de explicar los motivos por los que determinadas propuestas no han sido tenidas en

de 27 de octubre], donde deben determinarse las observaciones realizadas y "su resultado y su reflejo en el texto del proyecto". Sin embargo, no hay mención expresa en la normativa ni en el derecho blando sobre la motivación de la no traslación al proyecto normativo de las observaciones, cuestión que sí menciona el Consejo de Estado[1851] y que, en mi opinión, es extensible al resto de trámites de participación ciudadana. Pero, además debe incluirse el proceso y la motivación para llegar a las consultas, debiendo justificarse de forma razonada la modalidad de audiencia elegida, y el procedimiento seguido para identificar a las personas afectadas[1852], atendiendo, en todo caso, al contenido del proyecto normativo. No obstante, la ausencia de dicha justificación, según la jurisprudencia tradicional, no ha invalidado la disposición administrativa[1853] (lo cual es susceptible de crítica).

De otra parte, el artículo 133.4, párrafo 1.º de la LPAC establece los supuestos de omisión de la audiencia, como un *numerus clausus*, que deben ser interpretados restrictivamente, a los que se suman los supuestos de omisión en las que no se haya frustrado la finalidad perseguida con dicho trámite, que o bien constan anteriormente en la ley o son de creación jurisprudencial como el supuesto del anterior artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, respecto de "organizaciones o asociaciones" que "hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración"[1854]. En este supuesto, si se toma como ejemplo el procedimiento negociado norteamericano de elaboración de normas, una vez desarrollada la regla propuesta, la agencia debe continuar con el proceso informal de elaboración de las reglas (*informal rulemaking process*)[1855], basado en un periodo de comentarios públicos (*notice and-comment rulemaking*), a diferencia de España[1856]. Aunque para que esta excepción se aplicase

cuenta", reforzando el control de la discrecionalidad [dictamen del Consejo de Estado n.º 47/1997, apartado III.B)]. Sobre la necesidad de la realización de la valoración de las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia ha sido puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en sus dictámenes n.º 1344/2013 y 1345/2013.

1851 Consejo de Estado (1994: 163). En el Derecho norteamericano se recoge dicho instrumento como necesario en el procedimiento de elaboración de reglas, véase Arroyo Jiménez (2017).

1852 La STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3157/2011, FD 3.º, determina que "la Administración debe cuidar con la mayor atención posible el cumplimiento riguroso del procedimiento de elaboración de las disposiciones que afectan a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos", por lo cual "debe dejar constancia en el expediente acerca de la decisión debidamente motivada que adopte el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia del porqué del procedimiento escogido para otorgar la audiencia a los ciudadanos".

1853 Véase lo previsto en la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 8219/2004, FD 4.º.

1854 En mi opinión, la supresión es acertada, ya que, según el Consejo de Estado (1994: 160 y 161), supone "la sustitución de esta participación funcional de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones administrativas por una forma de participación orgánica consistente en incorporar algunos representantes del sector afectado al equipo de trabajo designado para redactar el proyecto", con la finalidad de dicho órgano "de no poner objeciones en esta materia mientras los criterios no están bien decantados".

1855 Regla 553 del Código de los Estados Unidos (*U.S.C. § 553*). Así lo asimila el Consejo de Estado (*Ibíd*., págs. 160 y 161) al procedimiento negociado norteamericano (*negotiated rulemaking*), poniendo como ejemplo lo que establecía el "artículo 22.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio".

1856 Véase J. Avezuela Cárcel (2009), «El impacto económico de la mejora de la regulación», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 184-200), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (pág. 198). No obstante, sobre esta interpretación se puede alzar, en mi opinión, una crítica fundamentada en que dicho procedimiento norteamericano no

adecuadamente debería producirse una participación lo suficientemente representativa (al menos a las organizaciones que encarnen a todos los intereses afectados).

Otro supuesto de excepción establecido por la jurisprudencia consiste en la no exigencia del trámite cuando se trate de una disposición reglamentaria aprobada que desarrolle otra anterior en relación con una misma materia, entendiéndose cumplido con la evacuación del trámite en el procedimiento de elaboración de la primera, en virtud del principio de economía procedimental[1857]. Este enfoque no puede compartirse, pues supone la quiebra del principio de participación, para el caso de que los hechos puedan haber cambiado[1858].

En relación con las consecuencias de la omisión de la audiencia, nos remitimos a lo desarrollado en el Capítulo III, debiendo constar esta, en todo caso, en algún documento justificativo [por ejemplo, así se establece para la MAIN en el artículo 2.1.l)2.º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre], para lo cual hay que atender al caso concreto.

En conclusión, hay una limitación de facto del derecho de audiencia en el procedimiento administrativo de elaboración de normas, tras un comienzo prometedor en el periodo constitucional respecto del régimen anterior, puesto que nuestra Carta Magna extiende el ámbito subjetivo de la misma a los ciudadanos afectados; sin embargo, la normativa y la jurisprudencia se empeñan en restringirlo, asimilando el concepto de afectado con el de interesado, y dando preferencia a la participación indirecta, pasando del corporativismo del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 a un nuevo corporativismo, con nuevas estructuras sociales, y aplicando unos medios cerrados de participación preceptiva basados en la aplicación del principio de economía procedimental. Como afirma Parada Vázquez[1859] se trataría de un escenario contrario a la "constitucionalización de este trámite", lo cual "carece de sentido si no

supone un trámite de audiencia formal y la posibilidad de aplicar el principio de economía procedimental si no supone una modificación sustancial. No obstante, a diferencia del modelo negociado norteamericano, las cautelas que tiene este en relación con la información correspondiente a una comisión negociadora constituida al efecto no se corresponden con el modelo español que, en ningún momento, regula ningún aspecto al respecto.

1857 Por todas, las SSTS, Sala 3.ª, ROJ n.º 3120/1994 FD 4.º, 17246/1994 FD 4.º y 17757/1994 FD 2.º.

1858 Por ejemplo, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 6848/2005, FD 3.º referida a una norma que era una reproducción de una anterior, ya que según dicho Tribunal las asociaciones "fueron oídas en la elaboración de la Orden de 3 de junio de 2002, que el Real Decreto 179/2003, aquí impugnado, se limita a trasladar o recoger", siendo en este caso aplicable "la no exigencia de un nuevo trámite de audiencia cuando el objeto es el mismo y tales asociaciones ya han mostrado su posición y así se refleja en las actuaciones", colisionando este argumentario, en mi opinión, con el cambio de rango del proyecto normativo y con el impacto legal que supondría, además de tener en cuenta que las circunstancias de la aprobación de una norma a otra han podido sufrir un cambio, aspecto este que debe primar, en mi opinión, sobre el principio de economía procedimental.

1859 J. R. Parada Vázquez (1985), «Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978*, *tomo VIII*, Madrid: EDERSA (pág. 316).

es para reforzar su exigencia". Por otro lado, existe una falta de atención al fenómeno de los grupos de presión y el efecto de captura del regulador y de las relaciones recíprocas de aquellos que tienen que decidir con respecto de dichos sectores[1860].

Pero, junto con todo esto, existe una aplicación deficiente por parte de las Administraciones Públicas en la evacuación del trámite, no solo por la necesidad de ampliar la información más allá del proyecto normativo y que este y el expediente sean accesibles a todo tipo de ciudadano, evitando brechas en la participación, sino, también, porque deben arbitrarse plazos más amplios al respecto, sin perjuicio de prestar atención a la forma de hacer llegar las observaciones, preservando no solo el medio electrónico, sino el tradicional para evitar una aplicación discriminada de un trámite democrático. Esta aplicación rutinaria e inadecuada[1861] produce consecuencias muy negativas para el trámite, como manifestación del derecho de la ciudadanía afectada a participar en los asuntos públicos (siendo una de las esencias del Estado democrático), respecto de la finalidad del procedimiento de elaboración de normas y evaluaciones de impacto, debiendo imponerse una interpretación que limite las trabas a la audiencia.

Por último, la información pública es un instrumento regulado en los apartados 2 a 4 del artículo 133 de la LPAC. Según el tenor literal del apartado 2, la información pública pasa casi desapercibida, en el marco de la audiencia pública, que tiene un protagonismo casi exclusivo en el contenido de dicho apartado[1862]. El apartado 2 del artículo 133 regula la información pública cuando se refiere a "recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades"[1863]: esto se debe a que la Administración General del Estado y algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía, han distinguido entre audiencia e información públicas, basándose, fundamentalmente, en el criterio de los destinatarios del

1860 La existencia de grupos de presión es negativa ante la ausencia de controles o regulación sobre sus actuaciones inadecuadas, véase Del Guayo Castiella (2017 a: 150), quien afirma que el "riesgo surge cuando no hay mecanismos formales de influencia de los agentes del sector en su regulación, porque las empresas perseguirán hacerlo, de todas las maneras, al margen de la ley".

1861 Según el Consejo de Estado (2000: 96) una realización adecuada "redundaría en un beneficio notorio para la garantía del acierto, estabilidad y observancia de lo prevenido en el ordenamiento jurídico", evitando "efectos paradójicos y perturbadores", los primeros "porque, fundada aparentemente en la conveniencia de facilitar el proceso de producción normativa, lo consigue sólo en apariencia", planteando estas "de inmediato en su aplicación práctica dificultades imprevistas, efectos no queridos, a veces perversos o contrarios al propósito deliberado de la norma" y los segundos, ya que "la norma recién aprobada" puede "ser modificada sin tardanza cuando no simplemente derogada o, lo que es peor, inaplicada en la práctica".

1862 Afirma Mir Puigpelat (2017: 229) que "el legislador con el art. 133.2 LPAC" ha procedido a "refundir en un único trámite la audiencia e información pública, aunque manteniendo formalmente la distinción entre una y otra", desapareciendo, por ejemplo, como rasgo identificador la "invitación personalizada" preceptiva en la audiencia, suponiendo que la "intervención en este trámite en línea de ciudadanos afectados se le llamaría audiencia y a la de otras personas o entidades se les calificaría de información pública".

1863 Véase Prieto Romero (2016: 361).

trámite, ya que la audiencia afecta a los interesados, y, la información pública a todos los ciudadanos[1864].

Así, la información púbica se define como aquel trámite preceptivo del procedimiento administrativo, ya sea de elaboración de normas y de evaluación de impacto normativo[1865], por el cual se lleva a cabo la participación en el mismo de la ciudadanía en general, no siendo necesario ningún interés específico, para realizar el examen de la documentación y, en su caso, proceder a hacer las alegaciones que se estimen convenientes al proyecto normativo en un periodo de tiempo determinado, con la finalidad de asegurar el acierto y la oportunidad de la futura norma.

La información pública, aun su carácter diferenciado, tiene, así, un rol secundario respecto de la audiencia, debido a que la regulación realiza una remisión a su régimen jurídico (actualmente, en mayor medida) y a su utilización, que ha sido menor respecto a la audiencia pública hasta la entrada en vigor de las LPAC y LRJSP, debido, fundamentalmente, a su carácter facultativo[1866]. Así, respecto de esto último, y en aplicación del principio de economía procedimental, se ha instrumentado la información pública como acumulativa pero no sustitutiva de la audiencia[1867], practicándose ambos trámites en unidad de acto, pero de forma

1864 Así lo afirma la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1254/1997, FD 4.º. No es el caso de la Comunidad Valenciana, que en el artículo 52.2 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, incluye el término audiencia e información públicas cuando el "proyecto normativo afecte a la esfera de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos", incurriéndose el primero de los supuestos cuando "estén representados por organizaciones o asociaciones legalmente constituidas que tengan encomendada la defensa de sus intereses" y el segundo cuando no existan estos.

1865 De conformidad con lo establecido en el artículo 133.2 de la LPAC, incluye los proyectos reglamentarios, proyectos de decretos-leyes y decretos legislativos, así como los anteproyectos de ley, sin embargo, su carácter básico se circunscribe a los proyectos reglamentarios en virtud de la STC n.º 55/2018 como se ha expuesto en el Capítulo III. Para lo cual, habría que acudir a la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Así, en Andalucía no le es aplicable la información pública a los anteproyectos de ley, ante su falta de mención en el artículo 43 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre (a diferencia de la audiencia tradicionalmente recogida y la consulta pública previa que se ha añadido en virtud del artículo 13.4 del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía) y por la remisión a la legislación básica estatal que realiza el artículo 28.1 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre. Debiendo acudir al apartado 3.º del Acuerdo de 27 de diciembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan medidas para habilitar la participación pública en el procedimiento de elaboración normativa a través del portal de la Junta de Andalucía, que establece su aplicación a los anteproyectos de ley, proyectos de decreto legislativo y proyectos de normas reglamentarias (excluyéndose los decretos-leyes), intentando normar sin instrumento propio para ello, siendo inadecuado según el principio de seguridad jurídica. Mir Puigpelat (2006: 167 y 168) recalca como la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña ha establecido la necesidad de información pública en los decretos legislativos.

1866 Aunque según información recogida por la OCDE (2011 b: 107) esto se debe, en parte, "al escepticismo que rodea al método y a los pobres resultados obtenidos en la consulta", posiblemente debido, en mi opinión, a su falta de aplicación por su carácter facultativo.

1867 Aunque en la práctica, y en virtud de una aplicación desmesurada del principio de economía procedimental se han establecido como sustitutiva, fundamentado en la asimilación legal a la audiencia pública y a una interpretación jurisprudencial parcial y ya superada de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, que afirmaba que no era necesario la audiencia pública en el supuesto de haberse abierto un trámite previo de información pública (por ejemplo, STS 29 de octubre de 1985, FD 9.º). El Consejo de Estado plasma el sentir jurídico mayoritario existente al respecto, al afirmar que no son

diferenciada[1868], como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en torno al artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, antes de su modificación por la LRJSP, y la interpretación del adverbio "asimismo"[1869].

Por otro lado, la información pública difiere en su finalidad de la audiencia, puesto que va dirigida a la protección o garantía del interés público en términos generales. La finalidad última de la información pública es "garantizar el acierto y oportunidad de la disposición, a través de la participación ciudadana" (STS, Sala 3.ª n.º ROJ 3280/1999, FD 4.º), proporcionando a la Administración una cantidad y claridad de datos que puede dar lugar a una decisión de mayor justicia y objetividad, mediante la consulta, sin centrarse en ningún interés singular al respecto. Ese "debate social" que se genera con la información pública, en virtud de las "sugerencias y observaciones así formuladas" coadyuvan a la mejor formación de la voluntad", y que esta "coincida con las exigencias sociales" (STS, Sala 3.ª ROJ n.º 7088/1996, FD 2.º).

Junto a ello, la información pública tenía una naturaleza facultativa, mientras que la audiencia era y es preceptiva, de forma que la obligatoriedad del trámite que nos ocupa era excepcional, ya que el supuesto de hecho debía conectarse con la finalidad del trámite, debiendo existir un predominante interés general o que sean difícil de identificar los sujetos específicamente afectados, siendo necesario que se motivase esta decisión[1870]. No obstante, con la LPAC esta diferencia se difumina, ya que se establece la obligatoriedad de la información pública, en los mismos supuestos que la audiencia, en línea con el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al desaparecer la mención "cuando la naturaleza de la disposición

alternativas la audiencia e información públicas (dictamen n.º 275/2015, apartado IV, n.º 43), al criticar que en el texto del anteproyecto normativo objeto de informe se establecía que el "centro directivo competente 'deberá optar, al menos, por uno' de tales trámites, esto es, por la audiencia o por la información pública".

1868 Posibilidad recogida en Cataluña, en el artículo 68.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, al indicar que el "trámite de información pública puede coincidir temporalmente con el de audiencia". Pero, también, en el artículo 49.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, al determinar que las ordenanzas locales conllevarán una: "Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.", véase, al respecto, Bermejo Latre (2004).

1869 Véase el dictamen del Consejo de Estado n.º 275/2015, apartado IV, n.º 43, con cita en la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 928/2002, FD 1.º, afirmándose en esta última que: "Pretender reducir la opción a 'información pública versus audiencia a ciudadanos afectados', así como la exigencia de motivación a los supuestos en que se opte por la información pública", entendiendo que su carácter alternativo es "contrario a la norma y carente de fundamento, en otro caso debía haberse establecido con claridad", aspecto que "la ley manifiestamente no hace".

1870 Así la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 928/2002, FD 1.º, determina que "si la decisión de abrir periodo de información pública debe efectuarse 'del mismo modo' que aquella en la que se establece el procedimiento para llevar a cabo la audiencia de los ciudadanos afectados", entiende que "es claro que tal decisión debe ser motivada en función de la naturaleza de la disposición". Sigue afirmando la sentencia que, a diferencia de la audiencia pública, no sería necesario su motivación en el supuesto de que no se acuerde su realización al tener un carácter facultativo, interpretación jurisprudencial de la que disiento, porque siguiendo el razonamiento adoptado anteriormente, debe motivarse su no realización cuando el contenido de la disposición aconseje que se evacue, ya que de lo contrario se establecería una inadecuada preferencia entre trámites, debiendo atender a la finalidad de estos y al contenido del proyecto normativo en unos términos parecidos al argumentario dado en el Capítulo III para los informes facultativos.

lo aconseje" que se establecía en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de conformidad con el artículo 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958[1871]. Esta transformación se debe a la recomendación de la OCDE[1872] a España de que debería ampliar la utilización de la información pública a todas las propuestas, señalando que en otros Estados ha supuesto un instrumento que puede completar a otros procedimientos[1873]. Sin duda, esto supone un cambio en la consideración de los vicios derivados de su omisión o inadecuada realización, como se ha desarrollado en el Capítulo III. No obstante, ya existían procedimientos de elaboración de normas reglamentarias que no han sufrido transformación en cuanto a la obligatoriedad de la información pública, como el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales[1874], de los planes urbanísticos[1875] y los relacionadas con el medio ambiente[1876].

En cuanto al empleo de medios electrónicos para la realización de la información pública, debe señalarse que, al remitirse este trámite a toda la ciudadanía, existen personas físicas no obligadas a relacionarse electrónicamente, por lo que debe plantearse la limitación de situaciones de brecha digital. Así, sería conveniente que se estableciese la publicidad adicional en el diario oficial[1877] y la presentación de alegaciones en los registros físicos. No obstante, al no tener carácter básico, algunas Administraciones Públicas han aplicado lo establecido en el

1871 En este artículo se dejaba a juicio del Ministro correspondiente, siempre que la naturaleza de la disposición lo aconsejase, la apertura o no de este trámite, y que se fundamentaba, en último término, en evitar una avalancha de observaciones y sugerencias, aspecto que en realidad no ha sido tal. En la versión originaria de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, desapareció la mención al Ministro, pero seguía existiendo la expresión "cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje", que suponía un concepto jurídico indeterminado que denotaba, en cierta medida, una "discrecionalidad administrativa" expresa, lo cual corrobora la jurisprudencia existente hasta aquel momento, por ejemplo en las SSTS, Sala 3.ª ROJ n.º 2258 y 10031/1986, FD 5.º.

1872 Afirma la OCDE (2011 b: 101 y 102) que la "adopción de un requisito general que abarcaría la totalidad de las principales nuevas leyes y sus reglamentos derivados", incentivaría "tanto los valores técnicos de la efectividad de la política como los valores democráticos de la apertura y responsabilidad".

1873 Véase Abajo Quintana (1995: 74) que establece que sería "bueno extender al resto de las Administraciones Públicas precisamente esa obligatoriedad, que, si bien podría plantear problemas en un primer momento, sin embargo, seguro que con posterioridad dejaría de ser así", ante lo cual pone como ejemplo la experiencia en el ámbito local en el cual afirmó que en la práctica "el número de personas que comparecen en dicho trámite es sumamente escaso".

1874 Artículo 49.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que prevé un plazo mínimo para realizar el trámite de 30 días con el objeto de presentar las reclamaciones y sugerencias oportunas.

1875 La información pública cobra relevancia en virtud del contenido de la norma y la necesaria participación en la misma, estableciéndose así su carácter preceptivo, como determina la STS, Sala 3.ª, ROJ n.º 2782/2009, que en el FD 6.º establece (con apoyo en la STS de dicha Sala ROJ n.º 6902/2008) "la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en la tramitación de los planes urbanísticos, reiterando la fase de información pública si fuera necesario", lo cual deriva en última instancia, más allá de la normativa específica, del "artículo 105.a) de la Constitución", en el cual se "consagra (...) el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general".

1876 Artículo 16 de la Ley 27/2006, de 18 de julio (a esta Ley se remite el artículo 39 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, en relación con el cambio climático y la transición energética), referido a las "disposiciones de carácter general relacionad(a) s con el medio ambiente a los que se refieren los artículos 17 y 18" de dicha Ley, pero dicha limitación hay que interpretarla en un sentido amplio en relación a la defensa de la legalidad en vía contencioso-administrativa, lo cual tiene su aplicación en la participación funcional en el procedimiento de elaboración de normas, de conformidad con el criterio interpretativo quien puede lo más puede lo menos. Sobre el mencionado artículo 16, véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 1667/2014, FD 5.º.

1877 Véase Prieto Romero (2016: 359).

artículo 83 de la LPAC, en relación con los actos administrativos.

Respecto a la documentación que se pone a disposición de la ciudadanía en relación a la comunicación de la consulta, el artículo 7.e) de la Ley 19/2003, de 9 de diciembre, menciona expresamente a la información pública (y no a la audiencia) como documentación que habrá de incluirse como publicidad activa, afirmando que la legislación sectorial vigente debe determinar los documentos que durante su tramitación deben someterse a un periodo de información pública, como ya se ha comentado en relación al principio de transparencia. La documentación que deberá ponerse a disposición de las personas que quieran participar en el trámite atenderá al artículo 133.3 de la LPAC, como se ha comentado. No obstante, en todo caso, para que se produzca una mayor accesibilidad a la documentación, sería necesario, en mi opinión, tener acceso a todo el expediente de elaboración de la norma, incluida la documentación previa existente con anterioridad al acuerdo de inicio[1878], siendo esta interpretación la más adecuada con la necesidad de empoderamiento de la ciudadanía y con una participación de esta con conocimiento, dado el carácter funcional de la participación. La posición jurisprudencial tradicional (por todas, las SSTS Sala 3.ª ROJ n.º 1239/1996 y 2829/1997) ha determinado que la no realización de lo anterior puede no causar la nulidad con este trámite, siempre y cuando existan dudas inmotivadas o pruebas suficientes sobre la verosimilitud de la documentación que se ha sometido a información pública es la adecuada. No obstante, habría que reforzar, al menos, dicho criterio, determinando la necesidad de argumentar la Administración que con dicha actuación no se ha frustrado la adecuada realización del trámite.

En cuanto al momento para realizar el trámite, será aquel en el cual las decisiones estén en formación y sea posible analizarlas sin dificultad alguna, que coincidirá con el momento de realización del trámite de audiencia pública, cuando el texto del proyecto normativo esté lo suficientemente elaborado para evitar modificaciones sustanciales y la consiguiente realización de un nuevo trámite de información pública. Esta opción suele ser la adoptada, de forma general, en las regulaciones del ordenamiento jurídico español. Por otro lado, tanto el momento como los plazos y las veces de su realización se remiten a lo establecido para la audiencia pública, ciñéndonos a lo ya expuesto sobre esta[1879], teniendo en cuenta que para ambas debe suponer una modificación que altera profundamente el sentido real del texto del proyecto

1878 En todo caso, la documentación debe coincidir con la que consta en el expediente del procedimiento y debe estar actualizada en el momento de realización del trámite, emitiéndose diligencia al respecto como así demanda el Consejo Consultivo de Andalucía (véase dictamen n.º 578/2020, apartado III *in fine*).
1879 Por ejemplo, SSTS Sala 3.ª ROJ n.º 4004 y 15158/1993.

normativo atendiendo a su contenido, desvirtuándose de forma sustantiva el trámite[1880], siendo un supuesto excepcional necesario de interpretación restrictiva. En este sentido, la jurisprudencia viene admitiendo que la información pública será objeto de realización por segunda vez en relación con los nuevos aspectos, y no todo el proyecto original con las modificaciones añadidas[1881]. No obstante, no comparto dicho criterio, ya que entiendo que debe existir un conocimiento omnicomprensivo del texto por parte de los sujetos destinatarios del trámite, para que sea visto en su conjunto y vislumbrar los nuevos aspectos, además de facilitar la participación de sujetos que no lo hubieran hecho con anterioridad, evitando una situación de desigualdad, ya que en dicha primera vez se tuvo conocimiento del texto íntegro[1882]. Además, se debería tener acceso a los trámites por los cuales se modificó el texto o, por los menos, al informe de valoración de alegaciones, en virtud de los principios de transparencia, accesibilidad, publicidad, igualdad y buena administración. En todo caso, si la Administración correspondiente no quisiera hacer un segundo trámite de información pública, estando obligada a hacerlo, puede incurrir en causa de nulidad de pleno derecho, teniendo en cuenta la doctrina de los actos propios y de los principios de igualdad, eficacia, buena administración y participación, ante el deber de evacuar de nuevo el trámite.

Aunque este trámite se impulsa de oficio por parte de la Administración competente por razón de la materia, nada obstaría, al igual que la audiencia, a que la ciudadanía pudiese instar su realización, así como en el caso de que la Administración decidiese no evacuar el trámite, en cuyo caso la ciudadanía podría realizar observaciones. Este planteamiento tendría dos puntos controvertidos, esto es, el plazo para hacerlo, ya que no se ha establecido, y el hecho de que las observaciones sean tenidas en cuenta. En relación con la primera cuestión, podrían emitirse, en todo caso, antes de la aprobación de la norma, de conformidad con una interpretación a favor del principio de participación en virtud el artículo 9.2 CE, aun en contra del carácter de solemnidad del procedimiento y de sus trámites. Sin embargo, esta excepción estaría justificada por el carácter dinámico del análisis o evaluación de impacto normativo y el carácter de participación funcional y fiscalización que debe ser continua, entablándose un modelo de

1880 Al respecto, el Consejo de Estado (2012: 251) y (2014: 304) se remite a la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, al afirmar que no debe suponer el "resultado natural del proceso de tramitación" y que sea de importancia en cantidad o en calidad ("aunque sea un solo inciso"). Al respecto, véase las SSTS Sala 3.ª ROJ n.º 7285/2012, FD 2.º y 6626/2009, FD 5.º, de ahí la importancia de una adecuada realización del informe de valoración de alegaciones y de plasmar las mismas en la MAIN. Véase la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3998/1991, FD 3.º como ejemplo de una alteración relevante de la estructura orgánica y fundamental de las norma.

1881 Por ejemplo, la STS, Sala 3.ª ROJ n.º 3008/1999.

1882 Aspecto menos relevante con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y la LPAC, ya que establecen la publicidad electrónica en la web, para lo cual la documentación se podría acceder en esta, siendo pública.

diálogo con toda la ciudadanía[1883], en un marco del gobierno abierto y de la calidad normativa.

El segundo de los aspectos controvertidos sería el determinar si las observaciones emitidas, cuando no se ha realizado el trámite o se ha evacuado de forma tardía (más allá del plazo establecido), deben hacerse constar, junto con su aceptación o no y su motivación, para lo cual optamos por una postura favorable, ya que en la MAIN, tanto ordinaria como abreviada, deben recogerse "las consultas realizadas y observaciones recibidas" en dicho trámite, "así como su resultado y su reflejo en el texto del proyecto", de conformidad con lo establecido en los artículos 2.1.i)2.º y 3.2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, lo que debería hacerse extensivo a la motivación de la no aceptación de las observaciones realizadas en el trámite, aportando la legitimación ya comentada sobre el ejercicio del poder público.

Por último, comparecer en el trámite de información pública no hace que se adquiera la condición de persona interesada, como se ha expuesto al tener la participación un carácter funcional.

En resumen, el instrumento de información pública se regula con carácter básico en la LPAC, sufriendo una mutación en su naturaleza, de facultativa a preceptiva, y, además, una mayor asimilación al trámite de audiencia pública. En virtud de lo anterior, deben replantearse distintos aspectos de su realización, como es su ausencia o deficiente realización y una extensión de su objeto a los proyectos normativos con rango de ley, incardinándose el derecho de participación para estas como derecho fundamental plasmado en el artículo 23 CE, como se expuso para la audiencia. Pero, además, debe haber una revisión de su contenido, de su accesibilidad, comprensión y medios para su realización, intentando que todas las personas que deseen participar tengan un conocimiento suficiente sobre el asunto y puedan exponer sus quejas, sugerencias y observaciones, llevando a un nivel superior el ejercicio de la potestad pública normativa.

C) Instrumentos en el ejercicio de la participación activa ciudadana.

Para un determinado asunto o decisión pública se puede utilizar uno o varios de los

1883 En términos similares a la regulación negociada norteamericana, aunque esta se establece, fundamentalmente, con las partes interesadas, y tienen una mayor participación en la conformación de la decisión pública, suponiendo un salto cualitativo hacia la gobernanza regulatoria, véase, al respecto, Canals i Ametller (2019: 95) que afirma que el "diálogo" y "la interrelación constante" se establece en el marco del gobierno abierto, "en el que la transparencia pública y la participación ciudadana tienen un mayor significado tanto en la adopción de políticas públicas como en la aprobación de normas jurídicas".

instrumentos de participación activa, teniendo en cuenta que, en todo caso, debe establecerse una serie de requisitos al efecto, como son: en primer lugar, determinar el tiempo y los medios adecuados para llevarlos a cabo (a mayor tiempo y medios, mayor implicación ciudadana); en segundo lugar, tener una postura equilibrada y equitativa a la hora de seleccionar y utilizar estas herramientas como adecuadas al caso atendiendo a sus características; y en tercer lugar, prestar atención a la existencia de diferentes intereses y al papel del decisor público.

Entre los distintos instrumentos de participación se pueden encontrar, por ejemplo: la iniciativa normativa, la regulación negociada y otros sistemas de participación para facilitar los procesos de diálogo de los proyectos normativos[1884].

El instrumento tradicional de participación activa en nuestro ordenamiento jurídico es la iniciativa popular normativa, concretamente la legislativa. Pero, me centraré en la iniciativa ciudadana reglamentaria, al ser la menos tratada y más novedosa. Esta iniciativa se puede definir como aquel instrumento del derecho de participación activa que posee la ciudadanía, por el cual, siguiendo la normativa establecida al respecto, elabora y presenta una propuesta de iniciativa de norma reglamentaria sobre un determinado problema o necesidad al órgano competente para acordar el inicio del procedimiento administrativo atribuido en exclusiva al Gobierno *ex* artículo 97 CE, y, que se configura como una forma de participación de la ciudadanía en la formación de la voluntad del poder público.

Esta participación tiene un carácter administrativo, alejada de cualquier participación política, *ex* artículo 23 CE [que a su vez tiene su fundamento en el artículo 25.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], propia de la iniciativa legislativa popular, como afirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC n.º 119/1995, FJ 3, la cual se toma como modelo a seguir, en la mayoría de los casos.

En consecuencia, la iniciativa popular reglamentaria no se menciona expresamente en el

1884 Como pueden ser las comisiones tripartitas tradicionales, los grupos de trabajo mixto, los grupos de ciudadanos (conferencias de búsqueda de consenso y los jurados ciudadanos) y grupos de expertos. De los mencionados, existe una gran experiencia en España en las comisiones tripartitas, especialmente en el ámbito laboral (por ejemplo, en la modificación del artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores y la reforma de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal) donde se reúnen representantes sindicales y empresariales, así como del Gobierno, denominándose "concertación social", con funciones de consulta en la mayoría de ocasiones, debiendo cuidarse la imposibilidad de la captura del regulador de dichas organizaciones. El problema es su número restrictivo (aun teniendo un gran número de afiliados), perdiendo riqueza en sus opiniones. Con independencia de la adopción de cualquiera de las mencionadas, se debe permitir el acceso a los datos necesarios para su función y la existencia de un fuerte compromiso de la transparencia de dichas reuniones y publicar los resultados de la evaluación, que incluye el análisis y las recomendaciones al respecto.

texto constitucional, y su reconocimiento se produjo, con un carácter generalizado, en el ámbito local[1885] y en las Comunidades Autónomas, que sí han procedido a su regulación, en la normativa referida a la participación ciudadana[1886].

En las regulaciones mencionadas, la iniciativa ciudadana reglamentaria ejercida por los sujetos del ámbito territorial donde se quiere aprobar la norma, ya sea individualmente o de forma organizada, se configura como un derecho subjetivo a que la proposición sea presentada a los órganos que sean competentes, para poder adoptar o no el acuerdo de inicio del procedimiento y hacer suyo dicho texto. Debe distinguirse, pues, este derecho, que tiene una sustantividad propia, de una simple sugerencia o de un derecho de petición, antecedente en nuestro ordenamiento jurídico de dicha iniciativa. Los trámites de inicio están tasados, y si no se reúnen, es posible el rechazo del estudio por parte del Gobierno. Aun reuniendo los requisitos para que se tenga en consideración dicha iniciativa, el Gobierno no está obligado a resolver en el sentido establecido por la misma, ya que el órgano competente y legitimado es el poder ejecutivo, que goza de discrecionalidad al respecto. Además, el objeto susceptible de iniciativa ciudadana normativa debería ser distinto del de la ley reguladora de la iniciativa legislativa popular (que, por otro lado, se ha reducido con respecto a épocas anteriores[1887]).

En definitiva, queda camino para recorrer en relación con la participación ciudadana activa, como un paso evolutivo en el ejercicio de las potestades normativas, para llegar a una mayor legitimidad y a un carácter más democrático en estas potestades.

1885 Concretamente, en virtud del artículo 18.1.h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, el cual es desarrollado por lo establecido en el artículo 70 bis de dicha norma, ambos incorporados en virtud del artículo 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

1886 Así, se puede señalar, por ejemplo, en Andalucía el artículo 29 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, que trata de las "propuestas de iniciativas reglamentarias", y Cataluña en el artículo 70 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, que se asimila a la iniciativa legislativa popular.

1887 Además, en la Constitución se producen una serie de limitaciones en cuanto a las materias que son susceptibles de iniciativa legislativa popular, como puede ser, la reforma constitucional. Sin perjuicio de lo anterior, dicha reducción material se amplía en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, a los artículos 131 y 134.1 CE. Toda esta restricción tiene su fundamento en el contexto de la elaboración de nuestra Carta Magna, para evitar su utilización por determinados grupos para favorecer sus intereses, y, también por su asidua utilización en la época franquista, fortaleciendo el mensaje que la participación política se residenciaría, fundamentalmente, en los partidos, aspecto que deja de perder sentido actualmente, donde debe existir una mayor participación ciudadana como vaticinó Manuel Fraga Iribarne en los trabajos preparatorios de la Constitución, véase al respecto P. Ximénez de Sandoval (2011), «Manuel Fraga, el primer 'indignado' que exigió el referéndum», *El País*, accedido el 11 enero 2020, de https://elpais.com/politica/2011/08/29/actualidad/1314652835_522290.html. Volviendo a los trámites del procedimiento podemos distinguirlos en tres: la propuesta pública, el informe/propuesta y la resolución.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El punto de partida de esta investigación se ubica en la necesidad de dar respuesta a una situación de crisis del Estado legislador, en el sentido de reaccionar ante una excesiva regulación de la realidad consecuencia, entre otras cuestiones, de la consideración de la norma como solución fundamental ante las necesidades de la sociedad. En este contexto, las posibilidades de cambio vienen de la mano de la calidad normativa, entendida como la opción por la forma apropiada de regulación. Se trata de huir de posiciones maximalistas y críticas que la asocian con la desregulación, y que deslegitiman la calidad normativa y la gobernanza regulatoria.

La consecución de la calidad normativa exige el establecimiento de una serie de estándares o criterios al respecto que deben generalizarse para una adecuada medición, dentro de un enfoque de eficacia funcional del Derecho donde prima una mayor y mejor información sobre la realidad para conseguir la armonía del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas.

SEGUNDA: Este es el contexto de la racionalización en la decisión pública normativa, que supone un nuevo paradigma en la elaboración y posterior verificación de los postulados de los que parte la norma: contemplación de otras opciones posibles más allá de la normativa, en consonancia con los problemas o necesidades apreciadas y dirigido a la consecución del interés general, produciendo impactos positivos en el conjunto de la ciudadanía afectada. A todo esto, responde la definición de la evaluación de impacto normativo, como el proceso por el cual se recopila la información a los efectos de adoptar la mejor decisión posible de forma racional. Aunque no existe una definición unívoca de la evaluación de impacto normativo, de las múltiples definiciones existentes se pueden vislumbrar los distintos elementos que la conforman como un método de racionalización de la decisión pública que responde a un esquema lógico-técnico, que forma parte de la calidad normativa y que se considera un proceso. Su exigibilidad, en términos de contenido, puede estar predeterminado (o no) por el marco normativo existente, aunque presenta un carácter multidisciplinar al afectar a distintos aspectos de la realidad, para ayudar a adoptar una determinada decisión pública normativa por el poder ejecutivo o por el legislativo, facilitando el control de su discrecionalidad y coadyuvando en la participación ciudadana en las decisiones públicas.

TERCERA: Por otro lado, el proceso de evaluación de impacto de las normas ha tenido distintas denominaciones en el contexto internacional, y contempla distintos objetos dependiendo del mismo. Así, por ejemplo, en Estados Unidos responden a un concepto más amplio que el de normas, objeto

propio de España y los países del Derecho continental cercanos al mismo. No obstante, esta última predetermina su objeto, debiendo tenerse en cuenta otras soluciones alternativas a la misma, ya que, de lo contrario, el instrumento de calidad normativa sería contrario a su finalidad, para lo cual sería conveniente la realización de una evaluación previa.

CUARTA: El origen de la evaluación de impacto normativo y de la calidad normativa se sitúa en los países del *Common Law*, cuya adopción responde a situaciones de crisis en distintos ámbitos. Así, su inicio se sitúa, más concretamente, en Estados Unidos en el cual confluye distintas ramas científicas, como el realismo, con una búsqueda de la eficacia funcional del Derecho, alejándose de su concepción formalista, abierta más allá del Derecho, donde existía una gran influencia del ámbito privado hacia lo público, especialmente en el ámbito de las grandes infraestructuras. A mediados del siglo pasado y concretamente en los años 70, se consolida el Análisis Económico del Derecho como elemento a determinar la importancia del Derecho en la economía. En ese contexto de claro carácter neoliberal, se introduce distintos movimientos en la gestión pública como una nueva forma de concebirla. La excesiva atención a los fallos del mercado y la constante intervención pública en la sociedad conllevan una tendencia contraria de crítica basada en la necesaria consideración de los fallos del Gobierno en su gestión, con la consiguiente reducción de la intervención pública. Este pensamiento alimentado en el ámbito universitario se traslada a la sociedad y al poder público. Así, las distintas Administraciones previas a la Administración Reagan establecen una serie de acciones públicas en el sentido de implantar el Análisis Económico del Derecho, aspecto que se consolida de forma generalizada por esa Administración. Desde este momento, el Análisis Coste-Beneficio se utiliza como metodología de decisión pública en la mayoría de los supuestos, generando una fuerte corriente crítica por la doctrina y la jurisprudencia sobre su carácter excesivamente economicista y la dificultad que supone, en consecuencia, su aplicación a determinados bienes (por ejemplo, medio ambiente y salud). Junto con ello, se establece un análisis de exigencia de los impactos de las reglas en un ejercicio de prognosis en su aprobación, atendiendo a determinados criterios con una serie de características. Las distintas Administraciones posteriores, ya sean del partido republicano o demócrata, han seguido su estela con cambios cada una de ellas que responden a esquemas propios: así la republicana centraliza el control sobre las agencias, inciden en una mayor simplificación normativa y de cargas administrativas y priorizan en el Análisis Coste-Beneficio que los ingresos deben ser superiores a los costes. En cambio, las Administraciones demócratas prestan mayor atención a la participación de las distintas agencias en las decisiones, en la necesidad de potenciar el análisis de los impactos internacionales de su regulación y la afectación de las normas de otros Estados en las empresas norteamericanas, los impactos distributivos, una profundización en las evaluaciones de impacto posteriores y en una mayor aplicación de otras metodologías de decisión,

más allá del Análisis Coste-Beneficio, sin perjuicio de su aplicación atendiendo a que los costes compensen a los ingresos. Al respecto, de las Administraciones de este color político hay que resaltar a la Administración Clinton, que les dio un aire renovado a las políticas de Reagan que estaban adquiriendo un marcado carácter económico y desregulatorio.

Así, Estados Unidos se ha convertido un referente para Europa, especialmente en el Reino Unido, donde el estudio de la redacción de las normas ha sido una constante tradicional. Así, Margaret Thatcher abre un camino hacia la calidad normativa, focalizado en la eliminación de barreas económicas. Ante las críticas de su carácter desregulador y economicista, se abre la tercera vía con la llegada como primer ministro de Tony Blair, en cuyo periodo incide en el punto intermedio entre las políticas regulatorias intensivas y las desregulatorias. A partir de aquí, se afianza el regular de forma adecuada y conveniente, prestando especial atención a los distintos impactos, especialmente a las pymes, al instrumento de evaluación de impacto normativo *ex ante* y *ex post*, la participación ciudadana y la reducción de cargas administrativas. A estos efectos, en el Gobierno británico se han aprobado distintos informes e instrumentos de derecho blando que han generado el afianzamiento del cambio de mentalidad necesario para su aplicación, siendo un hito fundamental la aprobación de los principios de buena regulación. No obstante, y alejándose de dicha postura, los gobiernos posteriores se han preocupado, especialmente, de la reducción de cargas administrativas (por ejemplo, la regla uno dentro y otro fuera, que se han aumentado a lo largo del tiempo en una mayor reducción) y de los instrumentos necesarios para dar una mayor previsión y seguridad jurídica a las empresas (por ejemplo, las fechas comunes de inicio). Así, se ha alimentado los aspectos perjudiciales de la normativa comunitaria, aspecto que no ha dejado ver su necesidad y adecuación en mi opinión, en un giro que ha conllevado su salida de la Unión Europea.

QUINTA: Por otro lado, en el Derecho europeo continental ha existido un movimiento hacia la calidad, pero no siguiendo los patrones del *Common Law*, aunque posteriormente se ha tendido a ello por clara influencia de la Unión Europea y de los gobiernos británicos. El referente en los inicios de la calidad normativa es Alemania, aspecto que tiene una gran trascendencia en la España de los años 80 y 90 del siglo pasado, centrándose de forma inacabada en aspectos concretos de la calidad regulatoria, como es la técnica normativa. Esa influencia se deja sentir no solo en España, sino en aquellos países de cierta semejanza como es el caso de Francia, donde existe una percepción de la calidad normativa similar a España, diferenciándose en aspectos idiosincráticos: su percepción anticipada; la necesidad de realizar un periodo previo para probar la evaluación de impacto normativo; su desarrollo relacionado con la necesidad de luchar con la complejidad normativa, especialmente con el número de normas, para lo cual se potencia la codificación; así como la aplicación de la

evaluación de impacto normativo a las normas con rango de ley, en virtud de la modificación de la Constitución de la V República. No obstante, la falta de aplicación de las cargas administrativas y de un método contrastado y definido, así como la ausencia de aplicación de la evaluación *ex post*, junto con una inadecuada consideración de los impactos y de la aplicación de los procesos de evaluación, así como de la ineficacia en la consecución de una participación sustantiva y la necesidad de un necesario control y sus consecuencias, lastran su camino hacia la calidad normativa.

En Italia, aun encontrándose similitudes con el modelo francés, ha prevalecido una mayor convicción en el afianzamiento de la calidad normativa, especialmente en los años posteriores a su recepción y prueba de ello es que en el país transalpino se regulan los procesos de evaluación, en especial el *ex post* (siendo de los países europeos que han alcanzado un mayor desarrollo), y la necesaria participación, así como la puesta en común entre el Estado y las regiones italianas de las distintas actuaciones como banco de intercambio de buenas prácticas en un país descentralizado como es.

SEXTA: La Unión Europea, como ya he mencionado, ha tenido una importancia capital en la adopción por los países del Derecho continental de las instituciones propias del *Common Law*. En un primer momento, y debido a los rasgos distintivos de la propia Unión, se ha establecido la mejora regulatoria desde la adecuación de los principios de necesidad y proporcionalidad, especialmente referenciados a la propia Unión. No obstante, con el paso del tiempo, la Mejora Regulatoria se ha convertido en una prioridad de primer orden de las Instituciones comunitarias, principalmente de la Comisión, movidas, especialmente, en la primera década del 2000 por la reducción de las cargas administrativas. Sin embargo, con el devenir se ha perfeccionado el sistema, yendo más allá de las políticas de la Unión y determinadas normas principales, considerando, además, a las evaluaciones de impacto como mecanismos para garantizar la objetividad (estableciendo, a tal efecto, un órgano que lo fiscalice), las cuales contienen una clasificación de impactos, allende de los económicos (incluyéndose los sociales y el medio ambiente), una metodología de aplicación de reducción de cargas administrativas y la adecuación a la gobernanza en un contexto de continuo cambio a las nuevas tecnologías. Así, la mejora regulatoria tiene un hito fundamental en el Informe Mandelkern que ha sido punto de referencia para distintos Estados, como es España.

La calidad normativa se ha convertido en imprescindible en la Unión Europea y los distintos Estados que la conforman por la actuación de la OCDE, que con sus distintos informes ha generado la necesaria información y comparación para una mejora en la aplicación de la calidad normativa en su camino hacia la gobernanza regulatoria, como ha sido el caso de España.

SÉPTIMA: De las distintas clasificaciones de la evaluación de impacto normativo establecidas a nivel internacional, la más común es la que atiende al momento temporal de su realización. Así, la evaluación *ex ante* es más común, la *ex post* es la más tardía, aunque, poco a poco, se va generalizando su realización (a diferencia de la prospectiva que está plenamente implantada), siendo un instrumento de verificación necesario para completar el círculo regulatorio, puesto que genera información relevante sobre la prognosis realizada, siendo conveniente que ambas respondan a esquemas similares (principios, objetos, necesidades, impactos, instrumentos de medición), con leves diferencias. Además, otro aspecto de importancia, al respecto, es la determinación de un plazo para su realización suficiente para que produzcan los impactos y efectos indicados.

En otro orden de cosas, la determinación de la evaluación de impacto normativo como un proceso concurrente y diferenciado del procedimiento de elaboración de normas conlleva la determinación de sus distintas fases, ocupando un lugar de importancia los principios de buena regulación, al guiar el proceso para conseguir su finalidad. Al respecto, se pueden adoptar distintos modelos que pueden responder a preguntas o principios propiamente, que pueden estar o no determinados normativamente, para lo cual es necesario distinguirlos de otras figuras similares como las reglas.

OCTAVA: Entre los elementos esenciales de la evaluación de impacto normativo se encuentran los impactos e indicadores, la reducción de cargas administrativas, los métodos de evaluación y la participación. En relación con los primeros, se trata de determinar aspectos de la realidad que hay que tener en cuenta en la evaluación (más allá de un predominante componente económico), que son determinados desde el convencimiento por los poderes públicos normativos de su incidencia en los problemas de necesaria atención y que tienen una estrecha conexión con la eficacia funcional del Derecho. Los impactos deben medirse con los distintos indicadores establecidos concretamente para cada uno de los impactos atendiendo a las circunstancias del caso. Por otro lado, es necesario distinguir los impactos de otros conceptos afines como los resultados inmediatos y finales.

En segundo lugar, la reducción de cargas administrativas ha sido el gran motor de cambio en la adopción de la calidad normativa y de la evaluación de impacto normativo y lo que conecta directamente con el Análisis Económico del Derecho en un contexto de simplificación administrativa, evitando los costes que generan determinadas obligaciones de información que impone la normativa, especialmente a las empresas, produciendo un aumento del tiempo y de los esfuerzos empresariales en otros ámbitos más productivos. Para esto es necesario su identificación, medición y mantenimiento, su modificación o reducción, siguiendo un procedimiento al respecto. De esta manera, para la

medición existen dos metodologías implantadas de aplicación en Europa como son: el modelo de Costes Estándar, cuyo origen se sitúa en los Países Bajos, adoptado por la mayoría de los países europeos con leves adaptaciones, y el Modelo de Costes Estándar adaptado a la Unión Europea. La metodología de medición de las cargas debe diferenciarse de la metodología de decisión pública, como es el Análisis Coste Beneficio en Estados Unidos, que sería el tercer de los elementos reseñados y que supondría un salto evolutivo superior de los Estados europeos acercándose a una auténtica racionalización de la decisión pública normativa, no solo para la evaluación *ex ante*, sino, también, para la *ex post*.

En cuanto a la participación, se debe insistir en su importancia, precisándose una posición de bidireccionalidad entre el poder público y la ciudadanía, evitando el déficit democrático y su alejamiento de las decisiones públicas, en un ejercicio de adecuada corresponsabilidad del poder. Para esto, es necesario incidir en los instrumentos que aseguren el acceso a la información como los portales de transparencia, y arbitrar mecanismos necesarios para una adecuada y completa participación, atendiendo a los sujetos, plazos, momentos (en todas las fases de evaluación de impacto) y opiniones tenidas o no en cuenta y su motivación.

NOVENA: Al hilo de lo anterior, la calidad normativa en España no ha tenido una presencia constante hasta los años 80 del siglo pasado, aunque centrada en el aspecto formal de la redacción de las normas y con marcada influencia extranjera, como se ha comentado. Sin embargo, no es hasta a comienzos del siglo XXI y por la influencia de la Unión Europea, cuando se abre camino definitivamente a través de la mejora regulatoria, alcanzando en España el punto de inflexión con la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. No obstante, esto se produce de forma equívoca, como mencionó el Consejo de Estado, al asimilar la documentación preparatoria del expediente de elaboración de normas con la MAIN, representando aspectos distintos de una nueva concepción del procedimiento. Esa asimilación inadecuada, para salvar la legalidad de lo previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no queda ahí, estableciéndose, posteriormente, una guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que va más allá de los postulados del mencionado Real Decreto que desarrolla, y que, en cierta manera, intenta salvar dicha deficiencia.

Posteriormente, sin perjuicio de la aprobación de distintas normas e instrumentos jurídicos que afectan a la calidad normativa (por ejemplo, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley de garantía de la unidad de mercado y la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), se aprueban las Leyes Siamesas, movidas por el

contexto de crisis económica y de valores existentes por aquel entonces, lo que impulsa la necesidad de un nuevo modelo de concebir las decisiones públicas normativas. Así, en virtud de lo anterior, se intenta remediar el error del precedente inmediato, la LES, estableciendo en el título VI de la LPAC la regulación de la calidad normativa para todas las Administraciones públicas en un ejercicio de mayor determinación de contenidos, y la modificación por la LRJSP de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, adaptándolo a esa nueva realidad normativa que consolida a la calidad normativa como una prioridad política gubernativa. Sin embargo, el avance es relativo, puesto que se adopta una visión monolítica centrada en el procedimiento administrativo y no completa de la propia institución. No obstante, el desarrollo reglamentario posterior de las leyes examinadas ha intentado revertir o compensar esta situación.

DÉCIMA: En ese contexto, las Comunidades Autónomas han seguido dos modelos distintos al respecto: por un lado, el de mimetismo con lo realizado por la Administración General del Estado; y, por otro lado, una regulación más amplia integrando instrumentos alejados propiamente del procedimiento, pero relacionados con la institución del poder público normativo como la transparencia, la participación y el buen gobierno, acercándose a la gobernanza regulatoria propugnada por la OCDE.

UNDÉCIMA: Los títulos competenciales estatales aducidos para aprobar el título VI de la LPAC, rechazados en su mayoría por el Tribunal Constitucional en virtud de la STC n.º 55/2018, precisarían un enfoque diferente, con el que otorgar preeminencia al título relativo al procedimiento administrativo común, además de dar entrada a consideraciones económicas, en línea con los postulados de la Unión Europea y de la OCDE.

A mayor abundamiento, la regulación del procedimiento administrativo común en la elaboración de normas es una necesidad, ya que desde la STC n.º 15/1989, se ha desapoderado de un instrumento necesario a la Administración General del Estado, para la regulación general del procedimiento de elaboración de normas, al aplicar de forma equívoca conceptos preconstitucionales a una nueva realidad. Así, el Tribunal Constitucional por la vía de su jurisprudencia posterior a la mencionada, abrió un camino para corregir su pronunciamiento sobre la competencia exclusiva autonómica del procedimiento administrativo especial de elaboración de normas, con la consecuencia de desnaturalizar distintos trámites del procedimiento como elementos para configurar un título estatal relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Además, la asociación del ejercicio de potestades públicas normativas como acción de políticas públicas está fuera de toda duda, pero no puede ser utilizado como argumento para alejar el Derecho de su aplicación: no es asumible

la idea de que el procedimiento común se conecte con los actos administrativos y, sin embargo, esté tan cuestionada en el ámbito de la potestad normativa, que se ve privada, así, de otras garantías.

DUODÉCIMA: Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe partir de la necesidad de poner en el centro de la regulación a la ciudadanía y no a las Administraciones Públicas, y la necesaria interpretación de las consecuencias económicas y hacendísticas de la calidad normativa y del contenido de la regulación del título VI, sin perjuicio de otros de necesaria determinación y que no se han plasmado. Además, la interpretación del Tribunal Constitucional denota una inadecuada asimilación de conceptos que se encuentran fuera del procedimiento de elaboración de normas, con el efecto de generar una cierta dispersión normativa que precisa de un cambio de rumbo en la jurisprudencia.

Al hilo de lo anterior, en la STC n.º 55/2018, respondiendo a los argumentos del recurso de la Generalidad de Cataluña, se le ha intentado negar distintos aspectos del procedimiento de elaboración de normas: así, en primer lugar, la necesaria consideración de potestad pública en la aprobación de normas y en el ejercicio de la iniciativa legislativa por el Gobierno, aspecto ineludible para afianzar la necesaria y constante juridificación de su ejercicio. En segundo lugar, respecto a la consideración del procedimiento se vuelve a una posición regulatoria anterior a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, estableciéndose como una amalgama de trámites sin un orden, afectando a la solemnidad del procedimiento que tiene su razón de ser en la adecuada formación de la voluntad del órgano en adoptar la decisión pública en clara conexión con la finalidad de los trámites y el propio procedimiento, recopilando y sistematizando la mayor y mejor información en aras del principio de proporcionalidad y de buena gobernanza, sin perjuicio de que debe responder, además, a lo dispuesto por el poder legislativo y ejecutivo, en aplicación estricta del principio de legalidad. En tercer lugar, junto con los trámites y acciones que conlleva el procedimiento, se presta especial atención a los impactos, lo cual conlleva un replanteamiento como elementos de necesaria consideración y conexión con los procesos de evaluación de impacto normativo, lo que supone un salto cualitativo, ya no solo en los vicios de nulidad del pleno derecho y la necesaria consideración de los trámites e impactos a la finalidad reseñada del procedimiento, sino en la consiguiente necesidad de una adecuada exigencia a la Administración en la racionalización de la decisión pública, prestando atención no solo a la ausencia de información al respecto, sino en los defectos de la misma, produciéndose una inversión de la carga de la prueba que se traslada del recurrente a la propia Administración, lo que debe conllevar el afianzamiento de mayores elementos de control por parte de la ciudadanía.

También, hay que resaltar el carácter administrativo del procedimiento de elaboración de normas

reglamentarias y en el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno, debido a que se residencia casi la totalidad de los trámites en la vía administrativa, aspecto que también se produce en el ejercicio de la potestad normativa del Gobierno al aprobar normas con rango de ley, sin perjuicio de sus diferencias con las anteriores potestades. Así, el legislador estatal ha unificado la regulación del *iter* procedimental de los proyectos normativos del Gobierno. Por otro lado, los distintos Parlamentos en su ejercicio de la potestad legislativa, deben tener en cuenta estos trámites e impactos elaborados por el Gobierno, ante una falta de constancia de sus reglamentos parlamentarios o normas constitucionales o estatutarias de su necesaria consideración, lo cual debe generar un cambio de postura en el Tribunal Constitucional sobre la calidad normativa, no identificándose con una visión meramente formal y sin afectación a la decisión pública, sino como elemento necesario de la misma.

DÉCIMO TERCERA: La calidad normativa y la evaluación de impacto normativo han supuesto la juridificación de la decisión pública, lo que ha incidido en una reducción necesaria de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad pública normativa, afianzando no solo el aspecto interno (cómo se forma la decisión), sino el externo (cómo se manifiesta), enriqueciéndose no solo con aspectos propiamente del Derecho, sino de otras ciencias, en un ejercicio de contemplación multidisciplinar de la realidad. La necesidad de mayor y mejor información y su constante plasmación en la documentación del expediente, conlleva que, aunque no sustituye a la decisión pública normativa, el ejercicio de la discrecionalidad asociada a esta potestad se reduce o condiciona aún más si cabe, por ejemplo, con la limitación de opciones a las contempladas y a la necesidad de una adecuada justificación en clara conexión con la realidad de los hechos, todo ellos no solo como elementos de control del poder público por parte de la ciudadanía, elementos consustancial de toda democracia, sino de una mejor decisión. El proceso de democratización descrito se proyecta, así, sobre una construcción de gobernanza regulatoria imprescindible en la actualidad, cuando de regular (o no) se trata.

DÉCIMO CUARTA: No existe una definición normativa de lo que se entiende por evaluación de impacto normativo en el ordenamiento jurídico estatal. Con todo, y atendiendo al momento de su realización, cabría distinguir entre evaluación de impacto normativo prospectiva y retrospectiva. Esta clasificación, sin embargo, puede considerarse incompleta, ya que habría que incluir una evaluación previa al inicio del procedimiento de elaboración de normas. En la normativa estatal se denominan de forma diferenciada, ya que la evaluación *ex ante* se identifica con el análisis de impacto normativo y en el caso de la *ex post,* se mantiene el término evaluación. Este último debería ser la denominación imperante en todo caso, ya que nos encontramos con procesos dinámicos que conllevan una serie de actuaciones más allá de ejercicios analíticos concretos. Esto, sin embargo, entra en contradicción con

la regulación de la retrospectiva, ya que finaliza en un informe, no recoge expresamente su consideración de proceso y se detecta la falta plasmación de los instrumentos de participación ciudadana en el mismo.

Otro de los elementos que denotan lo inadecuado de su denominación es la mención al carácter normativo del análisis o evaluación de impacto, ya que supone una predeterminación del objetivo normativo, como ya se ha comentado, aspecto que entraría en contradicción con su finalidad, lo cual manifiesta una preferencia sobre las normas como objeto del proceso, aspecto que debería modificarse, introduciendo la evaluación de impacto previa.

Por último, la consideración de los impactos se ha plasmado en la regulación estatal de manera tal que debe favorecerse la creación de equipos multidisciplinares de trabajo en la evaluación, para la consecución de una mejor decisión racional del Gobierno, que no sólo va a nutrirse de los impactos jurídicos.

DÉCIMO QUINTA: La necesidad de la consideración de la evaluación de impacto normativo como proceso conlleva el análisis de las distintas fases y acciones que lo componen, reconociendo semejanzas y diferencias con el procedimiento de elaboración de normas, lo cual tiene claro reflejo en la regulación aplicable. De especial importancia, a estos efectos, es la determinación de la metodología de decisión, la cual debe ir más allá de una escasa mención al análisis coste-beneficio, pudiendo recogerse otros métodos ateniendo a las circunstancias que rodean a la decisión.

Esta concepción de la evaluación de impacto normativo como proceso se fundamenta en los principios de buena regulación, que en el ordenamiento jurídico español adoptan la forma de principios generales del Derecho positivizados, en consonancia con otras experiencias en el Derecho comparado como el Reino Unido. Estos principios tienen una especial trascendencia, ya que se proyectan sobre los distintos trámites e impactos. Debido a esta relevancia, su regulación se establece por legislación básica, reconociéndose un avance en la LPAC respecto de la LES, ya que se exige su justificación en la parte expositiva de la norma, sin perjuicio de la obligación establecida en los respectivos ámbitos -estatal y autonómico- de plasmarse en el expediente, como, por ejemplo, en la MAIN. Estos principios, consolidados por el legislador, son los característicos, respondiendo a la experiencia y a la comparativa con otros Estados, sin perjuicio de la aplicación de otros principios que están íntimamente relacionados con los reseñados, como, por ejemplo, responsabilidad, confianza legítima y participación ciudadana.

Por último, de la regulación establecida se echa en falta una mayor concreción y exactitud en el contenido y alcance de los principios. Así, entre otros aspectos, destacan la falta de identificación del principio de necesidad, entendiéndose más como un juicio de idoneidad; la no consideración del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y la complejidad en el acceso de la documentación que conforma el expediente.

DÉCIMO SEXTA: Sobre la base de la centralidad de los impactos en la implementación de la evaluación de impacto normativo, puede observarse en los últimos tiempos un aumento del número de impactos, que puede conllevar una medición de la realidad más omnicomprensiva, aunque con el riesgo de su atomización. Esta situación precisaría una adecuada clasificación de los impactos y su división en subimpactos, teniendo en cuenta la imprescindible relación de dependencia de estos últimos con el impacto del cual forma parte, produciendo su nulidad por deficiencia o ausencia del correspondiente subimpacto, como ya se comentó en el Capítulo III. La novedad es que, aparte del impacto normativo, denominación no establecida en la regulación estatal, y de la preferencia del aspecto económico, diferenciándose del ámbito presupuestario, se está prestando un mayor seguimiento a los impactos sociales. No obstante, se echa en falta la necesaria consideración de otros impactos en virtud de la incidencia que puede tener un proyecto en determinados aspectos de la realidad como pueden ser la corrupción, la salud y el impacto distributivo.

En otro orden de cosas, desde la perspectiva del sistema de fuentes, debe ser coherente la normativa estatal existente con el derecho blando, además de plantearse, en ambos, que la diferenciación de memorias con un contenido mínimo debe atender a la realidad a la cual afecta, y no la predeterminación de unos en todo caso, lo que conlleva un adecuado ejercicio de la afección del impacto en la realidad y el ejercicio sustantivo necesario de la motivación de los mismos, especialmente en la MAIN abreviada.

DÉCIMO SÉPTIMA: Siguiendo con los impactos, uno de los elementos incluidos son las cargas administrativas, aun cuando tienen una especial incidencia en el impacto económico, se ha establecido su diferenciación en la regulación. A lo anterior, hay que añadir la necesidad de establecer por normativa básica la metodología de aplicación de medición y reducción de cargas administrativas, cual es el método adaptado del Modelo de Costes Estándar denominado Método Simplificado de Medición de Cargas Administrativas y de su Reducción, más allá de su reconocimiento en derecho blando y en virtud de un ejercicio concertado entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Además, dicha metodología es susceptible de mejora, ya que debería clarificarse las fases de identificación, medición y, en su caso, reducción de las cargas administrativas, otorgando una mayor transparencia

al sistema, además de establecerse su actualización y concreción referido a las cuantías predeterminadas de lo que suponen las obligaciones de información de las cargas administrativas, atendiendo al momento temporal actual y a los distintos ámbitos territoriales.

Lo anterior, conlleva un ejercicio constante y adecuado de las cargas administrativas, con el compromiso del Gobierno para su aplicación y avance a otros costes más allá de aquellas, poniéndose, así, al nivel de otros Estados.

DÉCIMO OCTAVA: Por último, la participación es uno de los elementos de la evaluación de impacto normativo. Esta debe diferenciar entre la propia dirigida a la ciudadanía y a las Administraciones Públicas. Ambas han de afianzarse y desarrollarse, y las segundas deben regularse por normativa básica, lo cual generaría una mayor exigencia y, por ende, un incremento del conocimiento de los asuntos que le afectan, lo cual podría conllevar una reducción de la litigiosidad y de los problemas de aplicación normativa. Por otro lado, la participación ciudadana conlleva la introducción del elemento democrático en la evaluación de impacto normativo, acercando a la ciudadanía a la hora de tomar decisiones públicas. La regulación actual, aun suponiendo una mejora con respecto de la anterior, debe romper con las cadenas del pasado y adaptarse a los nuevos tiempos, huir de los neocorporativismos e ir más allá de la mera consulta hacia la búsqueda del necesario diálogo con la ciudadanía, poniendo de manifiesto y estableciendo las salvaguardas necesarias ante los grupos de presión, todo ello en un contexto de información exacta y previa, que conlleva un ejercicio de poder que transmite una mayor confianza en las instituciones y en el sistema democrático.

La normativa básica establece tres instrumentos de participación: uno novedoso como es la consulta pública previa, que es de necesario seguimiento para comprobar cuál va a ser su aplicación en el futuro inmediato y que hay que poner en relación con la evaluación previa, ya que la decisión del instrumento normativo está pendiente de adoptarse, de ahí el papel fundamental de la ciudadanía. La audiencia y la información públicas son dos instrumentos tradicionales y que este se asimila a ese en mayor medida, si cabe, con la LPAC, declarándose, de forma adecuada, su preceptividad en los mismos supuestos que la audiencia. Pese a su previsión en la LPAC, debe existir una mayor regulación de estos instrumentos y unas prácticas adecuadas que los alejen de aplicaciones rituales y meramente formales vacías de contenido y que deben conllevar el establecimiento de otras medidas que vayan en la dirección de la necesaria interrelación entre ciudadanía y poderes públicos. El salto cualitativo está, sin duda, en la consideración de la audiencia y la información públicas como derecho fundamental *ex* artículo 23 CE, si seguimos la interpretación del Tribunal Constitucional como política pública cuando se aprueban normas con rango de ley.

DÉCIMO NOVENA: En definitiva, sobre la evaluación de impacto normativo pivota un nuevo modelo de decisión pública, donde prima la racionalización, tecnificación y participación en un contexto de evaluación de las necesidades y problemas de la sociedad, enlazando el ejercicio de las políticas públicas con la aprobación e implementación de las normas. La necesidad de este proceso parte del convencimiento de un modelo de regulación inadecuado, el cual debe mejorarse teniendo en cuenta los mecanismos de información sobre las necesidades sociales, los objetivos e impactos de la regulación en distintos ámbitos de la realidad, estableciéndose una serie de medidas que se consideran necesarias para alcanzar la calidad de la regulación, generando una política regulatoria con un enfoque social y cuyos objetivos sean realizables y adecuados a los problemas y necesidades, facilitando la fiscalización y el ejercicio responsable del poder, todo ello en un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias en aras de esta nueva forma de hacer gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

ABAJO QUINTANA, J. J. (1995). «La implementación de las normas. Las secuencias del proceso decisional», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A., (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 29-92), Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública.

ACKERMAN, S. R. (2013). «Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reformas del Derecho?», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 118-159), Sevilla: Global Law Press.

ACOSTA GALLO, P. (2016). «El interés general como principio inspirador de las políticas públicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, 41.

ADLER, M. D. y POSNER, E. A. (1999). «Rethinking Cost Benefit Analysis», 109, *Yale Law Journal* 165, págs. 167-247.

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES (2017). *Negotiated Rulemaking and Other Options for Public Engagement*.

AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS (2006). «Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar. Una traducción del International Standard Cost Model», *Papeles 6/2007*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.

- (2015). *Guía práctica para el diseño y la realización de evaluaciones de políticas públicas*, Madrid: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.

AGOUÉS MENDIZABAL, C. (2017). «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (págs. 361-410), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J. (1984). «Veinticinco años de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias: un análisis prospectivo», *Revista de Administración Pública*, 103, págs. 141-183.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Barcelona: Librería Bosch.

ALBI IBAÑEZ, E. (1976). *Hacienda Pública I (teoría y política fiscal)*, Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

ALEMANNO, A. (2013). «El régimen jurídico de la evaluación de impacto ante los tribunales europeos», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 259-310), Sevilla: Global Law Press.

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- (1997). *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa.

- (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALFONSO X. (1843). *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López* (Tomo I, que contiene la partida 1 y 2), Madrid: Compañía General de Impresores y Libreros del Reino.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2006). «La proporcionalidad y el principio democrático: presupuestos e implicaciones de un debate constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, 68, págs. 131-150.

ALLIO, L. (2007). «Better regulation and impact assessment in the European Commission», en KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D. (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 72-105), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar.

- (2010). «Panorámica sobre las prácticas europeas para evaluar los impactos de las políticas públicas», presentación en el Seminario: *Introduction to Regulatory Impact Assessment*, Tblisi.

ALONSO TIMÓN, A. J. (1998). *Los ámbitos de la potestad reglamentaria independiente tras la promulgación de la Constitución Española de 1978*, tesis Universidad Complutense de Madrid.

- (2016). «La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 77 – 102.

ÁLVAREZ RENDUELES, J. R. (1986). «James M. Buchanan y la 'elección pública'», *El País*.

ALVIRA, F. (1991). *Metodología de evaluación de programas*. Madrid: CIS- Cuadernos Metodológicos.

ARAGÓN REYES, M. (2016). *Uso y abuso del Decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Madrid: Iustel.

ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2016). *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Universidad de Barcelona.

- (2019). «La consulta previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, págs. 97-111.

ARANA GARCÍA, E. (2013). «Uso y abuso del Decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 191, págs. 337-365.

ARENDT, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus.

ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. A. (2006). «Nota sobre la doctrina del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya en materia de técnica legislativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 209-214.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2017). «Participación pública y normas administrativas», *Almacén en Derecho*.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (1995). «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 85, págs. 5-26.

- (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.

AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (2013). «Introducción», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 11-66)*,* Sevilla: Global Law Press.

AVEZUELA CÁRCEL, J. (2009). «El impacto económico de la mejora de la regulación», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 184-200), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1984). «Artículo 103. La organización y la función pública», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, *tomo VIII*, Madrid: EDERSA.

- (1987). «Comentario al artículo 15», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía* (págs. 389-395), Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas e Instituto de Estudios de Administración Local.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2003). «Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones que elabore el gobierno», *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico*, 14, Sevilla: Instituto de la Mujer.

BALDWIN, R. (2007). «Better regulation: Tensions aboard the Enterprise», en WEATHERILL, S., *Better Regulation* (págs. 27-48), Oxford y Portland: Hart.

BANCO MUNDIAL (2007). *Review of the Dutch Administrative Burden Reduction Programme*, *Doing Business*. Washington DC: Banco Mundial.

BAÑO LEÓN, J. M. (2015). «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados», *Documentación Administrativa*. *Nueva Época*, 2.

BARAK, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima: Palestra Editores.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1994). «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, págs. 495-538.

- (1998). «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 15-50.

- (2012). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública y Global Law Press.

- (2015). «El procedimiento administrativo. Análisis histórico y comparado», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.), RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (dir.) Y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M. C. (coord.), *Curso de Derecho administrativo iberoamericano* (págs. 203-294), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

BARRIO ANDRÉS, M. (2015). «La Secretaría General Técnica: un órgano con un horizonte muy prometedor para la reforma administrativa», *Documentación Administrativa*, 2.

BASSANINI, F., PAPARO, S. Y TIBERI, G. (2005). «Qualità della Regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione», *Astrid-Rasegna*, 11.

BAUGUS, B. Y BOSE, F. (2015). *Sunset Legislation in the States: Balancing the Legislature and the Executive*, Washington: Mercatus Center, George Mason University.

BBC (2020). *Brexit: Boris Johnson says 'no need' for UK to follow EU rules on trade*.

BECKER ZUAZUA, F. (2006). «¿Qué hacemos con la regulación?», en VV.AA., *Marco regulatorio y unidad de mercado* (págs. 39-63), Madrid: Círculo de Empresarios.

BELADIEZ ROJO, M. (2010). *Los principios jurídicos*, Cizur Menor: Civitas.

BERMEJO LATRE, J. L. (2004). «Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 124, págs. 611-632.

BERMEJO VERA, J. (2010). «El principio de seguridad jurídica», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (págs. 73-109), Madrid: La Ley.

BERNARD, N. (2003). «Pour une évaluation législative qui réhabilite est effet qu'on dit pervers. L'exemple du logement», *Éthique et économique*, 1, págs. 1-20.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2009). *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios,* Madrid:

Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

BINDI, E. (2016). «Test de proporcionalidad en el «Age of Balancing», *Revista de Derecho Político*, 96, págs. 291-330.

BISHOP, I. (2019). «Better Regulation – The UK Experience», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 105-114.

BLACK, J. (2007). «Tensions in the Regulatory State», *Public Law,* págs. 58-73.

BLANQUER CRIADO, D. (1998). *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid: Civitas.

BOBBIO, N. (1986). *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica.

- (1991). *Teoría General del Derecho*, Madrid: Edición Debate.

BOIX PALOP, A. Y GIMENO FERNÁNDEZ, C. (2020). *La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València.

BOMBILLAR SÁENZ, F. M. (2011). «El sistema constitucional del Reino Unido», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7 (15), págs. 139-183.

BOQUERA OLIVER, J. M. (1960). «La publicación de disposiciones generales», *Revista de Administración Pública*, 31, págs. 57-94.

- (1999). «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 149, págs. 23-36.

BOTO ÁLVAREZ, A. (2012). «Nuevas razones para impulsar la simplificación jurídico-administrativa en Francia: desburocratización y reactivación económica», *Revista General de Derecho Administrativo*, 30.

BOURNE, R. (2017). «President Trump's "One-in, Two-out" Rule: Lessons from the UK», *Cato Institute*.

BOURNS, G., NOU, J. Y SHAPIRO, S. (2018). «Improving the Efficiency of the Paperwork Reduction Act», *The Regulatory Review*.

BOUSTA, R. (2011). «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 88, págs. 913-930.

BOZEMAN, B. (2000). *Bureaucracy and Red Tape*, Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

BRITO, J. Y WARREN, M. (2007). «Growth in Regulation Slows: An Analysis of the U.S. Budget for Fiscal Years 2007 and 2008», *Regulator's Budget Report*, 39.

BUCHANAN, J. M. (2005). «Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación», *Revista Asturiana de Economía*, 33, págs. 203-221.

BÜLOW, E. (1996). «Capítulo XIV La legislación», en BENDA, E., MAIHOFER, W., VOGEL, H. J., HESSE, K. Y HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional* (págs. 727-765), Madrid: Marcial Pons.

CABRESPINES, J. L. (2019). «Étude d'impact: mieux évaluer pour mieux légiférer», *Les Études du Conseil Économique, Social et Environnemental*, Journal Officiel de la République Française.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. (1988). «El principio de unidad de mercado en la Constitución española de 1978», *Anales de estudios económicos y empresariales*, 3, págs. 125-146.

CALSAMIGLIA, A. (1988). «Justicia, eficiencia y derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*,

1, págs. 305-335.

CALVO CHARRO, M. (1995). «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 137, págs. 239-272.

CALVO SOLER, R. (2003). *Uso de las normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona: Gedisa.

CANALS I AMETLLER, D. (2009). «Mejora normativa y reducción de cargas administrativas», *Informe Comunidades Autónomas*, 2009, págs. 43-67.

- (2014). «La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política pública de mejora regulatoria», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 343- 386), Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2016). «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación», en CANALS I AMETLLER, D. (ed. lit.), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación* (págs. 11-52), Girona: Documenta Universitaria.

- (2019). «Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 93-104.

- (2020). «Género y normas», en CANALS I AMETLLER, D. (dir.), *La evaluación de impacto normativo por razón de género* (págs. 15-34), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CANSINO MUÑOZ-REPISO, J. M. (2001). *Evaluar al Sector Público Español*, Punta Umbría: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Universidad de Sevilla.

CAPITANT, H. (1917). «Comment on fait les lois aujourd'hui», *Revue politique et parlementaire*, 1917/1, págs. 305-317.

CARLÓN RUIZ, M. (2010). «El principio de proporcionalidad», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (págs. 203-230), Madrid: La Ley.

CARNELUTTI, F. (1941). *Teoría general del Derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

CARRASCO DURÁN, M. (2005). «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª de la Constitución)», *Revista de Derecho Político*, 62, págs. 55-94.

CARRILLO DONAIRE, J. A. (2012). «Comentario al art. 31 en Comentarios al EAA», en PARDO FALCÓN, J. (Coord.), *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía, Tomo I* (págs. 500 - 515), Sevilla: Parlamento de Andalucía.

- (2016). «Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (págs. 19-77), Madrid: El Consultor-Wolters Kluwer,

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2010). «Ética pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, 181, págs. 9-37.

CAVALLO, L., COCO, G. Y MARTELLI, M. (2009). «Evaluating Administrative Burdens through SCM: Some Indications from the Italian Experience», *Working Paper Southern Europe Research in Economic Studies (Università degli Studi di Bari)*, 23.

CASADO CASADO, L. (2019). «El acceso a la información ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 53, págs. 90-157.

- (2020), «Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, págs. 29-45.

CASTILLO BLANCO, F. A. (2007). *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del Derecho*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

CAYGILL, T. (2019). *A critical analysis of post-legislative scrutiny in the UK Parliament,* Newcastle University.

CECCHINI, P. (1988). *The European Challenge*, *1992: The Benefits of a Single Market,* Aldershot: Wildwood House.

CENTERA SÁNCHEZ-SECO, F. (2016). «La formación en Legística: aún una asignatura pendiente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 20, págs. 263-291.

CERRI, A. (2013). «Imparzialita e buon andamento della p.a.», *Diritto on line*.

CHAPUS, R. (1992). *Droit Administrative Général*. *Tome 1*, París: Montchrestien.

CHIASSONI, P. (2016). *Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico*, ponencia del Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino.

CHINCHILLA MARÍN, C. (1999). *La desviación de poder*, Madrid: Civitas.

CIANCIARDO, J. (2004). «Modernidad Jurídica y Falacia Naturalista», *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 13, págs. 27-42.

CIERCO SEIRA, C. (2015). «Breves consideraciones sobre la regulación del informe en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 2.

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (1952). «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, 7, págs. 51-104.

- (1959). «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 30, págs. 105-130.

COASE, R. H. (1960). «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, págs. 18-91.

COGLIANESE, C. (2004). *E-Rulemaking: Information Technology and Regulatory Policy New Directions in Digital Government Research*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.

- (2012). «Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory policy», *Expert Paper,* 1, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2018). «Improving Regulatory Analysis at Independent Agencies», *American University Law Review*, vol. 67, 3.

COLLANTES SÁNCHEZ, B. M. (2012). *Evaluación del Impacto de Género en la normativa comunitaria, estatal y autonómica andaluza*, Universidad de Córdoba.

CONTICELLI, M. (2013). «Evaluación de las reformas nacionales mediante indicadores globales. Estudio de caso», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 183-207), Sevilla: Global Law Press.

CONTRERAS ORTIZ, M. M. (2016). «Una reflexión sobre la nulidad de pleno derecho y la inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 15-35.

CORTES GENERALES (1980). *Constitución española. Trabajos parlamentarios, vol. III*, Madrid: Cortes Generales.

CREWS JR., C. W. (2018). «Trump Exceeds One-In, Two-Out Goals On Cutting Regulations, But It May Be Getting Tougher», *Forbes*.

CRUZ VILLALÓN, P. (2003). «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», *Derecho Privado y Constitución*, 17, págs. 147-168.

CUBERO MARCOS, J. I. (2011). «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», *Revista de Administración Pública*, 184, págs. 121-156.

DE CASTRO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas.

DE FALCO, V. (2019). *Acción administrativa y procedimientos en el Derecho Comparado*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

DE FRANCESO, F. Y RADAELLI, C. M. (2007). «Indicators of regulatory quality», en KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D. (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 36-55), Cheltenham: Edgar Elgar.

DE LA CRUZ FERRER, J. (1988 a). «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 116, págs. 65-105.

- (1988 b). «Hacia la garantía jurisdiccional de la audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Poder Judicial*, 9.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L. (1978). «Los fines de interés público como "causa" y como "límite" de la competencia y como "medio" y "medida" de control jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 185, págs. 151-222.

DE MARCILLY, C. Y TOUILLON, M. (2015). «The "Better Regulation" programme: expertise over politics?», *European Issue*, 370, Fondation Robert Schuman.

DE MIGUEL GARCÍA, P. (1972). «La Legislación delegada en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos», *Documentación Administrativa*, 147, págs. 67-85.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2017 a). *Regulación*, Madrid: Marcial Pons.

- (2017 b). «"Better and Smart Regulation". Los principios de la buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público», en LAGUNA DE PAZ, J. C. (coord.), MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (hom.), DE LOS MOZOS TOUYA, I. (coord.) Y SANZ RUBIALES, I. (coord.), *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz, Tomo 1 El ser de la Administración Pública* (págs. 451-470), Madrid: Reus.

DEL HIERRO, J. L. (2013). «Legitimidad y legalidad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, págs. 179-186.

DEL PINO, E. (2004). *Los ciudadanos y el Estado. Las actitudes de los españoles hacia las Administraciones y las políticas públicas*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

DEL VECCHIO, G. (1958). *Sui principii generali*, Milán: A. Giuffré.

DELLIS, G. (2013). «Capítulo Séptimo: ¿Se le pueden enseñar al viejo sistema de Derecho Público nuevas técnicas?», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 227-257), Sevilla: Global Law Press.

DESANTES GUANTER, J. M. (1958). «La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa,* 7-8, págs. 43-56.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2012). «Eficacia administrativa», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2, págs. 145-151.

DESDENTADO DAROCA, E. (1999). *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona: Aranzadi.

DÍAZ, E. (1992). *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus Humanidades.

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2014). «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, págs. 1161-1177.

DIEZ SASTRE, S. (2018). «Las instituciones jurídicas de nuestro tiempo: los conceptos claves», *Almacén de Derecho*.

DIOS VIÉITEZ, M. V. (1988). «El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos ¿control o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 60, págs. 631-643.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2001). «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, págs. 59-106.

- (2002). *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2005). «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 167, págs. 97-145.

- (2014). «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública,* 195, págs. 99-133.

DONELAN, E. (2013). «Progresos y retos en el desarrollo y uso de la evaluación de impacto regulatorio en determinados países de la OCDE y de la Unión Europea», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 161-181), Sevilla: Global Law Press.

DROMI CASAS, J. R. (1986). *El Procedimiento Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

DUPRAT, J. P. (2007). «Répartition des compétences normatives et application de la loi», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 22, págs. 540-547.

DURÁN RUIZ, F. J. (2017). «Big data aplicado a la mejora de los servicios públicos y protección de datos personales», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 12, págs. 33-74.

DURAND CARRIÓN, J. B. (2012). «El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo en el mercado», *Vox Juris* (24) 2, págs. 97-124.

DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel.

ECKMAN, A. (2003). *Annotated Bibliography on Gender Mainstreaming and Analysis Resources for Health Programmers*, Pan-American Health Organization Gender and Health Unit.

EDELMAN, M. (1995). *The symbolic uses of politics*, Urbana: University of Illinois Press.

EGAN, M. (2001). *Constructing a European Market*, Oxford: Oxford University Press.

EISNER, N. (2018). «The Life and Times of Executive Order 12866», *Regulatory Studies Center, Columbian College of Arts & Sciences.*

EMERSON, B. (2018). «Using Plain Language to Draft Regulations», *The Regulatory Review*.

ENTRENA CUESTA, R. (2003). *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos.

ESTEPA MONTERO, M. (2004). *Régimen Jurídico y control jurisdiccional de los Reales Decretos Reglamentarios*, Universidad Complutense de Madrid.

ESTEVE PARDO, J. (2015). «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, 197, págs. 11-39.

EUROPEAN OBSERVATORY ON HEALTH SYSTEMS AND POLICIES (2007). *The Effectiveness of Health Impact Assessment. Scope and limitations of supporting decision-making in Europe*, WISMAR, M., BLAU, J., ERNST, K. Y FIGUERAS, J. (ed.), Copenhague: World Health Organization.

EVERYCRSREPORT.COM (2011). *Federal Rulemaking: The Role of the Office of Information and Regulatory Affairs.*

FASSBENDER, B. (1998). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 51-74.

FERNÁNDEZ DOLS, J. M. (1992). «Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa», *Revista de Psicología Social*, vo. 7, n.º 2, págs. 243-255.

- (1993). «Norma perversa: hipótesis teóricas», *Psicothema,* 5, Suplemento, págs. 91-101.

FERNÁNDEZ GALIANO, A. Y CASTRO CID, B. (1993). *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid: Universitas.

FERNÁNDEZ NIETO, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid: Dykinson.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. Y GARRIDO FALLA, F. (1995). *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid: Civitas.

- (2000). *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992 y 4/1999),* Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2015). «Capítulo II. La publicidad activa», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.), *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía* (págs. 55- 194), Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

- (2016 a). «Capítulo XIII. Publicidad activa: régimen general», en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.) Y VALERO TORRIJOS, J. (coord.), Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público (págs. 801-864), Valencia: Tirant Lo Blanch.

- (2016 b). «Información de carácter auxiliar o de apoyo ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?», *Revista española de la transparencia*, 3, págs. 80-87.

- (2017). «El derecho fundamental de acceso a la información pública», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*,

13, págs. 188-202.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2017). *El Derecho al acceso a la información pública en España*, Pamplona: Aranzadi.

- (2017). «Transparencia y buen gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 47

- (2018), «Transparencia y Buen Gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 48.

- (2021). «Transparencia y buen gobierno», *Revista General de Derecho Administrativo*, 57.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1991). *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Madrid: Civitas.

- (2012). «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, 187, págs. 141-170.

FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (1995). «La evaluación del Derecho», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 11-28), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

FLORIJN, N. (2008). «Quality of Legislation: A Law and Development Project», en ARNSCHEIDT, J., VAN ROOIJ, B. Y OTTO, J. M. (eds.), *Lawmaking for Development; Explorations into the theory and practice of international legislative projects* (págs. 75-89), Leiden: Leiden University Press.

FLÜCKINGER, A. (2007). «L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois», *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138, págs. 83-101.

FONT I LLOVENT, T. (2001). «El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, págs. 57-75.

- (2009). «Los órganos consultivos y la calidad normativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 133-150.

FRANCESCONI, A. (2006). «Legistica e altri approcci al miglioramento della regolazione», en FEBBRAJO, A., LA SPINA, A. Y RAITERI, M. (eds.), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia* (págs. 69-76), Macerata: Giuffrè.

FRANK, R. H. (2001). «Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?», en ADLER, M. D. Y POSNER, E. A. (eds.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives* (págs. 77-94), Chicago: University of Chicago Press.

FREIXES SANJUAN, T. (1990). «La Legislación Delegada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28, págs. 119-176.

FUENTES I GASÓ, J. R. (2017). «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 49-50, págs. 26-86.

FURLONG, S. R. (1995). «The 1992 Regulatory Moratorium: Did It Make a Difference?», *Public Administration Review,* vol. 5 no. 3*,* págs. 254-262*.*

GAEBLER, T. Y OSBORNE, D. (1993). *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York: Plume.

GALIANA SAURA, A. (2000). «La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Extranjería», *Anuario de filosofía del derecho*, 17, págs. 247-272.

GALLARDO ROMERA, E. (2016). «Novedades en materia de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria

introducidas por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 51-60.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1968). «Ley y Reglamento en España», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 81-140.

GAMERO CASADO, E. (2014 a). «La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 25-76), Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2014 b). «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado», *IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*.

- (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Granada: Comares.

- (2017), «Capítulo I. La estructura de la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público y sus criterios de aplicación», en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.) y VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (págs. 153-263), Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2021), «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en GAMERO CASADO, E. (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (págs. 49-151), Valencia: Tirant lo Blanch.

GANI A. (2015). «Clause IV: a brief history», *The Guardian*.

GARCÍA AMADO, J. A. (2000). «Razón práctica y teoría de la legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9, págs. 299-318.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2012). «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, 187, págs. 31-66.

GARCÍA CANALES, M. (2006). «Aportación al tema de la técnica normativa desde la perspectiva de los órganos consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 291-298.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1952), «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», *Revista de Educación*, 1 vol. II, págs. 143-148.

- (1958). «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 27, págs. 63-86.

- (1959 a). «Recurso contencioso administrativo directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, 29, págs. 161-185.

- (1959 b). «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 30, págs. 131-166.

- (1962). «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208.

- (1979). «La participación del administrado en las funciones administrativas», *Revista de Seguridad Social*, 4, págs. 11-23.

- (1980). «Estudio preliminar», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

- (1993). «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», *Revista de Administración Pública*, 130, págs. 205-219.

- (1999 a). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cizur Menor: Thomson Civitas.

- (1999 b). «La sentencia constitucional 118/1996, de 27 de junio, sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 y sus implicaciones de futuro», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, págs. 253-262.

- (2002). «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *Revista de Administración Pública*, 159, págs. 173-208.

- (2011). *Democracia, Ley e Inmunidades del poder*, Cizur Menor: Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo. I,* Cizur Menor: Aranzadi.

- (2017). *Curso de Derecho Administrativo II*, Cizur Menor: Civitas.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2000). «La iniciativa legislativa en la Constitución Española de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, págs. 57-91.

- (2005). «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, págs. 121-164.

- (2013). «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la elaboración de las leyes?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, págs. 199-236.

- (2018). «40 años de Técnica Legislativa», *Revista de las Cortes Generales*, 104, págs. 179-213.

GARCÍA LUENGO, J. (2001 a). «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)», *Revista de Administración Pública*, 154, págs. 203-242.

- (2001 b). *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.

GARCÍA LLOVET, E. (1993). «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, 131, págs. 61- 118.

GARCÍA MENGUAL, F. (2017), «Los informes de impacto en la infancia y adolescencia y en la familia: aplicabilidad en el ámbito normativo», *Revista Española de la Función Consultiva*, 27, págs. 149-173.

GARCÍA ROCA, J. Y MARTÍNEZ LAGO, M. A. (2015). «La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad Presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre», *Revista Española de Derecho Europeo*, 54, págs. 89-153.

GARRAUD, P. (1990). «Politiques nationales: élaboration de l'agenda», *L'Année Sociologique*, 40, págs. 17-41.

GARRIDO FALLA, F. (1958). «Ante el proyecto de Ley de Procedimiento administrativo», *Documentación Administrativa, 7,* págs. 45- 54.

- (1985). «Artículo 105», en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs. 1450-1454),

Madrid: Civitas.

- (1990). «Gobierno y Administración», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 67, págs. 321-328.

GARRIDO MAYOL, V. (2004). «Los vicios del procedimiento prelegislativo y su posible incidencia en la validez de la ley», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 15, págs. 321-337.

- (2006). «Técnica normativa en la elaboración de los proyectos de ley», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 131-152.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2006). «Calidad de las leyes y técnica legislativa. A propósito del cuestionario previo», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 41-96.

GAVARA DE CARA, J. C. (2018). «La corrupción política en la reforma constitucional y la lucha contra la impunidad del poder», en FREIXES SANJUÁN, T. Y GAVARA CARA, J. C. (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Segunda* (págs. 127- 159), Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

GAVARA ESTAÑOL, A. (2014). «La simplificación de procedimientos y la reducción de cargas administrativas en la Generalitat de la Comunitat Valenciana», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 431- 461), Valencia: Tirant lo Blanch.

GAYER, T., LITAN, R. Y WALLACH P. (2017). «Evaluating the Trump Administration's Regulatory Reform Program», *Center on Regulation and Markets at Brookings*.

GIANNINI, M. S. (1939). *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi,* R. Universita di Milano, Facolta di Giurisprudenza: Giuffré, Editare.

GIL RUIZ, J. M. (2013). «Nuevos instrumentos vinculantes para una ciencia de la legislación renovada: impacto normativo y género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, págs. 15-42.

GILLES DARCY, D. (2003). «Ley y Reglamento en la República Francesa», en ROSADO PACHECO, S. (coord.), *Derecho comparado sobre ley y reglamento* (págs. 121-150), Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2008). «Las leyes de acompañamiento y el problema de las "leyes ómnibus"», *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, págs. 525-565.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2010). «El principio de eficiencia», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (págs. 1255-1274), Las Rozas: La Ley.

GOLDBERG, E. (2018). «'Better Regulation': European Union Style», *M-RCBG Associate Working Paper Series*, 98.

GÓMEZ PUENTE, M. (1997). *La inactividad del Legislador. Una realidad susceptible de control*, Madrid: MacGraw-Hill.

GONZÁLEZ DE HERRERO FERNÁNDEZ, P., CASTRO PÉREZ, L. Y FARMER, M. (2006). «Una Metodología para la Medición de los Costes Administrativos: el Standard Cost Model», *Papeles 4/2006*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1963). «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *Revista de Administración Pública*, 40, págs. 9-31.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2012). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de*

las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ SALINAS, J. (1990). «Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 121, págs. 159-211.

GORE, A. (1994). *Un Gobierno más efectivo y menos costoso*, México: Edamex.

GRANADO HIJELMO, I. (2006). «Los Altos Órganos Consultivos y la calidad de las normas», *Revista Española de la Función Consultiva,* 6, págs. 181-208.

GRIFFI, F. P. (2007). *Le politiche della qualità della regolazione in Italia*, en Relazione al Convegno OECD-Formez, Roma.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. (2019). «Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales», en LÓPEZ RAMÓN, F. Y VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo* (págs. 191-201), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

GUASP DELGADO, J. (1971). *Derecho*, Madrid: Gráficas Hergón.

GUICHOT REINA, E. (2011). «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», *Documento de trabajo 170/2011, Fundación Alternativas*.

- (2012). «Proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuaciones de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, págs. 89-134.

- (2015). «Capítulo I. Aspectos Generales de la Ley», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.), *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía* (págs. 21-54), Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

GUILLEM CARRAU, J. (2015). «La mejora de los entornos normativos y la competitividad económica: el ajuste regulatorio (REFIT) de la UE», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 28, págs. 187-208.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2018). «Artículo 149.1.13.ª», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II (Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución)* (págs. 1336-1338), Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

GUTIÉRREZ CARRIZO, I. (2006). «Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico», en VV.AA., *Marco regulatorio y unidad de mercado* (págs. 121-149), Madrid: Círculo de Empresarios.

GUZMÁN NAPURÍ, C. (2002). «Una aproximación a la teoría del Public Choice y sus implicancias en los mecanismos de control estatal», *Derecho PCUP*, 55, págs. 223-243.

HAQUET, A. (2007). *La loi et le règlement*, París: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.

HARRIES, R. Y SAWYER, K. (2014). *How to run a country the burden of regulation*, Londres: Reform.

HART, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.

- (1998). *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HAURIOU, A. (1933). *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges Carré de Malberg, Sirey.

HENKEL, H. (1968). *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1988 a). *Metodología de la Ciencia del Derecho, Tomo I*, Madrid: Espasa Calpe.

- (1988 b). *Metodología de la Ciencia del Derecho, Tomo V,* Madrid: Espasa Calpe.

HERNÁNDEZ LAFUENTE. A. (1993). «Relaciones entre administraciones públicas», en AA.VV., *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* (págs. 61-72), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

HERNANDO NIETO, E. (1996). «Carl Schmitt y los desafíos al Estado constitucional», *Pensamiento constitucional*, 3, págs. 209-230.

HIERRO, L. (1998). «Justicia, Igualdad y Eficiencia», *Isonomía*, 9, págs. 129-171.

- (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.

HOGWOOD, B. W. Y GUNN, L. A. (1984). *Policy Analysis for the Real World*, Oxford: Oxford University Press.

HOLLAND, A. C. (2014). *Forbearance: Theory and Measurement in the Study of Enforcement Politics*, Junior Fellow, Society of Fellows, Harvard University.

HOLMAN, K. W. (2006). «The Regulatory Flexibility Act at 25: Is the Law Achieving its Goal?», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 33, 4, págs. 101-118.

HOLTZ-EAKIN, D. (2016). *Assessing the Obama Years: OIRA and Regulatory Impacts on Jobs, Wages and Economic Recovery*, American Action Forum.

HOPKINS, T. (2015). «The Council on Wage and Price Stability: A Retrospective», *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 6 (02), págs. 400-431.

HUMPHERSON, E. (2007). «Auditing regulatory impact assessment: UK experience», en KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D. (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 132-144), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar.

IANNUCCILLI, L. Y DE TURA, A. (2009). *Il principio di buon andamento dell'Amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*.

IBLER, M. (2005). «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51, págs. 5-22.

ICF INTERNATIONAL (2015). *ABR Plus Study. Final Report*, Luxemburgo.

ISSALYS, P. (2011). «Impact Assessment as a Means towards Higher Quality of Legal Norms: beware of Blind Spots», en MADER, L. Y TAVARES DE ALMEIDA, M. (eds.), *Quality of Legislation. Principles and Instruments* (págs. 208-217), Baden-Baden: Nomos.

IVÁÑEZ GIMENO, J. M. (2009). «Una primera evaluación de una política de reducción de cargas administrativas en España», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 311-372), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

JACOBS, C. (2007). «The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK», en KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D. (eds.), *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 106-131), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar.

JIMENA QUESADA, L. (2004). «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano,* 7, págs. 75-126.

JIMÉNEZ QUESADA, L. (2000). «La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 9 págs. 167-196.

JIMÉNEZ PLAZA, M. I. (2004). *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Barcelona: Atelier.

JOVER PRESA, P. (2006). «El control de la técnica legislativa por parte de los Consejos Consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 111-120.

KAGAN, R. (2003). *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press.

KAHNEMAN, D. (2014). *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. CHAMORRO MIELKE, J, Barcelona: Debolsillo.

KARPEN, U. (1986). «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, págs. 5-32.

KELLS, H. R. (1991). «The inadequacy of performance Indicators for Higher Education: the need for a more comprehensive and development construct», *Higher Education Management*, 2(3), págs. 258-270.

KEYNES, J. M. (2011). *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, traducción HORNEDO, E., Barcelona: Ciro.

KIRAT, T. Y MARTY, F. (2012). *Economía del Derecho y de la Regulación*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D. (2007). «Regulatory impact assessment: an overview», en KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* (págs. 1-16), Cheltenham y Northampton: Edward Elgar.

KRIELE, M. (2000). «Máximas para el arte de legislar, en III Jornadas del Derecho Parlamentario», en CAVERO GÓMEZ, M. (coord.), *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar abril 1988* (págs. 19-42), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

KOX, H. (2005). «Intra EU differences in regulation-caused administrative burdens for companies», *CPB Memorandum*, IV/2015.

KUHN, T. S. (1962). *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.

KÜNNECKE, M. (2007). *Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison*, Berlín y Heidelberg: Springer-Verlag.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2019). «Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 17- 49.

LAMBERT, A. Y BOULARD, J. C. (2013). *Rapport de la Mission de Lutte contre l'inflation normative*, París: Ministère de la Réforme de l'État de la Décentralisation et de la Fonction Publique y Ministère Délégué Chargé de la Décentralisation.

LARCHER, E. (1986). *L'initiative parlementaire en France*, París: Arthur Rousseau.

LA SPINA, A. (2002). «Expectations, process and outcome in the transfer of RIA; The Italian case, Paper delivered to the workshop on RIA in comparative perspective», *Future of Governance Programme of the ESRC*, Londres: Carr-Lse.

LAVILLA RUBIRA, J. J. (1998). «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno», *Revista de Justicia Administrativa*, 1, págs. 5-22.

- (2009). «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 17-29.

LAWSON, N. (1992). *The View From No. 11: Memoirs of a Tory Radical*, Londres: Bantam.

LIFANTE VIDAL, I. (2013). «Seguridad jurídica y previsibilidad», *DOXA*, 36, págs. 85-105.

LIND, E. Y AMDT, C. (2016). «Perceived Fairness and Regulatory Policy: A Behavioural Science Perspective on Government-Citizen Interactions», *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 6, Paris: OCDE Publicaciones.

LLEWELYN, A. (2020). «Brexit negotiator's brilliant point about 'why UK will have BETTER regulations than EU'», *Express*.

LOPERA MESA, G. P. (2005). «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, págs. 381-410.

LÓPEZ CALERA, N. (2010). «El interés público: entre la ideología y el Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, págs. 123 – 148.

LÓPEZ GARCÍA, P., ESTRADA GARCÍA, A. Y THOMAS BORAO, C. (2008). «Una primera estimación del impacto de las cargas administrativas en España», *Boletín Económico*, 7-8, págs. 81-92.

LÓPEZ GÓNZALEZ, J. I. (1988). *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto García Oviedo.

- (1998). «El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 143-158.

- (2014). «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 119-156), Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. Y ORTIZ RODRÍGUEZ, D. (2004). «Los indicadores de gestión y el control de eficiencia del sector público», *Revista española de control externo*, vol. 6, 18, págs. 189-220.

LÓPEZ MENUDO, F. (1992). «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, 129, págs. 19 – 76.

LÓPEZ RAMÓN, F. (1993). «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, 130, págs. 97-130.

LÓPEZ RODÓ, L. (1958). «Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa,* 8-9, págs. 17 - 24.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2004). «Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 164, págs. 331-348.

- (2006). «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 171, págs. 249-263.

MACCORMICK, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

MADER, L. (1980). «Efficiency, effectiveness and legitimation: criteria for the Evaluations of norms», *Ratio Iuris*, vol. 2.

- (1985). *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne: Payot.

MAGIDE HERRERO, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

MAÏA, J. (2013). «Panorámica sobre la práctica francesa de los estudios de impacto preparatorios de los proyectos de ley, después de la entrada en vigor de su nuevo marco constitucional y orgánico», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La Evaluación de Impacto Regulatorio* (págs. 209-225), Sevilla: Global Law Press.

MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005 a). «Desregulación, Estado social y proceso de globalización», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, págs. 239-263.

- (2005 b). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2009). «Calidad de las normas jurídicas y estudio de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, págs. 333-365.

MARTÍ SÁNCHEZ, S. (2006). «Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes», *Revista de las Cortes Generales*, 67, págs. 97-138.

MARTÍN CASALS, M. (1989). «La técnica de las Checklisten», en VV.AA, *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, *Serie de Técnica Legislativa 1* (págs. 253-290), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MARTIN CASALS, M. Y VIVER PI SUNYER, C. (2000). «¿Quién redacta las leyes?: Los modelos de redacción concentrada y de redacción difusa de los proyectos de ley», en CAVERO GÓMEZ, M. (coord.), *III Jornadas de Derecho Parlamentario. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (págs. 107-135), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

MARTÍN MORENO, J. L. (2004 a). «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas», *Memoria 2004 del Consejo Consultivo de Andalucía,* págs. 107-123.

- (2004 b). «Qualis erit Lex», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 113-126.

- (2007). «Función consultiva en los procedimientos de creación del Derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral», *Revista Española de la Función Consultiva*, 7, págs. 99-111.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1957 a). «La desviación de poder en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, 22, págs. 129-178.

- (1957 b). «El exceso de poder como vicio del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 23, págs. 83-178.

- (1993). «Reflexiones sobre "el Procedimiento Administrativo Común"», *Revista de Administración Pública,* 131, págs. 7–33.

- (1998). «De la simplificación de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 147, págs. 7-30.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1997). «Reflexiones de urgencia sobre el "Informe Nolan"», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11, págs. 149-164.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2016). «Capítulo X. La elaboración de los reglamentos», en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público* (págs. 307-344)*,* Sevilla: Universidad de Sevilla.

MARTÍNEZ RANGEL, R. Y SOTO REYES GARMENDIA, E. (2012). «El consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina», *Política y cultura*, 37.

MARTINO, A. A. (2008). «Como trata Italia de resolver el tema del Digesto», *AR: Revista de Derecho Informático*, 121.

MAZEROLLE, L. (2012). «Procedural justice, routine encounters and citizen perceptions of police: main findings from the Queensland Community Engagement Trial (QCET)», *Journal of Experimental Criminology*, vol. 8/4, págs. 343-367.

MCCOMBS, M. Y SHAW, D. L. (1972). «The agenda-setting function of the mass media», *Public Opinion Quarterly*, 36, págs. 176-185.

MCGARITY, T. O. (1992). «Some thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process», *Duke Law Journal*, vol. 41, n.º 6, págs. 1385-1462.

MCINERNY, R. (1982). *Ethica Thomistica*, Washington, D. C.: The Catholic University of America Press.

MEDINA ALCOZ, L. (2009). *La participación de los Entes Locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

MEDINA GUERRERO, M. (2017). «Artículo 7. Información de relevancia jurídica», en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (págs. 503-521), Madrid: Civitas.

MELERO ALONSO, E. (2004). «La «democracia orgánica» y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Revista de Estudios Públicos (Nueva Época)*, 126, págs. 237-264.

- (2005). *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Valladolid: Lex Nova.

MELLADO RUIZ, L. (2017). «Capítulo XXXII. Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público, vol. 1, tomo 2* (págs. 1929-1983), Valencia: Tirant lo Blanch.

MENDOCA, D. (1992). *Introducción al análisis normativo*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

MERINO MERCHÁN, J. F. (1983). «Rasgos definidores de la iniciativa legislativa prevista en el artículo 87 de la Constitución (I)», *Revista de Derecho Político*, 17, págs. 43-84.

MESTRE DELGADO, F. (2018). «Artículo 105», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I (Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución)* (págs. 1289-1315), Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

MIR PUIGPELAT, O. (2006). «El papel de los Consejos Consultivos en la calidad de las normas. Consideraciones de la Comisión Jurídica de la Generalidad de Cataluña», *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, págs. 161-170.

- (2012). «Procedimiento de elaboración de reglamentos y Better Regulation», en TORNO MAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas* (págs. 501-543), Madrid: Iustel.

- (2017). «¿*Better regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en VELASCO RICO, C. I. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público* (págs. 209-244), Madrid: Marcial Pons.

MOMIGLIANO, S. Y NUTTI, F. G. (2001). *La valutazione dei costi e dei benefici nell'analisi dell'impatto della regolazione. Analisi e strumenti per l'innovazione gli approfondimenti*, Soveria Mannelli: Rubbettino y Presidenza del Consiglio dei Ministri.

MONTESQUIEU (1845). *El espíritu de las leyes*, Madrid: Biblioteca Ausiliar del Jurisconsulto y Publicista.

- (1906). *El espíritu de las leyes Tomo I,* (versión al castellano) traducido por GARCÍA DEL MAZO, S., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

MONTORO CHINER, M. J. (1985). «La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 48, págs. 507-524.

- (1989). *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuesto de calidad de las normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- (1991). «Los presupuestos de calidad de las normas: adecuación al ordenamiento y factibilidad», en AA.VV., *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas* (págs. 87-101), Madrid: Comunidad Autónoma Madrid, Servicio de documentación y publicaciones.

- (2001). *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona: Atelier.

- (2002). «Técnica Legislativa y Evaluación de las Normas», *Anuario jurídico de La Rioja*, *2000-2001*, 6-7, págs. 155-172.

- (2004). «Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 43-73.

MORA RUIZ, M. (2010). «Capítulo VII. El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿Una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?», en MORA RUIZ, M. (dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público* (págs. 207-233), Barcelona: Atelier.

- (2014). «Capítulo Segundo. Metodología y organización administrativa de la simplificación de procedimientos», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 77- 117), Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2016). «Capítulo IX. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (págs. 513- 565), Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos.

- (2020). «III Comunidades Autónomas. Andalucía», en CANALS I AMETLLER, D. (dir.), *La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva a las instituciones europeas y en España* (págs. 123-132), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MORAND-DEVILLER, J. (2015). *Derecho Administrativo. Curso. Temas de Reflexión. Comentarios y análisis de fallos*, RINCÓN ARDILA, Z. Y PELÁEZ GUTIÉRREZ, J. C. (traductores), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MORELL OCAÑA, L. (2002). «Los órganos centrales de la Administración General del Estado: los Ministerios», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) Y CALVO CHARRO, M. (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 247-276), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

MORENO, A. M. (1994). «La reforma administrativa en los Estados Unidos. El Plan del Presidente Clinton», *Revista de Administración Pública*, 134, págs. 521-540.

MORETTINI, S. (2019). «Il contributo del Consiglio di Stato e dei TAR alla qualità della regolazione», en MAZZANTINI, G. Y RANGONE, N., *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione Annuario 2017-2018* (págs. 167-178), Roma: Osservatorio AIR.

MOROTE SARRIÓN, J. V. (2016). «El principio de intervención mínima en el Derecho administrativo en relación con el ejercicio de una actividad», *Revista Española de la Función Consultiva*, 25, págs. 61-109.

MOUSMOUTI, M. (2019). *Designing Effective Legislation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

MULCAHY, S. (2015). *El Lobby en Europa. Influencia encubierta, acceso privilegiado,* Transparency International.

MUÑOZ MACHADO, S. (1986). *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Madrid: Civitas.

- (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

- (2015 a). «Los principios de constitucionalidad y legalidad», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, *Tomo III*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- (2015 b), «El ordenamiento jurídico», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo IV*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- (2015 c). «El Reglamento», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo VII*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- (2015 d). «La actividad regulatoria de la Administración», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

NAUNDORF, S. (2012). *Integrating practical methodologies in impact assessments -Experiences in Germany-*.

NAVARRO LÓPEZ, P. E. (1987). «Eficacia, tiempo y cumplimiento», *Doxa*, 4, págs. 257-266.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T. (2003). «La materialización del principio de eficacia en el derecho español, ¿utopía o realidad?», *Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, 1/16, págs. 177-185.

NEWTON, I. (2011). *Principios matemáticos de la filosofía natural*, RADA, E. (trad.), Madrid: Alianza Editorial.

NIETO GARRIDO, E. (2003). «El New Public Management y el Gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 391-417.

NOLL, P. (1973). *Gesetzgebungslehre*, Hamburgo: Rowohlt.

NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2003). «El Decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 337-358.

OCDE (1989). *Directory of Regulatory Review and Reform Organisations in OECD Member Countries,* París: OCDE Publicaciones.

- (1995). *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation [C(95)21/FINAL]*. París: OCDE Publicaciones.

- (1997 a). *The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis [C/MIN(97)10/ADD]*, París: OCDE Publicaciones.

- (1997 b). *La ética en el servicio público. Cuestiones y prácticas actuales, versión traducida al español,* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Boletín Oficial del Estado.

- (1997 c). *Regulatory Impact Analysis. Best Practices in OECD countries*, París: OCDE Publicaciones.

- (2001 a). *Better regulation in Europe: Italy*, París: OCDE Publicaciones.

- (2001 b). *Citizens as Partners. OECD Handbook on information, consultation and public participation in policy-making,* París: OCDE Publicaciones.

- (2002). *Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2003). *From Red Tape to Smart Tape – Administrative Simplification in OECD Countries*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2005 a). *APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform*, París: OCDE Publicaciones.

- (2005 b). *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2006). *La modernización del Estado: el camino a seguir*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2007). *Framework for the Evaluation of DMR & Entrepreneurship Policies and Programmes. Final draft (CFE/SME)*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2008). *Reducir el papeleo. Estrategias Nacionales para la Simplificación Administrativa*, París: OCDE Publicaciones (Traducido al español Instituto Nacional de Administración Pública).

- (2009). *La competición global por el talento. Movilidad de los trabajadores altamente cualificados*, VARGAS SAMPEDRO, T. (traduc.), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2010 a). *Better Regulation in Europe. United Kingdom*, París: OCDE Publicaciones.

- (2010 b). *Mieux légiférer en Europe. France,* París: OCDE Publicaciones.

- (2010 c). *Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre «Política Normativa y Gobernanza»*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2010 d). *Panorama de las Administraciones Públicas 2009*, París: OCDE e Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2010 e). *Better Regulation in Europe. Finland*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2010 f). *The OECD's Consumer Policy Toolkit*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2011 a). *Government at a Glance 2011*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2011 b). *Mejora de la regulación en Europa. España 2010,* Madrid: Ministerio de Política Territorial y Administración Pública.

- (2011 c). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, París: OCDE Publicaciones.

- (2012 a). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, París: OCDE Publicaciones.

- (2012 b). *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, París: OCDE Publicaciones.

- (2013 a). *Better Regulation in Europe: Italy*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2013 b). *Transparency and Integrity in Lobbying,* París: OCDE Publicaciones.

- (2014 a). *OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation*, París: OCDE Publicaciones.

- (2014 b). *España: de la reforma de la Administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*, Madrid: OCDE Publicaciones e Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2014 c). *OECD Recommendation on Consumer Policy Decision Making*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2014 d). *Lobbyists, Governments and Public Trust*, París: OCDE Publicaciones.

- (2015 a). *Regulatory Policy in Perspective. A Reader's companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2015 b). *Regulatory Policy Outlook 2015*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2016). *Pilot database on stakeholder engagement practices in regulatory policy,* Paris: OCDE Publicaciones.

- (2017 a). *Behavioral Insights and Public Policy: Lessons from Around the World,* Paris: OCDE Publicaciones.

- (2017 b). *Better Regulation in Europe: EU15 country finder*, París: OCDE Publicaciones.

- (2017 c). *Regulatory Policy Committee*, París: OCDE Publicaciones.

- (2018 a). *OECD Regulatory Policy Outlook 2018,* París: OCDE Publicaciones.

- (2018 b). *Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE.* París: OCDE Publicaciones y Secretaría de Economía de México.

- (2018 c). *The International Regulatory Co-operation Toolkit*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2019 a). *Implementación del análisis de impacto regulatorio en el Gobierno Central del Perú,* París: OCDE Publicaciones.

- (2019 b). *Better Regulation Practices across the European Union*, Paris: OCDE Publicaciones.

- (2019 c). «One-In, X Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries», *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 11.

- (2020 a). *One-Stop Shops for Citizens and Business, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París: OCDE Publicaciones.

- (2020 b). *Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París: OCDE Publicaciones.

- (2021). *OECD Regulatory Policy Outlook 2021*, París: OCDE Publicaciones.

OGUS, A. (2013). «La evaluación de Impacto Regulatorio: una perspectiva económico-política», en AUBY, J. B. Y PERROUD, T. (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* (págs. 67-91), Sevilla: Global Law Press.

ORTEGA, L. (1991). «El Gabinete del Presidente del Gobierno», *Documentación Administrativa*, 226, págs. 199-243.

- (1994). «El reto dogmático del principio de eficacia», *Revista de Administración Pública*, 133, págs. 7-16.

ORTEGA Y GASSET, J. (1983). «Individuo y organización», en *Obras Completas vol. 9*, Madrid: Alianza.

ORTÍ FERRER, P. (2017). «Capítulo X. Reforma del procedimiento normativo e implantación de instrumentos para una buena regulación: el caso de Cataluña», en PONCE SOLÉ, J. Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 219-244), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

ORTIGUEIRA, M. (1987). *Administraciones Públicas. Teoría básica de las auditorías de gestión*, Granada: Publicaciones del Cur.

OSÉS ABANDO, J. (1995). «La evaluación normativa en el Derecho comparado», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* (págs. 133-169), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

OTERO PARGA, M. (1997). «Nota sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, págs. 621-635.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1985). «Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978, tomo VIII*, Madrid: EDERSA.

- (1998). «Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo VIII* (págs. 527-546), Madrid: EDERSA.

PAREJO ALFONSO, L. (1989). «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, 218-219, págs. 15-65.

- (1994). «La potestad normativa de las Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno», en PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo Tomo I* (págs. 635-652), Sevilla: Civitas.

- (1995). *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas y Boletín Oficial del Estado.

- (1997). «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», *Documentación Administrativa*, 246-247, págs. 11-76.

- (2002). «Gobierno y Administración Pública en la Constitución Española», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) Y CALVO CHARRO, M. (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 89-160), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

PAULIAT, H. (2004). *La qualité: une exigence pour l'action publique en Europe*, Limoges: Pulim Presses Universitaires de Limoges.

PAUNER CHULVI, C. (2009). «Función legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género», *Revista de Las Cortes Generales*, 77, págs. 185-222.

PAYNE, L. (2017). *Child Rights Impact Assessment (CRIA): A review of comparative practice across the UK,* Unicef.

PAYNE, S. (2020). «Boris Johnson to reject regulatory alignment in EU trade talks», *Financial Times*.

PEARCE, D.W. (1973). *Análisis coste-beneficio*, Barcelona: Macmillan Vicens-Vives de Economía.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1987). *Los valores superiores*, ponencia presentada a las jornadas de la

Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado (25 de mayo de 1987).

- (1993). *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PÉREZ DE LA CANAL, M. A. (1978). «Textos Legales sobre el Gobierno de la República Federal de Alemania (II)», *Documentación Administrativa*, 179, págs. 319-422.

PÉREZ FRANCESCH, J. L. (1993). «Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 79, págs. 209-226.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.

- (1997). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2019). «Deconstruyendo los procesos participativos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, págs. 12-56.

- (2020), «Whistleblower y las dificultades para su implantación en España e Italia», en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. Y SIERRA RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto* (págs. 227-247), Las Rozas: Wolters Kluwer.

PÉREZ OLEA, M. (1961). «Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 34, págs. 311-318.

PINILLA PALLEJÀ, R. (2008). «Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo», *Papeles 8/2008*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.

PIÑOL, J. L. (1993). «El proceso de adopción del Principio de Subsidiariedad en la Comunidad Europea», *Revista CIDOB Afers Internacionals*, 25, págs. 71-96.

PONCE SOLÉ, J. (2003). «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 89-144.

- (2009). «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 201-243.

- (2010). «Capítulo III. Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (págs. 79-190), Madrid: Marcial Pons.

- (2011). «Crisis económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y derecho administrativo», en BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011* (págs. 459-473), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2017 a). «Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración», en PONCE SOLÉ, J. Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción. A propósito de la buena regulación en las Leyes españolas 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público* (págs. 87-146), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2017 b). *Grupos de interés en Cataluña y elaboración de normas*.

PONCE SOLÉ, J. Y SÁNCHEZ, A. (2005). «*La evaluación de la calidad normativa*», en GARDE, J. A.

(coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos* (págs. 139-172), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

PORTALIS, J. E. M. (2014). *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid: Universidad Carlos III.

POSNER, E. A. (2001). «Controlling Agencies with Cost-Benefit-Analysis: A Positive Political Theory Perspective», *University of Chicago Law Review*, 68, págs. 1137-1199.

POUND, R. (2004). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada: Comares.

PRIETO ROMERO, C. (2016). «El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 335-372.

PRIETO SANCHÍS, L. (2000). «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, 23, págs. 161-195.

PUNSET, R. (1982). «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», *Revista de Derecho Político*, 14, págs. 57-78.

RADAELLI, C. M. (2001). *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Catanzaro: Rubbettino.

- (2005). «What Does Regulatory Impact Assessment Mean in Europe?», *Joint Center*.

RADAELLI, C. M. Y DE FRANCESO, F. (2007). *Regulatory quality in Europe. Concepts, measures and policy process*, Manchester y Nueva York: Manchester University Press.

- (2010). «Regulatory Impact Assessment», en BALDWIN, R., CAVE, M. Y LODGE, M. (eds.)*, The Oxford Handbook of Regulation* (págs. 279-301), Oxford: Oxford University Press.

RAJAN, R. G. Y ZINGALES, L. (2003). *Saving capitalism from the capitalists*, New York: Crown Business.

RALLO LOMBARTE, A. (1993). «La iniciativa legislativa en el Derecho autonómico: algunos datos críticos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 81, págs. 261-290.

RASO, C. (2017). *Assessing regulatory retrospective review under the Obama administration*, Brookings.

RAVERARIRA, M. (1988). «Applicazione e fattibilità legislativa», en PATTARO, E. Y ZANNOTTI, F. (eds.), *Applicazione e tecnica legislativa*, Milán: Giuffrè.

REBOLLO PUIG, M. (1996). «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, 244-245, págs. 161-210.

REGO BLANCO, M. D. (2014). «Las cargas administrativas: su concepto y régimen jurídico para su reducción», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (págs. 239-282)*,* Valencia: Tirant lo Blanch.

RENDA, A. (2006). *Impact assessment in the EU. The State of the art of the State*, Bruselas: Centre for European Policy Studies.

REVUELTA PÉREZ, I. (2014). «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 193, págs. 83-126.

RIVOSECCHI, G. (2019). «Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa», *Osservatorio constituzionale*, 1-2/2019, págs. 78-105.

ROCA TRÍAS, E. (2013), *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, XV Conferencia Trilateral 24-27 octubre 2013, Roma.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2002). «Reformas y Modernización de la Administración Pública Española (1996-2000)», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) Y CALVO CHARRO, M. (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 15-58), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

(2008). «Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia administrativa española», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 70, págs. 37-63.

- (2013 a). *La dimensión ética de la función pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2013 b). «El principio general de confianza legítima», *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho*, 4, págs. 59-70.

- (2015). «Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales», *Revista de Investigación Constitucional*, vol. 2, 2, págs. 31-62.

RODRÍGUEZ BAJÓN, S. (2012). «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, 188, págs. 189-205.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. (2016). *La evaluación de las normas penales*, Madrid: Dykinson.

RODRÍGUEZ VILLAR, B. (2016). «La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 226 -253.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2015). «La iniciativa legislativa y la potestad para dictar Reglamentos», *Nueva revista de política, cultura y arte*, 154, págs. 225-236.

ROGERS, E. Y DEARING, J. (1994). «Agenda-Setting Research: Where has it been, where is it going?, en GRABER, D. (comp.), *Media Power in Politics* (págs. 555-594), Washington D.C.: Congressional Quarterly.

ROMANO, S. (1964). *Fragmentos de un diccionario Jurídico,* traducción de SENTÍS MELENDO, S. Y AYERRA REDÍN, M., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

ROSADO IGLESIAS, G. (2006). «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, págs. 83-123.

ROSS, A. (2005). *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires: Universitaria Buenos Aires.

RUBIO LLORENTE, F. (1993). «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, págs. 9-42.

RUIZ ROBLEDO, A. (1995). «La Delegación Legislativa en las Comisiones Parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, págs. 73-111.

RUIZ RUIZ, R. Y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2011). «Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, págs. 27-44.

RUIZ SANZ, M. (1997). «De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa», *Anuario de filosofía del derecho*, 13-14, págs. 637-650.

RUIZ TARRÍAS, S. (2014). «De la discusión sobre un «título competencial» a la afirmación de un «mandato constitucional». Comentario a las SSTC 134/2011, de 20 de julio, y 157/2011, de 18 de octubre», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, págs. 331-364.

SÁDABA, T. Y RODRÍGUEZ VIRGILI, J. (2007). «La construcción de la agenda de los medios. El debate del estatut en la prensa española», *Ámbitos*, 16, págs. 187-211.

SAGASTUME ASENSIO, C. Y GARCÍA VIÑA, M. J. (1991). «Órganos interministeriales e intraministeriales con funciones consultivas», *Documentación Administrativa*, 226, págs. 245-266.

SÁINZ MORENO, F. (1977). «Sobre el interés público y la legalidad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 82, págs. 439-451.

- (2006). «Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa», en PARDO FALCÓN, J. Y PAU I VALL, F. (coords.), *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamento* (págs. 19-36), Madrid: Tecnos.

SALA ATIENZA, P. (2008). «El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 247-263.

SALVADOR CODERCH, P. (1989). «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», en VV.AA., *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, *Serie de Técnica Legislativa 1* (págs. 9-46), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- (2000). «Elemento para la definición de un programa de técnica legislativa», en CAVERO GÓMEZ, M. (coord.), *III Jornadas de Derecho Parlamentario. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (págs. 45-85), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2005). «Autoridades independientes y organización territorial», en VIDAL BELTRÁN, J. M. Y GARCÍA HERRERA, M. A. (coords.), *El Estado Autonómico: integración, solidaridad y diversidad vol. II* (págs. 427- 450), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Colex.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2009). «Movimiento por la calidad de la regulación: avances recientes», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 42-59), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (2009). «Modelos de codificación y simplificación legislativa», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 77-111), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

SÁNCHEZ ISAC, J. (1973). *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979). «El principio de participación en la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, 89, págs. 171-206.

SÁNCHEZ PUENTE, R., BUENO RODRÍGUEZ, F. Y GARCÍA VIDAL, A. (2019). «La evaluación *ex ante.* Una visión de la Oficia de Coordinación y Calidad Normativa», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 23-36.

SANDÍN-VÁZQUEZ, M. Y SARRÍA-SANTAMERA, A. (2008). «Evaluación de impacto en salud: valorando la efectividad de las políticas en la salud de las poblaciones», *Revista Española de la Salud Pública*, 82, págs. 261-272.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1894). *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*. Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1985 a). «Artículo 87», en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs. 1251-1266), Madrid: Civitas.

- (1985 b). «Artículo 91», en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución* (págs.1292-1311), Madrid: Civitas.

- (1987). *Apuntes de Derecho Administrativo.* Madrid: Universidad Complutense.

- (1990). *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

- (2004 a). «La Administración como poder regulador», en SÁINZ MORENO, F. (dir,), *Estudios para la reforma de la Administración Pública* (págs. 375-446), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2004 b). «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, págs. 74-95.

- (2016). «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2002 a). «Artículo 22. De la iniciativa legislativa del Gobierno», en FERNÁNDEZ CARNICERO, C. J. (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno* (págs. 245-288), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- (2002 b). «Comentario al artículo 24», en FERNÁNDEZ CARNICERO, C. J. (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno* (págs. 321-348), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

SANZ RUBIALES, I. (2001). «Confianza legítima y poder legislativo», *Revista de Derecho*, 2, págs. 93-123.

SAUVÉ, J. M. (2015). «25 ans de la relance de la codification», *Intervention lors du colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives (IFSA) au Conseil d'État le mardi 13 octobre 2015*.

SCHMIDT-AßMANN, E. (2012). «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (págs. 121-140), Sevilla: Global Law Press.

SCHULTZ, R., ARNDT-BASCLE, C., DAVIDSON, P. Y GERLOFF, B. (2019). «Better indicators for better regulation: the OECD iREG experience», *Revista de Economía ICE*, 907, págs. 51-67.

SCHWABE, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, DF: Fundación Konrad Adenauer AC.

SCOTT-SAMUEL, A. (1998). «Health impact assessment—theory into practice», *J Epidemiol Community Health*, 52, págs. 704-705.

SEBASTIÁN LORENTE, J. J. (1992). «La información y documentación administrativas de los proyectos normativos», *Actualidad Administrativa*, 24, págs. 255-266.

- (1998). «La información intraministerial de los proyectos normativos. El informe de la Secretaría General Técnica», *Actualidad Administrativa*, 16, págs. 20-26.

SEGURA, J. (2018). «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas», en SEGURA, J. (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español* (págs. 17-43). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

SENADO (2008). *Técnica Normativa en la Unión Europea II*, SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (ed.), Madrid: Secretaría General del Senado.

SERRANO, J. L. (1999). *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Trotta.

SHAPIRO, S. (2018). *Embracing Ossification: Trump and the Shifting Politics of Procedural Controls*, Regulatory Studies Center. Columbian College of Arts & Sciences.

SOTO CARMONA, A. (1998). «Cambios sociales y Constitución de 1978», en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.), *Administraciones públicas y Constitución reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978* (págs. 71-86), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

STIGLITZ, J. E. Y ROSENGARD, J. K. (2016). *La economía del sector público*, Barcelona: Antoni Bosch.

STONE, D. A. (1989). «Causal stories and the formation of policy agendas», *Political Science Quarterly*, 104 (2), págs. 281-300.

STRAUSS, P. L. (2008). «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.), *La transformación del Procedimiento Administrativo* (págs. 303-368), Sevilla: Global Law Press.

SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., LARRUE, C. Y VARONE, F. (2012). «La evaluación de las políticas públicas y sus efectos», en *Análisis y gestión de políticas públicas* (págs. 211-237), Barcelona: Ariel.

SUNSTEIN, C. R. (2014). «The Regulatory Lookback», *Forthcoming in Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution (November 2013), Discussion Paper*, 776.

- (2017). *Paternalismo libertario*, Barcelona: Herder editorial.

SUNSTEIN, C. R. Y HAHN, R. W. (2002). «A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis», *University of Chicago Law School. Chicago Unbound, Law and Economics Working Papers*, 150.

SUNSTEIN, C. R. Y THALER, R. H. (2017). *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesita para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, trad. URRUTIA, B., Barcelona: Taurus.

TAJADURA TEJADA, J. (2006). «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, págs. 151-184.

TASKINEN, S. (2006). *Lapsiin kohdistuvien vaikutusten arvioiminen*, Helsinki: Stakes.

THORTON, G. C. (1987). *Legislative Drafting*, Londres: Butterworths.

TOMÁS MALLÉN, B. (2004). *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

TORNO MAS, J. (2000). «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 39-76.

- (2003). «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya», *Derecho Privado y Constitución*, 17, págs. 479-498.

- (2019). «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos», *Revista de Administración Pública*, 210, págs. 123-136.

TORRE DE SILVA, V. (2005). «Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América», *Revista de Administración Pública*, 167, págs. 475-496.

TORRITI, J. (2012). «Standard Cost Model: Three Different Paths and their Common Paths and their Common Problems», *Journal of Contemporary European Research,* 8, págs. 90-108.

TOSCANO GIL, F. (2014). «La medida de reducción de cargas administrativas derivadas de la Directiva de Servicios», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación* (págs. 283- 308), Valencia: Tirant lo Blanch.

TOZZI, J. (2011). «OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding», *Administrative Law Review*, 63 (edición especial), págs. 36-69.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2014). *Una evaluación del lobby en España. Análisis y propuestas.*

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1994). «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *Poder Judicial*, 34, págs. 339-350.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SECRETARÍA GENERAL) (2020). *Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario).*

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, P. (2002). «Los servicios comunes y los órganos coordinadores de la Administración del Estado», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) Y CALVO CHARRO, M. (coord.), *La Administración Pública Española* (págs. 277-290), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

TUR AUSINA, R. (2009). «Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 103-132.

UGARTE GODOY, J. J. (1995). «El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, 1, págs. 109-118.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (2006). «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, págs. 17-54.

UGT- NAVARRA (2007). *Situación económica de la industria navarra: pautas de actuación ante los procesos deslocalizadores.*

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA DROGA Y EL CRIMEN (2013). *Informe sobre el examen del país del Reino de España.*

URTEAGA OLANO, E. (2009). «La evaluación de las políticas públicas en Francia», *Revista de la Sociedad Española de Evaluación*, 16, págs. 199-2015.

VAN AAKEN, A. (2003). -*Rational Choice- in der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden: Nomos.

VAN DEN HURK, J, REM, P. Y JANSEN, M. (2008). *Standard Cost Model for Citizens User's guide for measuring administrative burdens for Citizens,* La Haya: Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino.

VAN SELM, J. (2008). «How is Migration Policy Evaluated?», en ARDITITIS, S. Y LACZKO, F. (eds.), *Assessing the Costs and Impacts of Migration Policy: An International Comparison* (págs. 21-106), Ginebra: International Organization for Migration y Eurasylum.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2010). *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2011). «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, págs. 91-135.

- (2016). «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, 42.

- (2017). «Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común», en PONCE SOLÉ, J. Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia*

y prevención de la corrupción (págs. 165-196), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

VERKUIL, P. R. (1982). «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», *Duke Law Journal*, 2, págs. 213-271.

VIERA GONZÁLEZ, J. (2009). «Presupuestos de política legislativa en las reformas en materia de sociedades de capital cerradas», en VV.AA., *Legislar Mejor 2009* (págs. 374-396), Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1950). «La Federal Administrative Procedure Act, de Estados Unidos», *Revista de Administración Pública*, 1, págs. 277-296.

VILLAPALOS SALAS, G. A. (1976). *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

VOERMANS, W. (2011). «Quality of EU Legislation under Scrutiny: What kind of Problem, by what kind of Standards?», en MADER, L. Y TAVARES DE ALMEIDA, M. (eds.), *Quality of Legislation. Principles and Instruments* (págs. 31-66), Baden-Baden: Nomos.

VON WRIGHT, G. (1970). *Norma y acción: Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos.

VV.AA. (2005). «Informe de la Comisión para el estudio y creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas», en GARDE ROCA, J. A. (Coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación informe Comisión Expertos* (págs. 17-94), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

WATTS, K. A. (2012). «Regulatory moratoria», *Duke Law Journal*, vol. 61, págs. 1883-1955.

WEBB YACKEE, S. (2019). «The Politics of Rulemaking in the United States», *Annual Review of Political Science*, vol. 22, págs. 37-55.

WEGRICH, K. (2007). *The Administrative Burden Reduction Policy Boom in Europe. Accelerated policy learning, blind copying or bureaucratic politics*?, presentado en la Conferencia Anual de la ECPA, Madrid.

- (2009). «The Administrative Burden Reduction Policy Boom in Europe: Comparing mechanisms of policy diffusion», *Centre for Analysis of Risk and Regulation. Discussion Paper*, 52.

WIENER, J. B. (2006). «Better Regulation in Europe», *Current Legal Problems 2006*, 59, págs. 446-518.

WILLIAMSON, J. (1989). *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?: A Que Se Refiere Washington Por Reforma Política*. Washington: Instituto de Economía Internacional.

WILSON, W. (1885). *Congressional Government: A Study in American Politics*, Boston y New York: Houghton Mifflin Company.

WORLD ECONOMIC FORUM (2019). *The Global Competitiveness Report 2019,* SCHWAB, K. (ed.), Ginebra: World Economic Forum.

XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P. (2011). «Manuel Fraga, el primer 'indignado' que exigió el referéndum», *El País.*

ZANON, N. (2003). «Ley y Reglamento en Italia», en ROSADO PACHECO, S. (coord.), *Derecho comparado sobre ley y reglamento* (págs. 151-168), Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

ZAOTTINI, D. (2019). «L'Air e la VIR», en MAZZANTINI, G. Y RANGONE, N. (eds.), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione Annuario 2017-2018* (págs. 45-62), Roma: Osservatorio AIR.

ZAPATERO GÓMEZ, V. (2009). *El arte de legislar*, Cizur Menor: Aranzadi.

ZAPATERO GÓMEZ, V., GARRIDO GÓMEZ, M. I. Y ARCOS RAMÍREZ, F. (2010). «Las grandes concepciones del Derecho», en ZAPATERO GÓMEZ, V., GARRIDO GÓMEZ, M. I. Y ARCOS RAMÍREZ, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (págs. 49-75), Madrid: Universidad de Alcalá.

Universidad
de Huelva