

BETTER REGULATION Y COMPETENCIA: LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015, SU DESARROLLO REGLAMENTARIO Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Juli PONCE

Acr. Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Instituto de investigación transdisciplinar
de la Universidad de Barcelona TransJus

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA BAJA CALIDAD REGULATORIA EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA.—II. LOS MOVIMIENTOS DE LA *BETTER O SMART REGULATION*, DE *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS* Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: SU LLEGADA TARDÍA A ESPAÑA: A. La evaluación de la calidad normativa. B. La mejora de la calidad normativa. C. Técnicas de evaluación de la calidad normativa existentes: la caja de herramientas. D. Relevancia y nuevos desarrollos. E. Antecedentes de la mejora regulatoria en España: a) Antecedentes en el nivel estatal. b) La situación en las CCAA y en el nivel local. c) Reacción judicial y del Tribunal Constitucional: 1) Reglamentos. 2) Anteproyectos de Ley y Proyectos de Ley. La (discutible) doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. d) Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes de 2015.—III. LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015. NOVEDADES Y PAPEL DE LA NUEVA UNIDAD DE CALIDAD NORMATIVA DEL MINISTERIO DE PRESIDENCIA. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017: A. Las novedades de la Ley 39/2015. B. Las novedades de la Ley 40/2015. C. Desarrollo reglamentario de las leyes: los Reales Decretos dictados a lo largo de 2017. D. Visión global sobre el nuevo marco legal de la mejora regulatoria en España.—IV. MEJORA REGULATORIA Y ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS.—V. REFLEXIONES FINALES: COORDINACIÓN INTRA E INTERADMINISTRATIVA Y LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE MENTALIDAD PARA MEJORAR LA SITUACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA BAJA CALIDAD REGULATORIA EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA

Es preciso empezar por definir el concepto de regulación que aquí se empleará. La regulación es un término confuso y polisémico, siendo empleado desde distintas perspectivas, como la económica o la jurídica, y aun en estas con distintos significados. En el ámbito del Derecho, re-

gulación puede ser equivalente a normativa, aunque también se emplea desde hace tiempo incluyendo, de hecho, algunos tipos de actividad pública de intervención, que incluyen normas pero que van más allá, que algunos autores consideran presentan características singulares en función del nuevo escenario dibujado por la desregulación, la privatización y la liberalización. Para evitar equívocos, en este trabajo, cuando utilice la palabra regulación lo haré en referencia específica a normas jurídicas.

Es sobradamente conocida la relación entre mala regulación y problemas de competencia. La novedad radica en que cada vez somos capaces de medir mejor la (falta de) calidad regulatoria en nuestro país en comparación con otros, haciendo real así el desiderátum de Galileo Galilei: «Hay que medir todo lo medible y hacer medible lo que no lo es»¹.

La existencia de indicadores internacionales de regulación (por ejemplo, los del Banco Mundial o los del *World Economic Forum*) está revelando la (falta de) calidad normativa en España y poniendo encima de la mesa un problema capital para el buen funcionamiento de la sociedad, en su vertiente económica, por supuesto, pero también social y ambiental: nuestra mala calidad normativa.

En un reciente estudio empírico, se pone de relieve cómo España ostenta una posición razonable en términos de productividad, situándose en la parte alta de la clasificación mundial, pero en una posición baja respecto a la calidad normativa, bajando a los últimos lugares². Situación incongruente que nos hace pensar lo que mejoraría la primera si consiguiéramos un nivel razonable de la segunda.

Por otro lado, la OCDE ha puesto de relieve cómo una mejora de la calidad normativa de nuestro país supondría un aumento significativo de nuestro PIB. La OCDE estima que reformas reguladoras más adecuadas podrían suponer un incremento del PIB nacional de hasta el 10 por 100³:

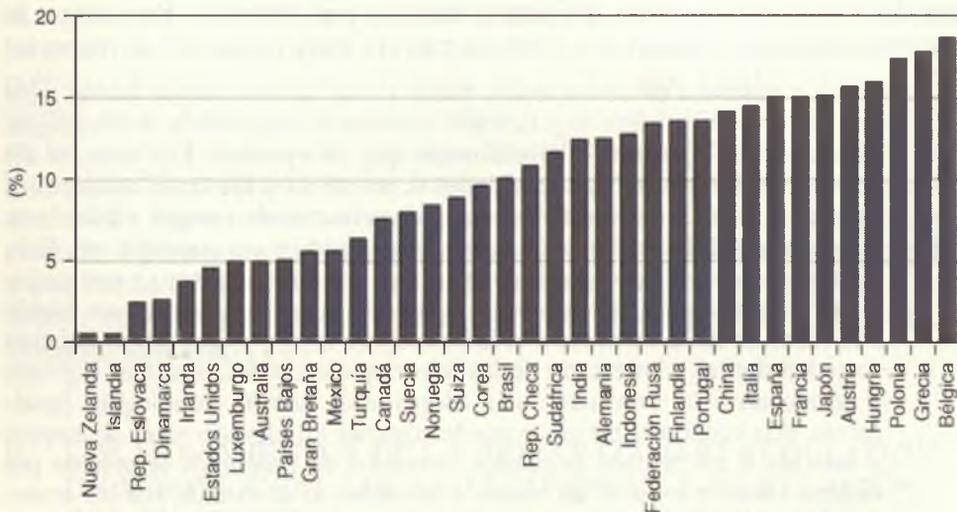
¹ Citado por C. FRABETTI en el capítulo titulado «¿Dan miedo los números» de su libro *¿El huevo o la gallina? Preguntas tontas y respuestas sorprendentes*, Alianza Editorial, 2015, p. 159.

² F. JIMÉNEZ y F. ALCALÁ AGULLÓ, «Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España», ponencia presentada al XXII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 14-17 de noviembre de 2017.

«Así, por ejemplo, el Informe de Competitividad Global del World Economic Forum (2016) correspondiente a la edición 2016-2017 coloca a España en una posición media-alta en el ranking global de competitividad de su economía (puesto 32 entre 138 países), pero la sitúa en un alarmante puesto 113 en el indicador que mide la carga que supone la regulación pública para la actividad de las empresas».

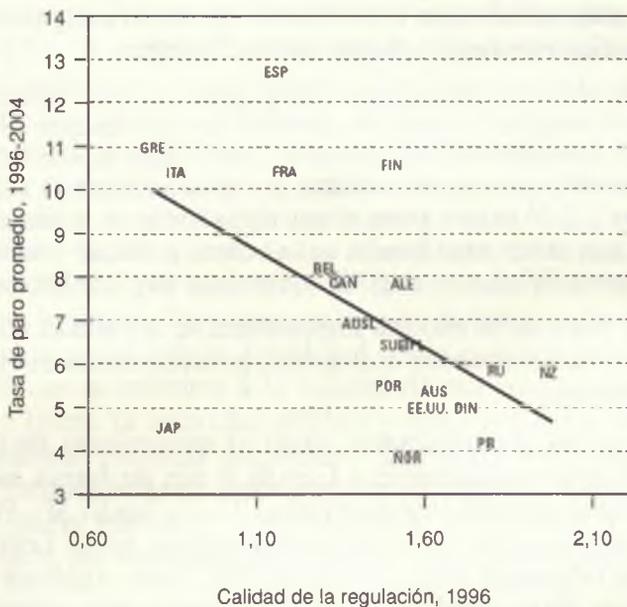
³ Véase <http://regplus.blogspot.com.es/2012/06/regulatory-reform-can-save-10-of-gdp.html> y R. BOUIS y R. DUVAL, «Raising Potential Growth After the Crisis: A Quantitative Assessment of the Potential Gains from Various Structural Reforms in the OECD Area and Beyond», *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 835, Paris, OECD Publishing, 2011, <http://dx.doi.org/10.1787/5kgk9qj18s8n-en>.

Figura 1. B. 10-Year horizon



Por otro lado, diversos estudios económicos correlacionan desempleo y mala regulación⁴:

Figura 2. Desempleo y calidad de la regulación



Nota: un valor más elevado del indicador refleja una mejor regulación.
Fuente: BALMASEDA y MELGUIZO (2006).

⁴ Sobre las relaciones entre calidad normativa y diversas variables económicas, incluyendo el desempleo (existiendo correlación entre menor desempleo y mejor regulación en diversos países), puede consultarse, M. BALMASEDA y A. MELGUIZO, «Mejor regulación: ni más, ni menos», en VVAA, *Marco regulatorio y unidad de Mercado*, Círculo de Empresarios, 2006, pp. 15 y ss., consultable en http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPleTo_1.pdf.

En fin, no estamos, como es notorio, ante un tema baladí, aunque sí olvidado por la Economía, la Ciencia Política y el Derecho. Respecto a la competencia, nos limitamos a citar un párrafo muy expresivo al respecto:

«La ausencia de competencia puede privar al mercado de buena parte de sus virtudes y exige regulaciones certeras y organismos técnicamente capaces y políticamente independientes que las ejecuten. Las ventajas del mayor tamaño en muchas actividades económicas y los cuasi monopolios naturales, como las redes de provisión de servicios de energía y telecomunicaciones, conducen frecuentemente a mercados poco competitivos. Pues bien, una economía no puede alcanzar un elevado dinamismo y competitividad internacional si, por ejemplo, la energía es artificialmente cara debido a la colusión de la industria o si la base sobre la que se construye la futura sociedad digital, el mercado de las telecomunicaciones, está mal regulada y no incentiva la innovación y la adopción de nuevas tecnologías. Igualmente, una economía tampoco puede sostener un elevado nivel de empleo y salarios si en muchos pequeños mercados de productos la presión por reducir costes e innovar en bienes y servicios es sustituida por los acuerdos de cártel. La consecución de una alta productividad y el sostenimiento a largo plazo de su crecimiento son objetivos difícilmente alcanzables sin normas competitivas adecuadas y sin organismos reguladores con elevado nivel profesional y con independencia del poder político y de los grandes grupos económicos y de interés»⁵.

A lo que cabe añadir que coincidimos en nuestra experiencia práctica con el diagnóstico que realiza SANTAMARÍA PASTOR:

«Con todas las excepciones que se quiera, es una evidencia que la producción normativa en nuestro país constituye un desastre sin paliativos de desorden, inestabilidad, incoherencia, improvisación, y de falta de claridad, de necesidad y de proporcionalidad, por no acumular más calificativos deshonrosos [...]. Y lo más grave es que dicha forma de actuar es una práctica secular, con raíces muy hondas en la cultura política y administrativa, que va a ser muy difícil, sino imposible, erradicar en plazo breve»⁶.

Partiendo, pues, de la enorme importancia de la calidad normativa, y de la constatación de la situación real actual, procederemos en este trabajo de la siguiente manera.

A continuación, describiremos cómo el movimiento de la mejora regulatoria ha llegado tardíamente a España y aún de forma incompleta (lo que es especialmente evidente en el nivel local) (apdo. II). Procederemos luego a realizar un somero pero necesario análisis de las Leyes 39 y 40 de 2015 que, por influencia directa de la OCDE, como explican sin rubor en sus preámbulos, realizan una apuesta importante por la calidad normativa, apuesta que habrá que evaluar en los próximos años si tiene éxito o no (III). Finalmente, nos centraremos en la parte final en el papel específico de los órganos de competencia en la mejora regulatoria (IV).

⁵ F. JIMÉNEZ y F. ALCALÁ AGULLÓ, «Los costes económicos del déficit de calidad institucional...», *op. cit.*

⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *REDA*, núm. 175, p. 36.

Terminaremos con algunas reflexiones finales realistas: no habrá mejora regulatoria si el tema no alcanza la cúspide de la agenda política como ha ocurrido en otros países en su momento, en contexto de distinto signo político (Reagan, Clinton o Obama, en los Estados Unidos; Blair o Cameron, en el Reino Unido, por ejemplo), si no se forma a los reguladores en las específicas técnicas que aquí describiremos y si no se integra con normalidad la medición de los impactos competitivos en las memorias de análisis de impacto normativo, avanzando hacia un cambio de mentalidad dirigido a promover el buen gobierno regulatorio en defensa del derecho a una buena administración de los ciudadanos, reconocido hoy en la normativa europea y española, y afirmado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (V)⁷.

II. LOS MOVIMIENTOS DE LA *BETTER* O *SMART REGULATION*, DE *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS* Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: SU LLEGADA TARDÍA A ESPAÑA

Como es sabido, cuando los Gobiernos y las Administraciones Públicas desarrollan políticas públicas y prestan servicios públicos deben hacerlo siempre, por mandato constitucional (en virtud del principio de legalidad, art. 9.3 CE), de acuerdo con las normas (reglamentarias —incluidos planes administrativos— o con rango de ley) previamente aprobadas. En consecuencia, toda persona al servicio de la Administración pública, tanto al diseñar políticas públicas (vivienda, medio ambiente, infraestructuras, etc.) como al desarrollarlas, al prestar servicios públicos (educación, sanidad, etc.), sea o no jurista, está aplicando normas jurídicas, las cuales son fundamento y límite último de las capacidades de actuación públicas, muchas de las cuales, por otro lado, se desarrollan, a su vez, aprobando nuevas normas jurídicas. Por tanto, partiendo de tan simple evidencia, «el primer paso para poder hablar de calidad de las políticas públicas y de los servicios públicos es referirse a la calidad de ese entramado jurídico que fundamenta y limita la actividad pública y que en muchas ocasiones formaliza las políticas públicas decididas». Efectivamente, muchas políticas públicas son formalizadas en leyes por el poder legislativo, encuadrando la actividad del poder ejecutivo, como decimos, y afectando a la libertad de los ciudadanos, o por reglamentos, sean ejecutivos o independientes.

Esta conexión entre políticas públicas y normas jurídicas, tan evidente, se mantiene aún, en nuestro país, mayoritariamente oculta para la Ciencia Política, la Economía y el Derecho, lo que explica que tradicionalmente, ni aquella ni este hayan considerado la calidad normativa material como un objeto de análisis y estudio y, en general, ni politólogos ni Economistas ni

⁷ Un análisis jurisprudencial de este derecho en J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», *Newsletter INAP*, enero de 2017, consultable en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

juristas se consideren concernidos por el tema, todos pensando que se trata de algo que *ya harán otros*⁸.

Desde la perspectiva del Derecho público y la gestión pública en España (y en Europa, en general), el *paradigma dominante* —por emplear la conocida expresión de KUHN—⁹ se ha centrado históricamente en la aplicación del Derecho y mucho menos en el modo de adopción tanto de las normas como del resto de decisiones públicas¹⁰. Este paradigma ha condicionado las investigaciones académicas e impregnado la actuación cotidiana de los distintos operadores jurídicos (legislador, poder ejecutivo, poder judicial, privados). Además, por otro lado, el Derecho se ha aproximado a la gestión pública desde una construcción dogmática teórica-formalista de las instituciones o reglas, como destacan numerosos autores, con mucha menor (o nula) preocupación por la eficacia de la actividad administrativa desplegada en el marco del Derecho.

Las (relativamente ya) nuevas corrientes intelectuales internacionales en el ámbito del Derecho público insisten en la necesidad de incorporar al análisis jurídico una mayor preocupación por la calidad de la actividad administrativa (que complementa la perspectiva tradicional, aunque limitada, de su control judicial)¹¹, un desplazamiento de la atención de la aplicación de la norma a la elaboración de esta¹² y una preocupación por las aportaciones del Derecho a la buena gestión pública, así como una mayor reflexión, usando la colaboración de otras ciencias sociales por los efectos de las normas¹³.

⁸ Sobre las relaciones entre normas y políticas públicas, J. OSÉS ABANDO, «Evaluación legislativa y parlamento», *Revista Debate*, núm. 15, 2008, pp. 58 y ss.

⁹ Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por T. S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 3.ª ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1981), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al Derecho (público).

¹⁰ Véase «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *DOXA*, núm. 26, 2003, pp. 261 y ss.

¹¹ En este sentido, por ejemplo, H. SANTAELLA QUINTERO, «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 5, primer semestre de 2011, pp. 87 y ss., señalando como es «preciso superar la visión según la cual la extensión material de esta disciplina está dada por el alcance de los pronunciamientos del juez contencioso», puesto que tal enfoque provoca «la proliferación de *espacios jurídicos baldíos*» compuestos por formas y ámbitos normalizados en la práctica pública cotidiana pero que se desarrollan al margen de la dogmática jurídica, lo que provoca una brecha entre Derecho administrativo y realidad y un peligro para el Estado de Derecho y los derechos de los ciudadanos.

¹² Véase «Legisprudencia...», *op. cit.* Téngase en cuenta, por ejemplo, la existencia desde hace unos años de una revista especializada dedicada específicamente a la elaboración normativa. Se trata de *Legisprudence*, que desde el año 2013 ha cambiado ese nombre por el de *The Theory and Practice of legislation*, <http://www.tandfonline.com/toc/rtp120/current> (todas las referencias a vínculos de internet están actualizadas a 22 de diciembre de 2016)

¹³ Así, por ejemplo, existe un movimiento jurídico que propugna la aplicación de métodos cuantitativos basados en la matemática al derecho y que se conoce con el nombre de jurimetría (*Jurimetrics*, en inglés, existiendo una revista específica: *Jurimetrics. The Journal of law, science and Technology*, en <https://www.law.asu.edu/jurimetrics/JurimetricsJournal.aspx>. Puede consultarse, al respecto, R. DE MULDER, «Jurimetrics Please!», *European Journal of Law and Technology* [s.l.], vol. 1, núm. 1, marzo de 2010, consultable en <http://ejlt.org/article/view/13>.

Es este un ámbito donde la *transdisciplinariedad* despliega todo su sentido¹⁴.

La calidad normativa se vincula, así, a los modernos conceptos de buena gobernanza, buen gobierno (del poder legislativo y ejecutivo) y buena administración, con su correlato en la *buena regulación* y se precise de un nuevo encuentro entre Ciencias sociales y Derecho para su logro¹⁵.

El buen gobierno y la buena administración enlazan también con el número y la calidad de las normas elaboradas por el poder ejecutivo y el poder legislativo y se configuran como un tema de gran importancia en la agenda intelectual de la gestión pública y de la lucha contra la corrupción, pues no en vano Tácito ya señalaba que «*Corruptissima re publica plurimae leges*» (*Annales*, Llibre III, 27)¹⁶.

En esta línea, que ya ha trascendido a la práctica cotidiana, en el ámbito concreto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia española ha reconocido la vinculación de esta a las obligaciones de buena administración. Destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, recurso núm. 25/2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso, que señala lo siguiente:

«Sin duda la memoria económica es un documento de relevancia singular en el procedimiento de elaboración reglamentaria. Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.

¹⁴ M.ª F. CARNEIRO y M.ª F. LOUREIRO, «Law and Transdisciplinarity», *Social Science Research Network*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>, 2011.

¹⁵ J. PONCE SOLÉ, «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* [s.l.], julio de 2014. Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10650>.

¹⁶ Consultable en <http://www.sacred-texts.com/cla/tac/a03020.htm>. Véase N. FERGUSON, *La gran degeneración. Cómo decaen las instituciones y mueren las economías*, 2013. Debate, mencionando la relevancia del marco jurídico para el desarrollo de los países, especialmente en el capítulo tercero, titulado «El paisaje legal». Desde una perspectiva jurídica, puede verse M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 7.ª ed., 2011, pp. 119 a 123, epígrafe «Predominio y proliferación de las normas escritas. Problemas y principios de calidad de regulación»; el *Epílogo* (titulado «El Dret públic català en el segle XXI») del libro *Dret, Juristes i Gestió Pública a Catalunya* (Barcelona, EAPC, 2012), así como el artículo de J. PRATS, «La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración», originariamente publicado en *Documentación administrativa* y ahora incorporado en este libro, que es consultable gratuitamente en http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Varia/35%20dret_juristes_gestio/dret_juristes_gestio.pdf.

J. PONCE SOLÉ, «De la normativa *poc intel·ligent* a la millor regulació possible: una qüestió de país crucial per al nostre desenvolupament», *Butlletí Escola Innovació*, núm. 31, 2014, consultable en http://eapc.gencat.cat/webf.content/home/publicacions/butlletins_i_revistes/escola_innovacio_butlleti_de_la_funcio_directiva/2014/pdfs/ei31_art_ponce.pdf.

La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden “en papel mojado”, carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria».

En definitiva, cuando se habla de una norma jurídica de calidad, se habla, desde una perspectiva general del desarrollo adecuado de la discrecionalidad de que goza el legislador y, desde la perspectiva específicamente reglamentaria, del despliegue de un buen gobierno y una buena administración. El objetivo de garantizar la calidad normativa busca no solo la garantía de la eficiencia y economía de la actividad pública, sino también de la legitimidad pública, de la competitividad y de los derechos e intereses de privados, entre los que destacan, singularmente, las pequeñas y medianas empresas, los trabajadores y los consumidores¹⁷. Las preocupaciones por la calidad normativa no suponen una búsqueda automática de la desregulación, pudiendo suponer, en ocasiones de lagunas o insuficiencias, más regulación y en todo caso, mejor regulación. Esta preocupación no es de derechas ni de izquierdas, habiéndose mantenido en diversos países durante décadas con partidos políticos de diverso signo.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas. Tras el paso del Estado liberal, concentrado en la garantía del orden público, se habla del paso al Estado social, donde la solidaridad tiene un peso importante, para referirse en la actualidad al Estado regulador, en un contexto de privatizaciones y liberalizaciones. Se sostiene que el Estado en la actualidad ha pasado de «remar» (ofrecer prestaciones, actuando directamente) a «dirigir»: y en esa dirección, el uso de la potestad reglamentaria y de la función legislativa es relevante. En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la UE¹⁸ y la OCDE¹⁹, como veremos, por la calidad normativa y las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito, como es el caso de los Estados

¹⁷ La OCDE estima que reformas reguladoras más adecuadas podrían suponer un incremento del PIB nacional de hasta el 10 por 100. Véase <http://regplus.blogspot.com.es/2012/06/regulatory-reform-can-save-10-of-gdp.html>.

Sobre las relaciones entre calidad normativa y diversas variables económicas, incluyendo el desempleo (existiendo correlación entre menor desempleo y mejor regulación en diversos países), puede consultarse, M. BALMASEDA y A. MELGUIZO, «Mejor regulación: ni más, ni menos», en VVAA, *Marco regulatorio y unidad de Mercado*, Círculo de Empresarios, 2006, pp. 15 y ss., consultable en http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPlETo_1.pdf.

¹⁸ Que fue quien inició la reflexión sobre el tema con el Informe del Mandelkern Group on Better Regulation, 2001 (consultable en inglés en http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf).

¹⁹ Véase su página web específica: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/>.

Unidos, Gran Bretaña, Francia y otros. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *better* o, más recientemente, *smart regulation*²⁰.

A. LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA

No cabe ninguna duda de que es posible medir cuantitativamente dicho entramado normativo. Entre 1979 y 2002 se habrían dictado 1.580 leyes y 57.225 reglamentos (2,68 por 100 frente al 97,32 por 100 del total de normas jurídicas), con una media anual de 2.384 textos reglamentarios. A fecha de 2004 existirían 8.947 leyes en vigor y 150.230 reglamentos. Se calcula que en 2009 habría más de 5.000 leyes en vigor en España²¹. En Cataluña, de acuerdo con los datos consultados en mayo de 2017, existen 846 leyes, 3.563 Decretos y 9.677 órdenes en vigor. En el específico ámbito local catalán, por ejemplo, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17.652²².

Pero más allá de lo cuantitativo, es preciso plantearse qué significa que una norma jurídica sea de calidad y si esa calidad es también cuantificable de algún modo, porque solo si la calidad de las normas es mensurable podremos plantearnos mejorarla, tanto de las normas ya dictadas en el pasado como de las nuevas que se dicten en el futuro.

El estado actual de la ciencia jurídica permite responder a todas estas cuestiones. En primer lugar, tenemos que saber qué es la calidad normativa.

²⁰ Por ejemplo, véase OECD (2005), *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*; «*Better regulation for Growth and Jobs in the European Union*» COM(2005)97 of 16 March 2005; página web de la Unión Europea sobre *better regulation*: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm; C. BALSÀ, *La «Better Regulation»*, *Papeles de Evaluación*, núm. 1, MAP, 2006; R. BALDWIN, «Is Better Regulation Smarter Regulation?», *Public Law*, otoño, 2005, pp. 485-51; S. WEATHERILL (ed.), *Better Regulation*, Hart Publishing, 2007; R. PINILLA PALLEJA, «¿Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo?», *Papeles de evaluación*, núm. 8, 2008; J. PONCE SOLÉ, «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*, núm. 162, 2003, pp. 89-144; J. PRATS CATALÀ, «Construyendo la gobernanza del sistema regulador», epígrafe contenido en su libro *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pp. 171-180; G. FERNÁNDEZ ROJAS, «Francia, Seguridad Jurídica y Nueva Política Codificadora», *International Law*, 2004, pp. 147 y ss., <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400405>.

²¹ Datos extraídos de J. SANTAMARÍA PASTOR, «La administración como poder regulador», en VVAA, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, pp. 373 y ss., y L. MARTÍN REBOLLO, «Treinta años de derecho administrativo español (una primera aproximación a los principales cambios producidos)», en J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ y F. J. VILLAR (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum. Gaspar Ariño*, editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

²² Del total de 20.648 normas no fiscales existentes, restamos 949 relacionadas con el cartapacio local, 1.558 serían de ficheros y 489 planes de urbanismo. Restando todas ellas nos daría las ordenanzas, no fiscales, vigentes, que serían el número expresado en el texto. A ellas habría que añadir las fiscales (que solo en lo que llevamos de 2017 suponían 840 más).

Quiero agradecer la amabilidad de las señoras Aurora Torres, del Servicio del BOP y Asun Juan, del CIDO (Cercador d'informació de Diaris Oficials, de la Diputació de Barcelona) por su amable asesoramiento y ayuda.

Siguiendo a BOBBIO²³, se puede hablar de calidad normativa en base a la Justicia, la validez y la eficacia de las normas jurídicas. El primer criterio trata de conocer si se trata de una norma justa, intentando evaluar si se adecúa o no a los fines de una organización, así como su coherencia con lo que es debido hacer. En cambio, el segundo toma en consideración el conjunto de normas aceptadas para determinar si una en concreto forma parte del ordenamiento jurídico vigente. El tercero se refiere a su impacto sobre el comportamiento de los destinatarios y, en particular, a su cumplimiento. BOBBIO subraya que estos tres criterios son independientes, definiendo las grandes áreas de reflexión del Derecho, esto es, la teoría de la justicia, que trata de precisar los valores hacia los cuales tiende el Derecho, la teoría general del Derecho, preocupada por la validez y la coherencia de los ordenamientos jurídicos y la sociología jurídica, que analiza la aplicación de las normas y su efecto sobre el comportamiento de los individuos. Dejando ahora de lado la primera vertiente, nosotros nos referiremos a las otras dos aquí y nos concentraremos específicamente en la última, a los efectos de este trabajo.

Para hablar de calidad o de falta de calidad de una norma jurídica, desde estas perspectivas, hemos que contar con estándares, con criterios de calidad que permitan la comparación. En la actualidad, estos estándares son de dos tipos: unos *formales*, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, estudiados y desarrollados por la denominada *teoría de la legislación* y otros son *materiales*, referidos a los impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas.

Por consiguiente, cabría afirmar que «la calidad de las decisiones normativas tiene al menos tres aspectos a considerar: el formal, el procedimental y el material».

Desde una perspectiva *formal*, la norma ha de ser correcta, siguiendo los estándares que puedan fijarse al respecto por el poder legislativo o la propia Administración (por ejemplo, en garantía de que el lenguaje jurídico empleado sea inteligible para el ciudadano medio, etc.). Desde una perspectiva *material*, la norma no ha de vulnerar ninguna regla ni principio del ordenamiento jurídico. Y desde una perspectiva *procedimental*, el proceso de adopción de la decisión debe ser un *procedimiento adecuado*, que, si se trata de un reglamento, ha de garantizar la buena administración. Pues como señala la Agencia Sueca para la Gestión Pública, en un informe comparando los principios de buena administración de los estados miembros de la UE, los buenos procedimientos desarrollados hacen que «la posibilidad de hacer buenas decisiones se incremente enormemente»²⁴.

Si la norma se adopta sin este proceso razonado y razonable de elaboración, entonces el ejercicio de la discrecionalidad es defectuoso, constitutivo de mala administración en el caso de los reglamentos y, como veremos, de

²³ N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992.

²⁴ AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, *Principles of Good Administration...*, op. cit. (<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>), la traducción del inglés es nuestra.

una posible vulneración constitucional en el caso legislativo, y el resultado es de baja calidad y por ello antijurídico.

Desde la primera perspectiva formal, la perspectiva más conocida tradicionalmente en España, existen ya tanto desarrollos científicos como documentos jurídicos. Es el caso, por lo que a estos refiere, de los estándares específicos provenientes de la denominada teoría de la legislación y que, en el ámbito estatal, por ejemplo, se hallan ahora recogidos en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Consejo de Ministros en 2005. Desde la perspectiva de la calidad procedimental y material, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser racionales, proporcionadas, no discriminatorias, *eficaces*, eficientes y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo, siendo adoptadas según el procedimiento diseñado por el ordenamiento jurídico. «Esta perspectiva, sobre todo desde la eficacia, esto es la consecución efectiva de los objetivos establecidos, es la que nos va a interesar aquí, desde el punto de vista del impacto que pueden generar las normas y de los modos de medir este»²⁵.

B. LA MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA

Todos los aspectos aludidos antes son mensurables²⁶ y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo.

Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito *evaluar*, es decir medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (*evaluación ex ante* o *prospectiva*) o su aplicación durante un determinado periodo de tiempo (*evaluación ex post* o *retrospectiva*) generan.

Ambos tipos de evaluación no solo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica (es decir, al impulsar la normativa, al redactarla, al ser debatida, en

²⁵ Al respecto, véase C. VIVER I PI-SUNYER, «Técnica legislativa: estado de la cuestión y balance (provisional) de una década», *Autonomies*, núm. 21, diciembre de 1996, pp. 15 y ss.; Directrices de Técnica Normativa del Estado, *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*, BOE de 28 de julio de 2005; A. FIGUEROA LARAUDOGOITIA (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, IVAP, 1995; J. PONCE SOLÉ, «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 201-243; M. TAVARES DE ALMEIDA, «Evaluation of legislation: The Portuguese experience», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 139 y ss.; L. MADER, «Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 73 y ss.

²⁶ Así, por ejemplo, ténganse en cuenta los indicadores referidos a la calidad regulatoria del Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>), los cuales, sin embargo, tienen un claro sesgo hacia la desregulación y la facilitación de la actividad económica privada.

su caso, en el Parlamento) puede evaluarse que impactos tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla, por ejemplo. Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su (in) aplicación verdadera, su grado de aceptación social, esto es, si los ciudadanos la respetan o no de *motu proprio*, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas (sanciones, etc.), si su aplicación da lugar a frecuentes controversias (número de recursos judiciales...), etc. En función de tal evaluación *a posteriori* es posible llegar a decidir, incluso, la necesidad de su derogación, es decir, de su eliminación del mundo jurídico por ineficaz o ineficiente, por ejemplo²⁷.

C. TÉCNICAS DE EVALUACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA EXISTENTES: LA CAJA DE HERRAMIENTAS

La calidad de la norma, de acuerdo con los criterios vistos, es mensurable mediante la evaluación *ex ante* o *ex post* de los impactos previsibles o generados, respectivamente. La evaluación de impacto normativo (EIN) es un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones de políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una EIN positiva debería considerar todas las clases de impacto.

El entero procedimiento de elaboración de la norma sea en sede administrativa y, en su caso, parlamentaria (perspectiva *ex ante*) y el control y seguimiento posterior de la aplicación de la norma (perspectiva *ex post*) puede considerarse que son el marco de tal EIN, en la cuales se incardinan las consultas al público

¿Cómo conocer tales impactos? Mientras que en la evaluación *ex post* tal evaluación puede ser relativamente sencilla, en la evaluación *ex ante* nos podemos encontrar con mayores dificultades, porque se trata de realizar una prognosis sobre los impactos positivos y negativos (entre ellos las cargas²⁸) que una norma todavía no aprobada podría tener sobre ciudadanos, empresas y Administraciones públicas²⁹.

²⁷ Véase U. KARPEN, «Evaluation of legislation», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 23 y ss.; A. BETANCOR, *Mejorar la regulación*, Madrid, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, 2009; P. GARCÍA-ESCUADERO, *Manual de Técnica Legislativa*, Civitas, 2011.

²⁸ Sobre el concepto de carga, que no es lingüísticamente neutro, comportando una connotación negativa inadecuada, pues hay cargas que protegen derechos fundamentales de las personas, P. GONZÁLEZ DE HERRERO y L. CASTRO, *Una metodología para la medición de los costes administrativos: el standard cost model*, *Papeles de Evaluación*, núm. 4, Madrid, MAP, 2006. Traducción al español del Manual Internacional del *Standard Cost Model* en *Papeles de evaluación*, núm. 6, de 2007, consultable en http://www.aeval.es/comun/pdf/papeles_evaluacion/Papeles_de_Evaluacion_nx6.pdf; *Manual de Reducción de Cargas en el ámbito local*, http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/4/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local-23_12_2010/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local%2023_12_2010.pdf.

²⁹ Véase J. PONCE SOLÉ y A. SÁNCHEZ, «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*, Madrid, INAP, 2005, pp. 139-171;

Como es sabido, entre las técnicas de evaluación *ex ante* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

- a) *Listas de comprobación (Checklists)*: como las ya elaboradas por algunas Comunidades Autónomas y organizaciones internacionales (como la OCDE)³⁰.
- b) *Experimentos* de diverso tipo, sea *in vitro* o *in vivo*, de los que ya existen experiencias realizadas en diversos países, no así en España³¹.
- c) *Dictámenes de órganos consultivos* (como los emitidos por el Consejo de Estado español y sus homólogos autonómicos).
- d) *Consultas al público*, que en nuestro sistema se identifican con los trámites procedimentales de audiencia e información pública. Cabe destacar como el informe Mandelkern de 2001 incluye entre los principios de buena regulación el de transparencia, señalando como la elaboración de la legislación no debería confinarse en los despachos administrativos, puesto que la participación y la consulta con los ciudadanos es el primer requisito del principio de transparencia (p. 10). Asimismo, este informe señala como los procesos de consulta no deberían ser considerados como posibilidades de expresar protesta, sino que deberían ser vistos por las partes consultadas como un instrumento para dar forma a la regulación o las políticas públicas (p. 27).

Las consultas al público de normas no solo permiten una mejora de la calidad regulatoria sino que además permiten reducir la litigiosidad, lograr más transparencia y mejor participación ciudadana. Sin embargo, esas potencialidades positivas no deben quedar ocultas por la posibilidad de que la negociación sea copada por *lobbies* que lleven a un mal gobierno y una mala administración, una influencia debida y, quizá, supuestos de corrupción. Lo que demanda una regulación razonable «que acabe con la opacidad de las negociaciones informales y equilibre el terreno de juego de la participación»³².

- e) *Análisis coste-beneficio* o técnicas similares³³, en las que se integra la medición de cargas administrativas mediante las metodologías

C. ROMÁN DEL RÍO y A. CIRERA LEÓN, «Evaluación del Impacto Normativo (EIN) y Evaluación de Políticas Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006, pp. 309-320; *Guía Metodológica estatal para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo.html; *Guía de buenas prácticas para la elaboración y revisión de normativa con incidencia en la actividad económica de la Generalitat de Catalunya*, <http://www.gencat.cat/especial/gbp/cas/index.htm>; *Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC)*, Autoridad Catalana de la Competencia, http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxiu/guia_AIC_v17_08_10_FINAL_esp.pdf.

³⁰ Véase el Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación, Anexos, Anexo A, Cuestionario de referencia de la OCDE para el proceso de elaboración de normas, de 1995.

³¹ Véase al respecto, por ejemplo, U. KARPEN, «La evaluación de las consecuencias de las leyes», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 307 y ss.

³² J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y lobbies*, Thompson Reuters Aranzadi, 2015.

³³ El marco más riguroso en el que se evalúan los impactos, tanto positivos como negativos, de las diferentes opciones políticas es el Análisis de Coste-Beneficio (en adelante, ACB) o métodos

del *Standard Cost Model* (SCM) y del *EU Net Administrative Cost Model*³⁴.

Entre las técnicas de evaluación *ex post* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

- a) Informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados *ad hoc*, en sede parlamentaria o no³⁵.
- b) Uso de análisis realizados por diversos organismos públicos en desarrollo de sus tareas (por ejemplo, Defensor del Pueblo o similares, al recibir las quejas ciudadanas, Tribunal de Cuentas o similares, etc.).
- c) Utilización de cláusulas incluidas en la norma jurídica imponiendo su revisión en un plazo determinado o de cláusulas llamadas de *sunset*

similares. Su metodología permite la comparación objetiva de las ventajas y desventajas cuantificables de cualquier número de alternativas para alcanzar los objetivos públicos perseguidos. Otros métodos incluyen:

- Análisis Coste-Eficacia, que no considera de forma explícita los beneficios, sino que intenta medir la eficacia con el que se alcanza el objetivo previsto.
- Análisis de Coste de Cumplimiento, que se concentra en la valoración de los costes probables del cumplimiento en relación con las normas propuestas.
- Análisis multicriterio, que, de acuerdo con la UE, es un método que permite orientar la toma de decisiones a partir de varios criterios comunes. Este método se destina esencialmente a la comprensión y a la resolución de problemas de decisión. Se utiliza para emitir un juicio comparativo entre proyectos o medidas heterogéneas, por lo que puede emplearse en evaluación. De esta forma, tomando como base diversos criterios, los decisores pueden integrar, en un contexto prospectivo o retrospectivo, la diversidad de las opiniones relativas a los proyectos para emitir un juicio. Algunas SSTs han hecho referencia a este tipo de análisis, controlando sus resultados: así, por ejemplo, STS de 9 de julio de 2013 (recurso de casación núm. 2156/2010) en relación al trazado de una infraestructura viaria.

Debe ponerse de relieve la utilidad de estas técnicas, pero destacando también sus límites (por ejemplo, no pueden generar alternativas, solo consideran las dadas, o no pueden, ni deben, sustituir la decisión política última en que consiste la norma jurídica) y sus problemas (como, por ejemplo, los referidos a la difícil cuantificación de determinados impactos, sobre todo, positivos, en las personas o en el medio ambiente).

La literatura jurídica y, sobre todo, económica, sobre análisis coste-beneficio es extensa. Entre ella, se puede citar, por ejemplo, E. ALBI, J. M. GONZÁLEZ PÁRAMO y G. LÓPEZ CASANOVAS, *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 280 y ss.

³⁴ Sobre esta cuestión, J. PONCE SOLÉ, «¿Mejores normas?...», *op. cit.* El SCM mide los costes administrativos generados a las empresas como consecuencia de la obligación normativa de aportar a la Administración o de tener disponible una determinada información (por ejemplo, presentación de información sobre situación financiera al solicitar una licencia, inscripción en algún registro, etiquetado de productos, etc.).

O expresado en forma más gráfica: Coste total = Precio × Cantidad.

Siendo el Precio = (coste por hora × tiempo) + adquisiciones.

Siendo la Cantidad = población × frecuencia.

³⁵ Así, téngase en cuenta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 30.2:

«El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer remitirá al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, con periodicidad anual, un informe sobre la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer en los términos a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, con determinación de los tipos penales que se hayan aplicado, y de la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas. El informe destacará asimismo las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres».

Véase uno de estos informes en http://www.aytobadajoz.es/files/archivos/imss/2014_09/libro_15_v_informe_observatorio.pdf.

legislation (con una vigencia determinada) empleadas en la UE y en diversos países del mundo, como los Estados Unidos de América³⁶.

D. RELEVANCIA Y NUEVOS DESARROLLOS

En fin, es preciso insistir en la importancia del tema en la agenda europea, plasmado en el programa de la UE para reducir las cargas administrativas en un 25 por 100 para 2012 y la comunicación de 2012, haciendo balance del mismo, *EU Regulatory Fitness*. En mayo de 2015, un nuevo paquete comunitario relativo a la *better regulation* ha sido lanzado, creándose por primera vez un órgano, el *Regulatory Scrutiny Board*³⁷.

Asimismo, la lógica de la evaluación del impacto normativo está presente también, si bien desde una perspectiva limitada, en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOUE* de 27 de diciembre de 2006, ya transpuesta en nuestro ordenamiento y en su transposición española). La exigencia derivada de la Directiva de justificar y fundamentar las razones imperiosas de interés general que permiten excepcionar la regla de la prohibición de autorizaciones y sistemas de control, cuya vulneración ya ha dado lugar a reacciones judiciales en España, realza el valor de las evaluaciones de impacto normativo y de la motivación explícita de sus resultados.

Además, la evaluación de los impactos normativos tiene también una vertiente vinculada con la defensa de la competencia, de creciente importancia, como veremos luego³⁸.

En esta dirección de innovación en la gestión pública y en las políticas públicas desarrolladas mediante normas aparece también más recientemente el movimiento denominado *nudging*³⁹.

Los más recientes avances en el ámbito de las *behavioural sciences* están dando lugar a un cambio trascendente en el modo como hasta ahora la economía clásica había entendido que se comportan las personas (usando

³⁶ Por todos, S. RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets And Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, e «Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2 (invierno 2015) en prensa, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291.

³⁷ Véase http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm.

³⁸ Véase lo que se señala en el apartado final de este trabajo. Puede consultarse OCDE, *Guía para evaluar la competencia* (<http://www.oecd.org/daf/competition/reducingregulatoryrestrictionsoncompetition/39680183.pdf>), UE: *Better regulation: a guide to competition screening*, 2005 (http://ec.europa.eu/competition/publications/legis_test.pdf); COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, 2008, http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf.

Guía para la elaboración de Memorias de competencia, 2009, http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/Guia%20para%20Administraciones%20Publicas.pdf.

³⁹ J. PONCE SOLÉ, «*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales», comunicación presentada al IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014, disponible en http://montin.com/documents/nudging_jponce.pdf.

el modelo o metáfora del *homo economicus*, el ser egoísta maximizador de sus intereses). El modelo o «metáfora» del *homo economicus* ha pretendido no solo describir el modo como se comportan los seres humanos, sino ha pasado a prescribir, de hecho, cómo el Derecho debería reaccionar ante tal comportamiento. Es a partir de las aportaciones de las ciencias de la conducta humana que surge la noción de *nudging* a la que ahora nos referiremos.

Dado que la racionalidad absoluta del *homo economicus* no existe (puesto que, ante todo y por lo que ahora nos interesa, es limitada y porque, además, no tiene en cuenta comportamientos perfectamente racionales como la reciprocidad y el altruismo) y además tal racionalidad está interferida por heurísticos y sesgos, surgen los *nudges* como estrategias para mejorar la racionalidad decisora. *Nudging* en inglés significa empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas con sobre todo con el codo con el fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a otro. En su seminal trabajo sobre el tema, THALER y SUNSTEIN definen un *nudge* como «cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes»⁴⁰.

La aplicación de *nudges* como instrumento regulatorio está ya siendo desplegado en diversos países, también de la UE⁴¹. Destaca al respecto el caso de los Estados Unidos, que ha impulsado la aplicación de *nudges* y la simplificación reglamentaria. Por lo que se refiere al *Nudging*, sus postulados esenciales vienen recogidos ahora en varias de las *Executive Order* presidenciales que regulan la labor de la OIRA. Así, la 13563 del presidente Obama [§§ 1, 4, 76 Fed Reg 3821, 3821-22 (2011)] señala que:

«[E]ach agency shall identify and consider regulatory approaches that reduce burdens and maintain flexibility and freedom of choice for the public. These approaches include warnings, appropriate default rules, and disclosure requirements as well as provision of information to the public in a form that is clear and intelligible».

Con fecha 15 de septiembre de 2015, el presidente Obama ha emitido la segunda Orden sobre este tema, titulada *Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*⁴².

Nada parece moverse, de momento, en este ámbito en España, más allá de reflexiones académicas que pretenden situarnos a la altura de otros países de la Unión Europea⁴³.

⁴⁰ R. H. THALER y C. R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge)*, Taurus, 2009, p. 20.

⁴¹ Véase el informe de la UE «Behavioural Insights Applied to Policy - European Report 2016», consultable en <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>.

⁴² Consultable en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.

⁴³ Véase, por ejemplo, la jornada desarrollada por el instituto de investigación TransJus con colaboración con el Instituto de Neurociencias, ambos de la Universidad de Barcelona sobre «Neurociencias y ciencias sociales: una aproximación transdisciplinar», cuya crónica y materiales pueden

E. ANTECEDENTES DE LA MEJORA REGULATORIA EN ESPAÑA

a) *Antecedentes en el nivel estatal*

En el caso español, el movimiento de la *Better* o *Smart regulation* también ha calado, tanto a nivel de la elaboración de normas estatales como en cuanto a las normas autonómicas. Con carácter anterior a este movimiento, no cabe olvidar los arts. 88 (con su exigencia de los antecedentes necesarios de los proyectos de ley) y 105 de la Constitución, así los arts. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (que, hasta su reciente modificación, solo se referían a impactos de géneros y costes para las arcas públicas).

Pero el impacto de la mejora regulatoria en España comienza realmente con la creación legislativa de la desaparecida desde 2017 Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas (cuya creación fue precedida de un Informe de Expertos en que se aludía expresamente a esta cuestión y al papel del nuevo organismo)⁴⁴. Una reforma de los Estatutos de la Agencia [Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (BOE de 18 de julio de 2009, núm. 173, pp. 60174 y ss.)], sin embargo, supuso el aparente fin de la misma como agente promotor del impulso de la calidad normativa. Pero, simultáneamente, esta norma de 2009 ha extendido la evaluación *ex ante* en el ámbito de la Administración del Estado de forma sistemática, la cual es realizada por las propias unidades internas de cada Ministerio que impulsa un proyecto de ley o un proyecto de reglamento⁴⁵.

Con posterioridad al 2009, al margen de la transposición de la Directiva de Servicios, ya aludida, cabe mencionar las previsiones de la Ley 2/2011 de Economía sostenible (arts. 4 y ss., referidos a principios de buena regulación y otros aspectos) y las referencias en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado⁴⁶.

hallarse en <https://transjusblog.wordpress.com/2018/01/15/neurociencias-y-ciencias-sociales-una-aproximacion-transdisciplinar/>.

⁴⁴ Véase http://www.aeval.es/es/la_agencia/presentacion/. En la p. 59 este informe señalaba que: «Ante las carencias e inercias detectadas, la creación de la Agencia podría ser de notable interés, sin obviar la posibilidad de una adecuada modificación de la regulación vigente de los procedimientos de elaboración y evaluación *ex ante* de leyes y reglamentos. En este sentido, y al margen de análisis de impacto normativo puntuales que la Agencia pudiera realizar, su labor se debería centrar en la preparación y desarrollo de metodologías para tales análisis, así como en el apoyo técnico y formativo a las unidades competentes para su realización».

⁴⁵ Pueden consultarse las memorias de impacto normativo, donde se recoge la evaluación *ex ante* obligatoria desde 2009, como decimos, en el portal de transparencia generado a partir de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/categorias/Normativa/Normativa-en-elaboracion.html.

Su consulta es posible por Ministerio o globalmente.

⁴⁶ Preámbulo «esta Ley aprovecha para 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. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación

b) *La situación en las CCAA y en el nivel local*

En el nivel autonómico, los antecedentes existentes han sido similares a los estatales, destacando diversas comunidades autónomas como Navarra (que cuenta con una ley de evaluación de 2005) o Cataluña (que llegó a contar con una Dirección General de Calidad normativa, ahora una área de ubicada en el Departamento de Presidencia, a partir de 2008⁴⁷, cuya Autoridad de la Competencia desarrolla evaluaciones normativas desde la unívoca perspectiva de la competencia y que cuenta con una regulación específica en la Ley 26/2010), que han impulsado medidas concretas en este ámbito. Además, la nueva generación de leyes autonómicas en España sobre transparencia y buen gobierno (como por ejemplo la catalana 19/2014, con un capítulo específico en su Título V) incluyen también regulaciones referidas a la mejora de calidad normativa.

En el ámbito local, la mejora de la calidad de las ordenanzas (y el posible papel de los entes locales supramunicipales en su ayuda) no ha sido objeto de consideración ni de desarrollo hasta el momento, pese al indudable impacto que las ordenanzas pueden tener en la vida de los ciudadanos (piénsese en las ordenanzas de civismo) y su baja calidad formal y material en no pocas ocasiones, manteniéndose la regulación del art. 49 LBRL, claramente inadaptado al marco descrito.

c) *Reacción judicial y del Tribunal Constitucional*

Sin embargo, hacer una referencia al Derecho contenido formalmente en las normas descritas no nos daría un panorama real de la situación antes de la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015, puesto que es esta una materia donde el papel judicial es especialmente destacado. Como ha sido señalado: «La obligación de justificar los reglamentos es ya un imperativo legal, que obliga al juez a comprobar que realmente han venido precedidos

económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional».

«Art. 15. Evaluación periódica de la normativa.

1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado.

2. Sin perjuicio de la evaluación establecida en el apartado anterior, las conferencias sectoriales impulsarán la evaluación periódica en las materias de su competencia, así como los cambios normativos que puedan proceder, en el marco de lo establecido en el art. 12 de esta Ley.

A tal efecto, las conferencias sectoriales concretarán, con periodicidad anual, el programa de evaluación que se considera prioritario para el periodo.

3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el art. 10 de esta Ley».

M. ÁLVAREZ SUÁREZ y B. PÉREZ RAPOSO, «El programa de trabajo de unidad de mercado: el plan de racionalización normativa como ejercicio de buena regulación económica», *Unidad de Mercado*, núm. 871, marzo-abril de 2013, pp. 115 y ss.

⁴⁷ http://presidencia.gencat.cat/ca/ambit/s_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/area-de-millora-de-la-regulacio/.

de un proceso de estudio y ponderación, adecuado al caso, que fundamenta sus medidas. El juez tiene, por tanto, un importante papel que jugar pues de él depende, en último término que las Administraciones cumplan efectivamente esa obligación y hagan análisis serios que les permitan tomar la decisión con pleno conocimiento de causa; a los afectados, conocer su fundamento; y a él, fiscalizarlos»⁴⁸, garantizando que, en moderna terminología, se haya desplegado una diligencia o cuidado debidos en garantía del derecho a una buena administración y del cumplimiento de las obligaciones por este impuestas⁴⁹.

Aquí no podemos detenernos en un análisis detallado de la cuestión para el que nos remitimos a trabajos nuestros anteriores⁵⁰.

1) Reglamentos

En el control de las obligaciones de buena administración en el desarrollo de la potestad reglamentaria, existe una jurisprudencia tradicional variable. En ocasiones, el Tribunal Supremo parece mostrarse laxo en relación con el *estándar de exigencia* que establece para el contenido de la fundamentación y justificación de los reglamentos, en aplicación de la legislación vigente⁵¹. Sin embargo, en otros casos, el Tribunal Supremo ha decidido analizar cuidadosamente el contenido de la fundamentación y justificación aportadas, anulando reglamentos por insuficiencia o inadecuación de esta y de la motivación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria ofrecida, distinguiendo entre un cumplimiento de trámites meramente *formal* y una auténtica fundamentación y justificación⁵².

Esta segunda tendencia parece que se está consolidando en el control judicial de la calidad normativa reglamentaria, a tenor de las sentencias aludidas y de las dos importantes sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007, que anularon el traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona, estableciendo un estándar *estricto o riguroso* de control procedimental y de motivación⁵³.

⁴⁸ I. REVUELTA, «Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *RAP*, núm. 193, 2014, p. 123

⁴⁹ J. PONCE SOLÉ, «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84. Un comentario a este trabajo en J. R. CHAVES, «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», disponible en el blog de la *Justicia.com*: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>.

⁵⁰ J. PONCE SOLÉ, *Negociación de Normas y...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

⁵¹ Caso, entre otras muchas, de las Sentencias de 9 de febrero de 1999, Ar. 1552, de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987, de 10 de marzo de 2003, Ar. 3067, de 7 de julio de 2004, Ar. 5599, o más recientemente, de 4 de julio de 2006, Ar. 8006.

⁵² Sentencias de 2 de junio de 1997, Ar. 4921, de 10 de julio de 1999, Ar. 5771, de 13 de noviembre de 2001, Ar. 65 o más recientemente, de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683.

⁵³ J. PONCE SOLÉ, «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del tribunal supremo de 27 de noviembre de 2006», *RAP*, núm. 173, 2007.

Dos sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016 parecen confirmar esta tendencia. Se trata de las SSTs de 12 de diciembre de 2016, núm. de recurso 902/2014, y de 13 de diciembre de 2016, núm. de recurso 873/2014, en las que se anulan diversos preceptos del Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista.

Este control serio del respeto de las obligaciones derivadas del derecho a una buena administración en sede regulatoria no se queda solo en los aspectos económicos, sino que incluye los ambientales y sociales. Respecto a estos últimos, la muy interesante Sentencia de 5 de diciembre de 2015, núm. de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, señala que:

«Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medio ambiental recogidas ya en el Real Decreto 1083/2009 (artículo 1.2), dentro del contenido de la memoria del análisis de impacto normativo de forma adicional a su contenido propio (artículo 1.1), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que 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 (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016), y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión —Sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009— como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (Leyes 39 y 40/2015) en los términos antes indicados, siquiera de forma sucinta en el supuesto que estamos examinando la memoria que figura en el expediente también se refiere al impacto social de la norma proyectada».

Al igual que ha hecho el Tribunal Supremo respecto de reglamentos estatales, la jurisprudencia de los TSJ de las CCAA ha ido incrementando el control sobre reglamentos autonómicos y el número de sus anulaciones⁵⁴.

⁵⁴ Efectivamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en diversas sentencias ha incrementado el estándar de control judicial de la EIN, controlando el procedimiento y la fundamentación

En el ámbito de las ordenanzas locales, no cabe olvidar la consolidada jurisprudencia del TS en aplicación del art. 25 TRHL, que exige ciertas evaluaciones asociadas a informes que deben obrar en el expediente⁵⁵. Recientemente, la STS de 25 de marzo de 2018 (recurso de casación 4007/2015) ha declarado nula parcialmente una ordenanza municipal de venta ambulante del Concello de Carnota, en Galicia, por considerar que la Ordenanza no tomado en consideración en su elaboración y redactado el principio de concurrencia competitiva a la hora de otorgar las autorizaciones. El art. 10 de la misma preveía lo siguiente.

«Artículo 10. Concesión de las autorizaciones. [...] 2. La concesión de las autorizaciones se efectuará por el orden de presentación de solicitudes, de acuerdo con la disponibilidad de espacio existente. 4. Antes de la adjudicación en un mercado periódico de un puesto a un nuevo titular, deberán resolverse las peticiones de traslado o permuta de puestos que formulen los vendedores ya situados, evitándose, en todo caso, la concentración de puestos de un mismo tipo y debiendo constar, en el caso de las permutas, el consentimiento de los titulares del puesto objeto de esta. 5. Los comerciantes que solicitasen un puesto en un mercado periódico y no se les concedió pasarán a formar parte de una bolsa para cubrir de forma provisional las bajas que se produzcan».

El TS considera que el apartado 2 es contrario al art. 8.2.a) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que dispone que cuando el número de autorizaciones para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado, el procedimiento de concesión por las Administraciones Públicas garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

Este enfoque de control serio se va extendido crecientemente a la participación ciudadana, tanto respecto a la apertura de los trámites reglados (audiencia) como a la respuesta razonada de las alegaciones presentadas, como indicador de la debida diligencia en la ponderación que garantice el respeto del derecho a una buena administración. En este segundo caso, tenemos ya una línea jurisprudencial valiosa que sería preciso profundizar. Nos referimos a dos destacables sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (Ar. 3632) y 4 de marzo de 2003 (Ar. 3762), que es de esperar sean seguidas por otras en la misma innovadora línea (un ejemplo ya se puede hallar en la STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2004, RJCA 2004/492)⁵⁶.

y motivación de la norma de forma más estricta de lo habitual. Así, Sentencias de 21 de diciembre de 1993 (RJCA 1993/39), de 11 de julio de 2001 (RJCA 2001/321462), de 14, 20 y 27 de enero de 2005 —RJCA 2005/66, JUR 2005/54864, RJCA 2005/51— respectivamente, así como en sentencias núm. 311/2008, de 8 abril, recurso núm. 566/2004, o núm. 119/2012, de 15 de marzo, recurso núm. 5/2010. En otras CCAA, véase, por ejemplo, la STSJ de Baleares de 22 de septiembre de 2014, que conoció de la impugnación del Decreto 15/2013, de 19 de abril, sobre lenguas en centros docentes no universitarios. Haciendo una aplicación de toda la normativa sobre calidad normativa en España que ya conocemos, y especialmente de la legislación balear de buen gobierno y buena administración, que incluye diversos preceptos al respecto, la sentencia anula el Decreto.

⁵⁵ Un ejemplo lo constituye la STS de 22 diciembre 2014 (RJ 2014/6634), la cual anula una ordenanza fiscal por falta de evaluación, citando otras muchas sentencias del TS anteriores.

⁵⁶ Las mismas han señalado, respecto a un Plan de Ordenación de Recursos Naturales, finalmente anulado, con argumentos perfectamente extensibles a cualquier plan urbanístico, que no basta con

Hay un tercer paso que el control judicial reglamentario debería dar con relación al control de la influencia que grupos de presión puedan tener mediante contactos no formalizados, con vulneración de las obligaciones de buena administración e igualdad. El juez tiene un importante papel que jugar también en la garantía de la transparencia, la objetividad y, en definitiva, el buen gobierno regulatorio y los derechos ciudadanos, entre ellos a una buena administración y los casos existentes no parecen mostrar que lo estén desempeñando siempre⁵⁷.

2) Anteproyectos de Ley y Proyectos de Ley. La (discutible) doctrina de nuestro Tribunal Constitucional

Por lo que se refiere a la elaboración de los proyectos de ley, la (escasa) jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado tal actividad como de dirección política y excluida del control judicial. Es el caso de la STS de 10 de diciembre de 1991, ponente señor Caceres Lalanne, en relación a una solicitud de diversas personas para que el gobierno estatal aprobara y enviara a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre formación profesional⁵⁸. Por su parte, la STS de 14 de diciembre de 1998 (recurso de casación 1250/1994), ponente señor Francisco González Navarro, en relación con el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Detectives Privados, que pidió que por el Ministerio del Interior se iniciaran los trámites oportunos para la elaboración de una ley constitutiva de su colegio profesional, señala que se trataría de una decisión política, excluida de control judicial.

Por su parte, la conocida STC 45/1990, de 15 de marzo, señaló en su FJ 2.º:

«En efecto, no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la *decisión enviar a las Cortes un proyecto de ley*, u otras semejantes, a través de las cuales *el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución*. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes»⁵⁹.

la simple apertura de informaciones públicas sino que además se requiere que la Administración demuestre que lo alegado en las mismas ha sido realmente tomado en consideración seriamente antes de adoptar la decisión final, mediante la respuesta razonada de las alegaciones (art. 86.3 LRJPAC), como garantía jurídica de que el procedimiento planificador no es entendido como un mero ritual formalista sino como una auténtica e importante sede de ponderación de hechos e intereses.

⁵⁷ J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, op. cit., pp. 183 y ss., con comentario de varias sentencias del TS que no parecen utilizar todos los instrumentos disponibles a tal fin.

⁵⁸ Téngase en cuenta que esta STS todavía maneja la LJCA de 1956 y lo que se dice en el texto a propósito del art. 2 de la de 1998.

⁵⁹ Téngase en cuenta en igual sentido la posterior STC 222/2006.

Si bien la decisión de iniciar (o no) la elaboración de un anteproyecto de ley y la de aprobar (o no) un proyecto de ley pueden suponer el ejercicio de un acto de dirección política por parte del Gobierno, debe señalarse que esta sí está sometida a control judicial en caso de petición ciudadana, pese a las sentencias antes aludidas y, además, debe distinguirse esta actividad de la de *elaboración* del anteproyecto de ley, actividad esta sí sometida a un procedimiento administrativo con elementos reglados (art. 22 de la Ley del Gobierno estatal y legislación concordante, como analizaremos luego). En cuanto al control judicial de la petición de inicio de un procedimiento conducente a aprobar un proyecto de ley, estaremos ante el ejercicio del derecho de petición, regulado en la Ley Orgánica 4/2001. Existe obligación jurídica de contestar a la petición motivadamente (aunque también se prevea silencio negativo en caso de incumplirla, art. 43 LRJPAC, como es sabido), la cual se deriva de los principios constitucionales de buen gobierno [art. 9.3 CE, en este caso, interdicción de la arbitrariedad], de la propia ley orgánica mencionada y del art. 2 apdo. a) de la actual LJCA de 1998]⁶⁰, de conformidad con lo que ha señalado el TS en su sentencia de 2013 sobre el conductor *kamikaze*, cuyo indulto fue declarado ilegal, precisamente por falta de justificación congruente del mismo⁶¹. En consecuencia, las sentencias del TS rechazando el control jurídico no deberían volver a repetirse.

Además, en segundo lugar, como decíamos, en la fase de elaboración del anteproyecto, una vez decidido impulsar este, estamos ante un auténtico *procedimiento administrativo*⁶², con diversos actos trámite, regulado por el Derecho administrativo y controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De ahí la diferencia legal entre anteproyecto y proyecto de ley. Como indica SANTAOLALLA, la segunda de estas expresiones se refiere a la propuesta legislativa que formalmente aprueba el Consejo de Ministros para su remisión al Congreso de los diputados, siendo por tanto la plasmación de la iniciativa prevista en la Constitución, mientras que la primera, en cambio, se refiere al documento o documentos que son elaborados en el seno del Ministerio o Consejería correspondiente en cada caso (siendo usual que el ministro o consejero dé orden verbal de inicio de elaboración del mismo)⁶³, de acuerdo con el llamado *modelo difuso*, que implica la carencia de una

⁶⁰ A tenor de este precepto, como es sabido, la jurisdicción contenciosa conocerá de:

«La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La definitiva erradicación de los actos políticos o de gobierno en nuestro Derecho», *REDA*, núm. 106, 2000.

⁶¹ STS de 20 de noviembre de 2013.

⁶² En este sentido coincide la doctrina, véase E. JIMÉNEZ APARICIO, «El procedimiento de elaboración de los anteproyectos...», *op. cit.*, p. 292: «En la LG se contiene un procedimiento que, en sentido jurídico, es administrativo, no parlamentario»; F. SANTAOLALLA, «Comentario al art. 22 de la Ley del gobierno», en C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Madrid, INAP, 2002, pp. 245 y ss.

⁶³ F. SANTAOLALLA, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

unidad especializada competente para todas las iniciativas legislativas para toda la Administración, como ocurre en el Reino Unido y en otros países⁶⁴.

Incluso si tal actividad de elaboración del anteproyecto de ley fuera considerada una sucesión de actos políticos, los mismos estarían sometidos al control judicial de los elementos previstos en el ordenamiento jurídico. Pero, en nuestra opinión, tal actividad ni siquiera puede ser considerada como actos políticos, *por cuanto le falta el elemento subjetivo: no es desarrollada por el gobierno*⁶⁵. Este lo que hace es iniciar o no el procedimiento y aprobar (o no) el anteproyecto de ley, convirtiéndolo en proyecto de ley y enviándolo al parlamento, pero no realiza las actividades procedimentales reguladas por ley para elaborar el anteproyecto.

Insistimos, una cosa es la decisión de iniciar la elaboración de un anteproyecto de ley y la aprobación (o no) de un proyecto de ley por el gobierno, que pueden reputarse actos políticos (sujetos en todo caso a lo indicado por el art. 2 LJCA y su interpretación por el TS) y otra, bien distinta, son los actos trámites insertos en un procedimiento administrativo regulado en el art. 22 LG y leyes equivalentes autonómicas.

Por ello, no podemos estar más en desacuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2010 (rec. 278/2008). En la misma se conoció de la impugnación por dos asociaciones de la omisión —en el procedimiento de elaboración del proyecto de ley de presupuestos generales del Estado para 2008, aprobados finalmente por el Consejo de Ministros como Proyecto de Ley el 21 de septiembre de 2007— del informe de Impacto de Género, el cual era obligado a tenor de la ley del gobierno y de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 19).

La Audiencia Nacional no niega la obligatoriedad de dicho informe de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero efectúa una pirueta jurídica sobre la base de la antes citada STS de 14 de diciembre de 1998, haciéndole decir a esta, por cierto, cosas que no dice.

Efectivamente, el recurso judicial es rechazado, puesto que, asumiendo la tesis del Gobierno, señala la inadmisión del recurso (sin entrar pues a considerar si era o no legal), dado que tal informe sería un «acto que forma parte de un procedimiento legislativo» y, por tanto, «no cabe frente al mismo recurso administrativo alguno».

La sentencia de la Audiencia Nacional se apoya en la citada STS de 1998 (que aplica, por cierto, la LJCA de 1956, no la de 1998), pero extrae una conclusión a la que esta no llega. El TS, como vimos, *dice explícita-*

⁶⁴ Véase A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Modelos e codificación y simplificación legislativa», en VVAA, *Legislar mejor*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2009, pp. 77 y ss.

⁶⁵ Sobre este claro requisito, véase por todos, A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991.

mente que la fase de elaboración del anteproyecto, si bien doctrinalmente puede entenderse parte de un procedimiento compuesto de elaboración de la ley, *es un procedimiento administrativo*. La Audiencia Nacional olvida este detalle y configura la elaboración del anteproyecto como una actuación del gobierno mediante un procedimiento legislativo (¿?), no sometida al Derecho administrativo.

De consolidarse esta peligrosa doctrina judicial, todos los elementos reglados del procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley diseñados para lograr una mejor calidad regulatoria y un buen gobierno y una buena administración, en la línea internacional de la *better o smart regulation*, a la que nos hemos referido, sencillamente se convierten en papel mojado y son dinamitados judicialmente, puesto que su no seguimiento no conduce a otra cosa que a la impunidad de las autoridades públicas.

Debería, por ello, rectificarse prontamente esta línea jurisprudencial, en el sentido de otorgar a los vicios en el procedimiento administrativo de elaboración del anteproyecto la trascendencia que realmente tienen, como *inputs* dirigidos a garantizar la correcta ponderación de intereses y que la decisión normativa final sea la mejor posible, provocando su ausencia, en términos generales, la invalidez del proyecto de ley adoptado con desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente (art. 63.2 de la Ley 30/1992, al no permitir al proyecto de ley alcanzar su fin, que es el de ser la mejor decisión posible, con vulneración de los principios constitucionales de buena administración).

A ese enfoque judicial desde el orden contencioso-administrativo —basado en un menosprecio tradicional en España de las cuestiones procedimentales⁶⁶ y un error sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley, como argumentamos—, que se realiza desde la óptica del procedimiento administrativo de elaboración del proyecto de ley, se une, además, la jurisprudencia del TC que, hasta el momento, viene a negar, desde otra vertiente, en la mayor parte de los casos, trascendencia constitucional al hecho de que el procedimiento administrativo de elaboración de anteproyectos de ley vulnere los elementos reglados por la legislación vigente y no reúna los «antecedentes necesarios» a que se refiere el art. 88 para que el parlamento pueda adoptar la mejor decisión posible al servicio de la comunidad⁶⁷.

La conjunción del criticado enfoque desde la jurisdicción contenciosa y de esta muy discutible, como veremos a continuación, jurisprudencia constitucional nos conduce a un *bucle de impunidad* dentro del Estado de Derecho. Pues si los tribunales de lo contencioso se niegan a controlar la elaboración de proyectos de ley y el TC se niega a deducir cualquier conse-

⁶⁶ Véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

⁶⁷ La mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentra en diversas sentencias, entre las que destaca la STC 108/1986, de 29 de julio, respecto a la omisión del informe del CGPJ, previsto en la entonces Ley Orgánica 1/1980.

cuencia de los defectos de la misma que afectan a la capacidad de decisión parlamentaria estamos ante un auténtico *agujero negro* del Estado de Derecho en España.

Esto es, en la práctica, deja en manos del propio legislador las consecuencias del incumplimiento de las salvaguardias que el ordenamiento jurídico ha diseñado en nuestro Estado de Derecho para que la decisión legislativa sea racional y de calidad, salvo en el caso de que la norma que las haya impuesto sea la propia Constitución o una norma del bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 LOTC)⁶⁸. Lo que no es baladí, teniendo en cuenta que el 90 por 100 de leyes finalmente aprobadas provienen de la iniciativa legislativa del Gobierno. Estamos todavía, bajo el efecto de lo que ha sido denominado el mito del legislador soberano, capaz de hacer y deshacer a su antojo, como ha expuesto Tomás-Ramón FERNÁNDEZ⁶⁹, mito que debería superarse, existiendo argumentos que permiten entender el papel del legislador y del control constitucionalidad de otro modo⁷⁰, en la línea de lo que están ya señalando los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno, como en los casos alemán, francés o portugués nos demuestran⁷¹, y de las reformas normativas, que, incluso a nivel constitucional, se están desarrollando en otros países, como en el caso francés⁷².

En fin, nos parece urgente la pronta matización de la jurisprudencia constitucional española comentada, que convierte en papel mojado cualquier esfuerzo para reconectar a España con el movimiento de la *better o smart regulation*, de la calidad normativa, a que nos referiremos en su momento. Los frecuentes lamentos sobre la legislación desbocada y de mala calidad deberían traducirse prontamente en acciones prácticas, como en nuestros países vecinos, entre las que se cuenta, sin duda, la rectificación de la mencionada jurisprudencia constitucional, así como también de la doctrina sentada por la sentencia de 2010 de la Audiencia Nacional en el ámbito contencioso.

La jurisprudencia que estamos comentando, de mantenerse, además, dejaría sin reacción jurídica la vulneración de las Leyes 39 y 40 de 2015, por cuanto, si no se respetaran y se enviara el proyecto de ley al parlamento, no existiría modo de controlar la vulneración de estas.

En último término, el mantenimiento de la jurisprudencia del TC, que solo considera trascendente la inobservancia de un requisito procedimental contemplado en la Constitución o en una norma que forme parte del bloque de constitucionalidad (art. 28.1 CE), obligaría a elevar los requisitos procedimentales de aprobación de proyectos de ley al nivel constitucional, tal y como se ha hecho en Francia en 2008, mediante la oportuna reforma de la constitución.

⁶⁸ Así, el TC sí declaró la inconstitucionalidad de la omisión de una salvaguarda procedimental prevista en la CE y el Estatuto Canario en la STC 35/1984.

⁶⁹ T.-R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.

⁷⁰ Desarrollados en J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 166 y ss.

⁷² *Ibid.*, pp. 164 y 165.

d) *Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes de 2015*

De todo lo expuesto, podemos tener una cierta idea del panorama existente antes de octubre de 2016, momento de entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015, en relación con la mejora regulatoria:

- a) Existían deficiencias normativas, puesto que, por ejemplo, la Ley estatal del Gobierno de 1997 no había incorporado los avances en mejora regulatoria que se habían incluido, en cambio, en el mencionado Real Decreto de 2009 y en legislaciones autonómicas. Asimismo, existía una dispersión normativa en diversas leyes, como hemos visto, que no tenían conexión con la regulación estatal del procedimiento de elaboración de normas jurídicas.
- b) Si bien desde 2009 se exigía la evaluación de impacto normativo a nivel estatal, un análisis de las evaluaciones *ex ante* que se acostumbra a desarrollar en la práctica, cuya calidad no depende solo de las deficiencias normativas antes vistas, sino, sobre todo, de una cultura determinada, permite detectar cumplimientos meramente formales, si bien está por hacer un estudio empírico riguroso del periodo descrito⁷³.
- c) El papel de los tribunales de justicia de lo contencioso en la garantía de la calidad normativa, fundamental en la práctica, venía siendo un tanto errática, aunque se iba consolidando un control serio y riguroso de la ponderación, fundamentación y justificación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria, como vimos. En cambio, en el ámbito de los anteproyectos de ley las sentencias de la jurisdicción contenciosa existentes eran reacias a controlar

⁷³ Un ejemplo no precisamente positivo lo constituye la memoria conteniendo la evaluación del impacto normativo del anteproyecto de la que luego sería la Ley 10/2012, que, como es sabido, introdujo una nueva regulación de las tasas judiciales. Un análisis de la misma revela que no se realizó una evaluación de impactos sociales (p. 19), no se analizaron las cargas para demandantes de acuerdo con el mencionado SCM (p. 20), el análisis de los ingresos para la Administración del Estado es «extremadamente aproximativo», aunque al menos existe, cosa que no ocurre con el cálculo de los costes para los privados (p. 21), y en la p. 11 se indica que: «Se considera que no hay otra alternativa a la norma proyectada, ya que solo mediante el establecimiento de una tasa es posible ayudar a contribuir en la financiación de la actividad judicial y a contribuir al coste que supone al Ministerio de Justicia la implementación de los recursos humanos y materiales necesarios», lo que es una declaración puramente formalista, siendo evidente que había otras (por ejemplo, no imponer tasas a personas físicas).

Finalmente, dicha regulación se deroga tres años más tarde mediante el Decreto-ley 1/2015, con un reconocimiento de la falta de evaluación *ex ante* adecuada de los impactos, indicándose que:

«Finalmente, por lo que se refiere al art. 11 de este real decreto-ley, debe indicarse que, transcurrido un plazo razonable desde la adopción del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, en materia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se ha podido constatar que resulta inaplazable atender a la situación económica desfavorable de un importante número de ciudadanos que, no siendo beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita, debe ser objeto de atención en cuanto al impacto que sobre ellos está teniendo el sistema de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la conexión entre la situación de necesidad expuesta y las medidas que se adoptan en este real decreto-ley es clara, pues las modificaciones que se introducen conllevan un efecto favorable inmediato dado que la entrada en vigor de esta norma supondrá la exención del pago de la tasa por parte de las personas físicas».

- la existencia de buena administración alegando la concurrencia de una decisión política incontrolable. Asimismo, el Tribunal Constitucional español se ha negado sistemáticamente a controlar los supuestos en que un proyecto de ley ingresa en las Cortes sin respetar los requisitos legales (y constitucionales, art. 88 CE) de fundamentación suficiente, a diferencia de otros Tribunales constitucionales de nuestro entorno.
- d) Si hasta el momento estas tendencias expuestas se refieren a la evaluación *ex ante*, cabe destacar la tradicional práctica inexistencia de evaluación *ex post* articulada como tal en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros, como, por ejemplo, por citar un país de habla hispana, el chileno⁷⁴.
 - e) Antes de la entrada en vigor de las leyes de 2015, ya existía la posibilidad de mejorar el *status quo*, sin necesidad de esperar a ninguna reforma normativa, porque la normativa vigente era un *mínimo*, que podía ser completado por la diligencia de los gestores públicos. El Derecho vigente no era perfecto, pero no tampoco era un obstáculo paralizante. Creemos que la tradición político administrativa española había pesado, más que el marco normativo, en la poca relevancia otorgada en la agenda política a estas cuestiones y en el cumplimiento meramente formal realizado de las obligaciones normativas.
 - f) La Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas, ahora desaparecida, había perdido desde 2009 su competencia inicial para la evaluación de impactos normativos, por lo que la política de mejora regulatoria en España quedó *descabezada* desde entonces, en el sentido de no contar, a diferencia de otros países, de unidades administrativas que, con una u otra configuración, se ocupen de impulsar la mejora regulatoria de forma institucionalizada, acompañando, asesorando, formando e, incluso, *meta evaluando*⁷⁵.

⁷⁴ En Chile, se ha constatado una evolución a partir del establecimiento del Departamento de Evaluación de la Ley, como parte de la Oficina de informaciones, encargada de la recopilación de datos e información para la cámara de diputados, una unidad recientemente creada, que tiene a su cargo la evaluación *ex post* de algunas leyes en el país. El departamento de evaluación de la Ley se creó el 21 de diciembre de 2010 por acuerdo de la comisión de Régimen interno, administración y Reglamento. El acuerdo se formalizó en la nota Oficio 381, de la Presidencia de la cámara de diputados. Posteriormente, se ratificó por medio de la Resolución 857, del 27 de enero de 2011, firmada por el secretario General de la cámara de diputados.

En España, destaca la reciente experiencia con la evaluación de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de Cataluña, la Ley 19/2014, cuyo art. 92 encarga al defensor del pueblo catalán dicha evaluación con carácter anual, cosa que ha realizado por primera vez en 2016. Puede consultarse la evaluación hecha en español aquí: <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=356>.

⁷⁵ Caso conocido de los Estados Unidos, con la *Office of information and regulatory affairs (OIRA)* (http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_regmatters/). En México opera la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (o COFEMER: <http://www.cofemer.gob.mx/>) órgano administrativo descentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado a la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. La COFEMER fue creada en el año 2000 mediante reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El mandato de la COFEMER es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que estas generen beneficios superiores a sus costos y

Nótese, que, de todos estos elementos, las deficiencias del marco normativo vigente, existiendo, no eran, ni en número ni en relevancia, el principal problema existente hasta la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015.

Es en este contexto, imprescindible de conocer para saber exactamente qué aportan las nuevas leyes, donde podemos pasar a referir brevemente las principales novedades.

III. LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015. NOVEDADES Y PAPEL DE LA NUEVA UNIDAD DE CALIDAD NORMATIVA DEL MINISTERIO DE PRESIDENCIA. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017

A. LAS NOVEDADES DE LA LEY 39/2015

El preámbulo de la Ley 39/2015 es muy revelador del contexto en que dicta esta ley y que se ha expuesto anteriormente, aludiéndose a la relevancia del tema⁷⁶. En el mismo se hace referencia específica a un informe de la OCDE, organización muy activa en este ámbito, como nos consta. Así se indica que «se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement»⁷⁷. En este informe, la OCDE señala

el máximo beneficio para la sociedad. Al frente de la COFEMER se encuentra un Director General quien es designado por el presidente de la República.

⁷⁶ IV. «Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa (“*Better regulation*” y “*Smart regulation*”). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que 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 administrativas. Para ello, resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes.

En la última década, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, supusieron un avance en la implantación de los principios de buena regulación, especialmente en lo referido al ejercicio de las actividades económicas. Ya en esta legislatura, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, ha dado importantes pasos adicionales, al poner a disposición de los ciudadanos la información con relevancia jurídica propia del procedimiento de elaboración de normas.

Sin embargo, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes».

⁷⁷ El informe se puede consultar en español, aquí <http://www.oecd.org/gov/PGR%20Spain%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>.

la insuficiencia de la aproximación desde la idea de simplificación a esta cuestión, que, como ya os consta, es un tema diferente, complejo y con unas interconexiones con la calidad del comportamiento público muy notables. El mismo señala que: «Un buen escrutinio apoya el buen gobierno. La transparencia se asocia en la CORA particularmente con la calidad y accesibilidad de la información requerida para garantizar disciplina presupuestaria [...]. Sin embargo, a pesar de su complementariedad y capacidad de reforzamiento mutuo, estas reformas no han sido tratadas hasta ahora como parte de un paquete único e integral. A medida que se avanza, el gobierno de España debe asegurar la coordinación estratégica de estas reformas y las unidades e instituciones responsables de su implementación, para maximizar su potencial y garantizar consistencia» (p. 12).

La ley se apoya en el art. 149.1 de la CE para dictar, con carácter básico, una serie de reglas y principios de buena administración regulatoria que se habrán de aplicar en todos los niveles administrativos españoles.

En ese sentido, parece ir en contra de la jurisprudencia del TC, que ya en su conocida STC 15/1989, de 25 de enero, en su FJ 7.ºc), excluyó la competencia estatal sobre el procedimiento para la elaboración de reglamentos, en base, en nuestra opinión, a un discutible 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 este 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), incluyéndose ahora en el procedimiento administrativo común el procedimiento de elaboración de reglamentos y leyes, que se unifican, desde una perspectiva de hacer común no solo las garantías de defensa de los ciudadanos, sino también las garantías de buena administración⁷⁸. Sin embargo, la STC 91/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017), ha entendido respetuoso con el orden constitucional de competencias la regulación existente en la Ley de Economía Sostenible que incorporaba ya principios de buena regulación bajo la cobertura del art 149.1.18 CE⁷⁹.

⁷⁸ Con más detalle, J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., pp. 586 y ss.

⁷⁹ «Los principios de buena regulación, tal como se encuentran plasmados en el art. 4 de la Ley de economía sostenible, se caracterizan por su generalidad y escaso contenido normativo. Más que incorporar mandatos concretos, dirigidos a las Administraciones públicas, que son sus destinatarias, este artículo contiene directrices, criterios orientativos y pautas de actuación. Lo mismo se puede afirmar respecto de los arts. 5 y 6.1 que enuncian, de forma abstracta, instrumentos tendentes a la consecución de dichos principios, y se hace también extensivo a los apartados 2 y 3 del art. 6 y al art. 7, que únicamente plasman fórmulas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aras a la consecución de los mismos fines. Por tanto, todos estos preceptos tienen cabida competencial dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Siguiendo la doctrina recogida en el FJ 3 de la STC 50/1999 (reproducida luego en las SSTC 130/2013 y 141/2014, referidas anteriormente) estos principios (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y los mecanismos para su implantación se articulan como normas generales

En cuanto, específicamente, a la elaboración de anteproyectos de ley, hemos sostenido que consideramos que la tramitación de un proyecto de ley se efectúa en el seno de un procedimiento administrativo desarrollado por los servicios de las consejerías, por lo que nada obsta, a nuestro entender, a que dentro del procedimiento administrativo común para la elaboración de normas vinculado al art. 149.1.18 CE tenga cabida una regulación estatal sobre el procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley, cosa, por cierto, que ya ocurría antes con los principios de buena regulación, incluidos en la Ley de economía sostenible de 2011 ya aludida⁸⁰.

En el art. 1 de la Ley se señala que solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley, también hay que entender en relación con la elaboración de reglamentos y proyectos de ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. Se demanda así al futuro legislador una evaluación de pros y contras en el diseño procedimental, un análisis de costes y beneficios como el exigido en otros países⁸¹.

Como ya sabemos, estos preceptos regulan conjuntamente la iniciativa legislativa del Gobierno y la elaboración de normas con rango de ley y el ejercicio de la potestad reglamentaria.

que han de inspirar la actividad normativa de todas las Administraciones a fin de garantizar, en este ámbito, unos objetivos y reglas directrices comunes dirigidos, en última instancia, a mejorar la calidad técnica de las normas. Se trata así de unos principios básicos de «funcionamiento», concepto este que incluye, como hemos dicho, «actividades jurídicas típicas» de la Administración.

Considerando además que la actividad normativa de las Administraciones públicas tiene *per se* incidencia externa, puesto que sus destinatarios naturales son los administrados, la afectación de los intereses y derechos de estos es indudable, por lo que nos encontramos ante un ámbito material propio a la acción del legislador básico. El mínimo común denominador que estos principios tratan de establecer responde además, en este supuesto, a intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, en sentido similar al que acogimos en las SSTC 130/2013 y 99/2012 precitadas, siendo así que varios de ellos son reflejo de preceptos constitucionales [así, el art. 9.3 CE ya recoge la seguridad jurídica y la publicidad de las normas; el artículo 103.1 CE plasma el principio de eficacia de la actuación administrativa y el art. 105.a) CE consagra los principios de audiencia a los ciudadanos y de participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten].

⁸⁰ Con más detalle, se sostiene esta argumentación en J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

⁸¹ Sobre el ámbito estadounidense y la jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, *op. cit.*, pp. 533 y ss. Téngase en cuenta, sin embargo, que el art. 129.4 de la Ley prevé que en virtud del principio de buena regulación de seguridad jurídica: «Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley, estos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta.

Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. 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, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija».

La ley recoge unos principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia), siguiendo en gran parte los ya existentes anteriormente en la Ley de Economía Sostenible, ahora derogada en este punto. Entre las novedades destacables se encuentran:

- El art. 129.1 recoge ahora la necesidad de que «en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios».
- El art. 129.2 exige ahora que, en virtud de los ya conocidos principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe ser «el instrumento *más adecuado* para garantizar» la consecución de los fines de interés general perseguidos.
- El art. 129.5, señala que en virtud del principio de transparencia, «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 art. 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas»⁸².
- El art. 129.6 y 7 exigen, en virtud del principio de eficiencia, no solo evitar cargas administrativas innecesarias, sino también que la evaluación de impactos se racionalice la gestión de los recursos públicos y cuando se 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.
- El art. 130 se refiere a la evaluación *ex post* de normas, estableciendo una obligación general de realización, sin detalles, debiéndose plasmarse la misma en un informe público, con remisión reglamentaria a cada Administración en cuanto a la concreción de estos aspectos.
- El art. 132 prevé, por primera vez en España, la obligación jurídica de todos los niveles de poder normativo de publicar anualmente un Plan Normativo con la previsión de las iniciativas prevista para su aprobación en el año siguiente, debiéndose publicar en el Portal de Transparencia correspondiente (cosa que ya ha hecho el Estado a fecha de diciembre de 2017, así como diversas CCAA y pocos municipios aún). Obviamente, la no publicación en el Plan de una norma finalmente aprobada o la no aprobación de una inicialmen-

⁸² El art. 131 permite, pero no obliga, que la publicación de las normas se pueda realizar mediante otros medios de publicidad complementarios a los diarios oficiales. Téngase en cuenta la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno que obliga a la publicación en el Portal de Transparencia.

te prevista en el Plan no determinaría la invalidez de la regulación solo por ese motivo, siempre que se justifique en ambos casos los fundamentos y razones de la situación, pues en su ausencia, podría concluirse por un tribunal que no hubo respeto de las obligaciones de buena administración y de ponderación diligente, lo que podría dar lugar a consecuencias jurídicas⁸³. Cosa distinta puede ser la no aprobación del plan previo a la aprobación de las normas.

Al respecto, como es sabido, el Tribunal Supremo está anulando convocatorias de subvenciones por ausencia del Plan Estratégico que las administraciones deben tener con carácter previo al otorgamiento de cualquier subvención. Nos parece que esta doctrina podría y debería ser perfectamente extensible al caso que nos ocupa⁸⁴.

En todo caso, se trata de una técnica, esta de la planificación normativa, ya empleada hace tiempo en otros países y recomendada por la UE⁸⁵. Su

⁸³ En caso de no aprobación, la condena a la Administración para que proceda a la misma (con los límites y posibilidades que la jurisprudencia del TS, como es sabido, ha establecido al respecto, véase por ejemplo, STS 23 de enero de 1998: «Es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar»). En caso de aprobación, su anulación, por improvisación y falta de ponderación diligente con vulneración del derecho a una buena administración.

⁸⁴ Sentencia núm. 306/2013, de 28 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Enrique Lecumberri Martí).

«Efectivamente, el artículo 8.1 de la ya citada Ley General de Subvenciones establece:

“1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”.

De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico.

Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada.

Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:

“3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.
 b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
 c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

Es decir, la propia norma —y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad— alude a los objetivos de transparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13.ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia.

Es claro, por no ser ni siquiera discutido en el proceso, que dicho Plan Estratégico no ha sido elaborado por lo que procede, pues, estimar el primer motivo de impugnación y, con ello siendo innecesario examinar el segundo, estimar el recurso y decidir la cuestión litigiosa en primera instancia».

⁸⁵ Véase el caso australiano, por ejemplo (<http://www.aasb.gov.au/About-the-AASB/Government-reports/Annual-Regulatory-Plan.aspx>) y la herramienta núm. 38 de la caja de herramientas de

razón de ser tiene que ver con la previsibilidad de la actividad regulatoria, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la confianza legítima de los ciudadanos, así como la incentivación de la participación ciudadana en general y no solo de los grupos de presión en particular.

En cuanto, precisamente, a la participación ciudadana (las llamadas consultas al público, en el lenguaje europeo de la mejora regulatoria), el art. 133 introduce una consulta pública previa al inicio de la elaboración de la norma (apdo. 1)⁸⁶ si bien podrá prescindirse de ella 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, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero» y «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» (apdo. 3). Todo ello sin perjuicio de los tradicionales trámites de audiencia e información pública, que parece vehicularse ahora mediante «el portal web correspondiente»⁸⁷.

B. LAS NOVEDADES DE LA LEY 40/2015

En la misma línea que la Ley 39, la Ley 40 alude en su Preámbulo a la OCDE y su informe sobre España de 2014, ya citado, añadiendo que «se modifica el Título V de la Ley del Gobierno, con dos finalidades. En primer lugar, se reforma el procedimiento a través del cual se ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, en línea con los principios establecidos con carácter general para todas las Administraciones en la Ley de Procedimiento Administrativo y que entrañan la elaboración de un Plan Anual Normativo; la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas; el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo; la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa; y la evaluación *ex post* de las normas aprobadas» y explicando cómo «es la Comunicación

la mejora regulatoria de la UE de 2015: http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf.

⁸⁶ En la que «se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias».

⁸⁷ La pregunta pertinente sería si bastará con esa publicación en el portal *web* o la Administración mantiene la carga de notificar el trámite a los interesados..., parecería a la vista de 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 o bastaría con dicha publicación. Véase ahora http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Mas-Transparencia/ParticipacionProyectosNormativos.html.

de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008 (A “*Small Business Act*” for Europe) la que entre sus recomendaciones incluye la de fijar fechas concretas de entrada en vigor de cualquier norma que afecte a las pequeñas y medianas empresas, propuesta que se incorpora a la normativa estatal y que contribuirá a incrementar la seguridad jurídica en nuestra actividad económica»⁸⁸.

La Disposición Final tercera de la Ley modifica la Ley del Gobierno de 1997, con las siguientes novedades que pueden destacarse.

Una que parece haber pasado desapercibida, es un nuevo régimen de entrada en vigor de las leyes estatales. De acuerdo ahora con el art. 23 de la modificada Ley del Gobierno:

«Artículo 23. Disposiciones de entrada en vigor.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de esta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

Lo previsto en este artículo no será de aplicación a los reales decretos-leyes, ni cuando el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas u otras razones justificadas así lo aconsejen, debiendo quedar este hecho debidamente acreditado en la respectiva Memoria».

El nuevo art. 25 prevé la obligación del Gobierno del Estado de aprobar anualmente un Plan Normativo, de los que ya hemos mencionado antes (como efectivamente ha hecho en diciembre de 2018 y es consultable en el portal de transparencia estatal). La previsión es más concreta que en la Ley 39 por cuanto señala que el Plan «identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos» (art. 25.2). Además «cuando se eleve para su aprobación por el órgano competente una propuesta normativa que no figurara en el Plan Anual Normativo al que se refiere el presente artículo será necesario justificar este hecho en la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo». La coordinación el Plan queda en manos del Ministerio de la Presidencia, que lo elevará al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 30 de abril de cada año, remitiéndose a una orden posterior los detalles.

De conformidad con el art. 28 de la Ley del Gobierno, ahora modificada el Plan ha de ser evaluado anualmente:

⁸⁸ Véase la comunicación mencionada en español aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=EN>. En la misma «se invita a los Estados miembros a: considerar la utilidad de introducir fechas comunes de inicio y relaciones anuales de la normativa que entre en vigor» (p. 9).

«Artículo 28. Informe anual de evaluación.

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, aprobará, antes del 30 de abril de cada año, un informe anual en el que se refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el citado Plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa.

2. En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.

b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.

c) La sostenibilidad de la disposición.

El informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis».

El nuevo art. 25 (con 11 largos apartados) y el art. 26 (en referencia específica a la tramitación urgente, de la vamos a prescindir aquí) se ocupan pormenorizadamente (con un grado de detalle reglamentístico, en realidad) del procedimiento que se formaliza de aprobación de normas con rango de ley y de reglamentos (los Decretos-Leyes tienen un régimen peculiar, obviamente, apdo. 11 del art. 26). El régimen de participación ciudadana se sitúa en la línea ya explicada a propósito de la Ley 39 (apdos. 2 y 6 del art. 26). La Memoria de Análisis de Impacto Normativo viene descrita exhaustivamente en el apartado 3 (debiendo incluir un listado *pormenorizado* de normas que serán derogadas; la medición del impacto económico y presupuestario, incluyendo aspectos de competencia, unidad de mercado y competitividad, indicándose la necesidad de realizar un test Pyme con metodología de la UE; una identificación y medición de cargas administrativas; toma en consideración del impacto de género; resumen de las aportaciones de la consulta previa). No se aluden a aspectos sociales o medioambientales, que, sin duda deben entenderse de ponderación necesaria, de acuerdo con el párrafo final de este apartado 3: la Memoria «incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente», lo que no otorga discrecionalidad a este, sino que somete su criterio a las exigencias constitucionales y legales referidas a derechos sociales y ambientales).

De acuerdo con el art. 26, apartado 8:

«Cumplidos los trámites anteriores, la propuesta se someterá a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación y, en caso de proyectos de ley, su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompa-

ñándolo de una Exposición de Motivos y de la documentación propia del procedimiento de elaboración a que se refieren las letras *b*) y *d*) del artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su normativa de desarrollo».

El Ministerio de la Presidencia es el competente para asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del gobierno, de acuerdo con el art. 26, apartado 9. Cosa que efectuará, mediante un «órgano encargado de la realización de esta función» (que contempla hasta siete ítems concretos en este apdo. 9), cuya composición «se determinará reglamentariamente», así como su «modo de intervención en el procedimiento» (hurtrandose así de la farragosa regulación legal las líneas generales de uno de los aspectos nucleares de la cuestión).

C. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017

Finalmente destacar que, en los últimos meses, la actividad en torno a la mejora regulatoria ha sido intensa en el ámbito estatal. Por un lado, la regulación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo se encuentra en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo⁸⁹.

Por Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, se aprobó la regulación respecto al Plan Anual Normativo y al Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se creó la Junta de Planificación y Evaluación Normativa⁹⁰. Téngase en cuenta también el Plan normativo 2018 estatal aprobado, como ya se dijo. El mismo prevé las normas a aprobar en 2018 y las a evaluar *ex post* ese mismo año, varias docenas⁹¹.

Considérese, asimismo, la regulación de la nueva oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Departamento de presidencia se encuentra en el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa⁹².

D. VISIÓN GLOBAL SOBRE EL NUEVO MARCO LEGAL DE LA MEJORA REGULATORIA EN ESPAÑA

A la luz del análisis de los antecedentes existentes y de la nueva regulación, podemos extraer algunas conclusiones provisionales, a la espera de la evaluación *ex post* que debiera hacerse en los próximos años de la aplicación de las Leyes 39 y 40 de 2015:

⁸⁹ Disponible aquí: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13065>.

⁹⁰ Disponible aquí: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3415.

⁹¹ Disponible aquí: http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documentos/2017/refc20171207e_2.pdf.

⁹² Disponible aquí: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-50.

- El hecho de que se halla elevado a rango de ley, en el nivel estatal, esta cuestión aparece como positiva. Sin embargo, la nueva regulación es excesivamente prolija y a la vez remite a futuras disposiciones reglamentarias cuestiones muy relevantes del sistema de calidad regulatoria, como el órgano encargado de velar por la misma en el ámbito estatal. Además, mantiene un sesgo economicista ya muy presente en la etapa anterior. No se hace énfasis en la necesidad de evaluar también los impactos sociales y ambientales, aunque haya que entender que, sin duda, por la lógica de la evaluación del impacto normativo ya explicada y por las exigencias constitucionales y legales sobre derechos sociales y ambientales, la sostenibilidad social y ambiental deba ponderarse.
- Se mantiene la obligación jurídica de realizar evaluaciones de impacto de todo tipo de normas jurídicas y de supervisar estas por el futuro órgano, sin distinguir su relevancia o posibles impactos. Esto puede producir una *parálisis por análisis* o, alternativamente, nos tememos, seguir con un cumplimiento meramente formal de trámites que no redunde, realmente, en una mejora de la toma de decisiones regulatorias. Hubiera sido preferible, en nuestra opinión, escoger algunos tipos de normas donde realizar al menos la supervisión de la evaluación de impactos y sacrificar la cantidad por la calidad⁹³.
- Está por ver el funcionamiento de la evaluación *ex post* de normas jurídicas, ámbito donde España tiene muy poco bagaje y tradición, siendo este un ámbito de enorme relevancia.
- No se han incorporado técnicas de mejora regulatoria como la posibilidad de introducir cláusulas *sunset* en futura normativa a aprobar, lo que hubiera sido positivo para normalizar este instrumento. No se ha previsto directamente la propia evaluación *ex post* de las previsiones expuestas. No se ha regulado el papel de los *grupos de presión* en la toma de decisiones normativas ni tampoco se ha aprovechado para introducir con claridad el tema de la llamada *huella legislativa*, sí existente en otros países⁹⁴. Pero la mención del

⁹³ Así en Estados Unidos, la ya mencionada OIRA solo realiza evaluaciones de impacto en ciertos casos. Bajo la Orden Ejecutiva 12866, OIRA es responsable para determinar qué acciones reguladoras son «significativas». Las acciones reguladoras significativas están definidas como aquellas que:

Tienen un efecto anual en la economía de \$100 millones o más o afectan adversamente de una manera material la economía, un sector de la economía, productividad, competición, empleos, el entorno, seguridad o salud públicas, o gobiernos estatales, locales o tribales.

Crean una incongruencia seria o de otro modo interfieren con una acción tomada o planeado por otra agencia.

Materialmente altera el impacto presupuestario de derechos, subvenciones, costes de usuario, o programas de préstamo o los derechos y obligaciones de recipientes del mismo.

O suscitan nuevas cuestiones fuera de la ley, las prioridades presidenciales o Presidente o los principios de dicha Orden Ejecutiva.

⁹⁴ La huella legislativa es un documento que detallaría el momento, la persona y el objeto de un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica, con el objeto de asegurar que la influencia de los grupos de interés en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionada, lo que llevaría a una indebida influencia y a una captura del regulador. Actúa como un elemento de prevención de la corrupción y de rendición de cuentas tanto del poder ejecutivo, el que aquí nos interesa, como del legislativo. En la Ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la

art. 26. 10 de la Ley 40/2015, referido a que «se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas» debería ser suficiente para que quedara constancia en el expediente de cualquier contacto informal durante el procedimiento, como exigencia insoslayable del derecho a una buena administración⁹⁵. No aparece en la ley, ni en el contexto de su aprobación, ninguna referencia al papel de las ciencias conductuales ni a las posibilidades del *nudging*, aunque eso, claro está, no ha de impedir su impulso en España, todavía atrasada en este punto respecto a países vecinos⁹⁶.

- La creación de un organismo especializado en estas tareas en el ámbito estatal aparece como un paso positivo. Está por ver, sin embargo, cómo se articulará el mismo en la práctica.
- El mejor marco normativo sobre calidad normativa no funcionará nunca en España sin una concienciación política al más alto nivel (como ha ocurrido en los casos, ya aludidos, de, por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos o el primer ministro británico).
- El mejor marco normativo y la inclusión de este tema en la agenda política no permitirán un salto cualitativo si no existe formación técnica, aspecto este que debería ser asumido por Universidades y Escuelas de Administración Pública de forma decidida y transdisciplinar.

información y buen gobierno, se recoge en el art. 10.1.d), cuando exige que se publique en el portal de transparencia la intervención de los grupos de interés.

Véanse los principios de la OCDE sobre *lobbies*, especialmente el núm. 6 referido a esta cuestión: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>.

⁹⁵ Véase al respecto, el razonamiento del TJUE en su Sentencia de 12 de junio de 2014 (caso T286/09, que aclara las obligaciones derivadas de este derecho en relación a reuniones informales de las autoridades comunitarias). Esta sentencia señala lo siguiente:

«Second, as regards the principle of good administration laid down in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights, it is apparent from settled case law that that principle imposes a duty on the competent institution to examine carefully and impartially all the relevant aspects of the individual case (Atlantic Container Line and Others v Commission, paragraph 359 above, paragraph 404, and Joined Cases T-458/09 and T-171/10 Slovak Telekom v Commission [2012] ECR, paragraph 68). Although there is no general duty on the part of the Commission to establish records of the discussion which it has had with the complainants or other parties during the meetings or telephone conversations held with them (see, to that effect, Atlantic Container Line and Others v Commission, paragraph 359 above, paragraphs 351 and 385, and Groupe Danone v Commission, paragraph 614 above, paragraph 66), the fact none the less remains that the principle of good administration may, depending on the circumstances of the particular case, be under a duty to make such a record of the statements it receives (see, to that effect, Case T-15/02 BASF v Commission [2006] ECR II-497, paragraph 501). 620 In that regard, it should be pointed out that the existence of a duty on the Commission to record the information which it receives during meetings or telephone conversations and the nature and extent of such an obligation depend on the content of that information. The Commission is required to establish adequate documentation, in the file to which the undertakings concerned have access, on the essential aspects relating to the subject matter of an investigation. That conclusion is valid for all information of a certain importance and which bears an objective link with the subject matter of an investigation, irrespective of whether it is incriminating or exculpatory».

⁹⁶ Véase el Informe de la Unión Europea sobre la situación en Europa, *Behavioral Insights Applied to Policy - European Report 2016*, disponible en <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/euro-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>.

- Aun concurriendo todas estas circunstancias, será crucial el papel judicial en el control (y anulación) de aquellas decisiones regulatorias que vulneren el derecho a una buena administración y no midan con diligencia los impactos en el mundo real antes de la promulgación de la norma. Asimismo, si el Tribunal Constitucional no varía su jurisprudencia o no se produce una modificación constitucional, como en otros países de nuestro entorno, incluyendo claramente la necesidad de evaluación de impacto antes de la aprobación de un proyecto de ley, la violación por el gobierno de turno de las previsiones legales, con la sucesiva aquiescencia del Parlamento luego, quedará impune y convertirá en papel mojado la mejora regulatoria.

IV. MEJORA REGULATORIA Y ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS

Si bien ya hemos ido haciendo constante referencia a temas competenciales a lo largo de la exposición anterior, en la parte final de este estudio vamos a recoger algunos puntos avanzados y a sistematizarlos en una exposición de conjunto, teniendo en cuenta, además, el papel que pueden realizar unidades encargadas de la defensa de la competencia en la mejora regulatoria, especialmente la CNMC.

En primer lugar, téngase en cuenta que la nueva regulación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo en toda norma, Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, establece en su art. 2:

«El impacto económico *evaluará* las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma, *incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento con estas materias*. En el análisis del efecto sobre la unidad de mercado se tendrán en cuenta los principios de unidad de mercado, y de buena regulación, en particular el principio de necesidad y proporcionalidad, previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Se evaluará el efecto sobre las pequeñas y medianas empresas realizándose el test Pyme, en los términos que se determine, de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea, en la Guía Metodológica».

En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante Ley 20/2013), si el proyecto afecta a la competencia en el mercado interno de la Comunidad o incide en la unidad de mercado, la memoria económica también debe «analizar tanto las posibles restricciones y obstáculos al acceso de nuevos operadores al mercado como la necesidad y proporcionalidad de las medidas de intervención pública que puedan limitar el libre establecimiento y circulación de los operadores económicos»⁹⁷.

⁹⁷ A. MAUDES y M. SILOS, «El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la ley de garantía de unidad del mercado», *Boletín Económico de ICE*, julio de 2017, pp. 3 y ss.

Al margen del contenido obligado de la memoria económica, en el procedimiento de elaboración de proyectos normativos también debe tenerse en cuenta lo dispuesto el art. 14 de la Ley 20/2013, y donde se fijan una serie de obligaciones que deben ser atendidas por los órganos que propongan una determinada disposición de carácter general⁹⁸.

Por otra parte, como es sabido, los órganos de defensa de la competencia participan mediante informes en los procedimientos de elaboración de normas [por ejemplo, Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, art. 5.2.a), leyes autonómicas respectivas, por ejemplo, art. 3, letra i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía en relación con la Agencia de Defensa de la Competencia andaluza]⁹⁹. En esta labor sus reco-

⁹⁸ «1. Las autoridades competentes intercambiarán información relativa a los proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado, valorando especialmente la coherencia de dichos proyectos normativos con esta Ley.

2. En los procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, la autoridad competente proponente de la norma pondrá a disposición del resto de autoridades a través del sistema de intercambio electrónico de información previsto en el art. 23 de esta Ley, con la antelación suficiente, el texto del proyecto de norma, acompañado de los informes o documentos que permitan su adecuada valoración, incluyendo en su caso la memoria del análisis de impacto normativo.

3. Las leyes o disposiciones de carácter general que regulen las funciones o la actuación de varias autoridades competentes en relación con las previsiones contenidas en esta Ley garantizarán el principio de simplificación de cargas.

4. Si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes. Asimismo, se asegurará que los medios de intervención no recaen sobre los mismos aspectos en caso de concurrencia de varias administraciones y preverá un sistema por el cual el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de una única administración.

5. Si el proyecto de norma establece o modifica requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica se analizará la consistencia de estos con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes.

6. En los procedimientos de audiencia pública de las leyes y disposiciones normativas de carácter general, los operadores económicos o sus asociaciones representativas podrán pronunciarse sobre el impacto de la normativa en la unidad de mercado».

Para articular esta previsión legal, se ha habilitado una Plataforma Informática, a través de la cual todos los Puntos Únicos de Contacto para la Unidad de Mercado tienen acceso a los distintos sistemas de intercambio de información. Las alegaciones u observaciones que se reciban en esta plataforma por parte de otras Administraciones Públicas serán derivadas al órgano proponente del proyecto normativo para su estudio y análisis y, en su caso, incorporación al texto definitivo del proyecto.

- Cooperación normativa.
- Comunicaciones y supervisión.
- Registros sectoriales.

El Subsistema de Cooperación Normativa, que da plena efectividad a la previsión contenida en el art. 14 de la Ley, tiene por finalidad precisamente el de proporcionar un espacio de intercambio de información para dar a conocer proyectos normativos que tengan incidencia en la unidad de mercado, con el objetivo de facilitar su tratamiento en la correspondiente Conferencia Sectorial u órgano técnico de apoyo, en aquellos casos en que las partes lo consideren oportuno.

Los proyectos normativos deberán incorporarse a la plataforma con la antelación suficiente para facilitar su tratamiento en la correspondiente Conferencia Sectorial, y han de ir acompañados de los informes y documentos que permitan una adecuada valoración de los mismos incluidas las memorias señaladas. Asimismo, deberá señalarse el artículo o artículos del proyecto afectados por la Ley 20/2013.

⁹⁹ J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ y A. J. PARDO SILVA, «Poder regulador y mercado: las memorias e informes de competencia», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, núm. 6, 2011, pp. 259 y ss.

mendaciones para la mejora normativa en garantía de la independencia, con la aplicación de la caja de herramientas aquí vista, incluyendo la promoción de la igualdad en la participación y el reflejo de las reuniones con grupos de presión en la documentación para posibilitar la huella normativa, es relevante.

V. REFLEXIONES FINALES: COORDINACIÓN INTRA E INTERADMINISTRATIVA Y LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE MENTALIDAD PARA MEJORAR LA SITUACIÓN

El nuevo sistema descrito existente tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015 puede ser valorado en una doble dirección. Por un lado, supone un impulso definitivo legislativo a la *better regulation* vinculándola con la valoración de impactos competitivos.

Ahora bien, ese impulso sobre el papel tendrá que plasmarse, en la práctica, en una *necesaria coordinación* entre la nueva oficina de calidad regulatoria creada en el Ministerio de Presidencia ya aludida, los otros órganos, estatales¹⁰⁰ y autonómicos, con competencias en la materia y los entes de *advocacy* (CNMV, entidades autonómicas), así como en un *cambio profundo de mentalidad de los reguladores*, que deberán superar inercias seculares, a las que se refería SANTAMARÍA PASTOR, en cita incluida en la parte final de este trabajo.

La superación de las malas prácticas regulatorias en mi opinión será posible solo si:

1. La cuestión de la mejora regulatoria entra en la agenda política española (estatal, autonómica y local) al más alto nivel, como lo ha hecho en otros países ya citados. Todavía no es esta la situación actual, en nuestra opinión.
2. Se ofrece formación específica y técnica a los reguladores. En no pocas ocasiones, al olvido o negligencia se suma, sobre todo, una falta total de competencia técnica para medir cargas administrativas, efectuar análisis coste-beneficio, etcétera¹⁰¹.
3. Los órganos encargados de la defensa de la competencia, destacadamente la CNMV, siguen su tarea paciente de promoción e información sobre la importancia de la mejora regulatoria.
4. Se evita el riesgo de una *parálisis por análisis*, que podría sobrevenir, precisamente, por la falta de coordinación entre legislaciones y órganos y un exceso de requerimientos en los procedimientos

¹⁰⁰ Así, la Subdirección General de Unidad de Mercado, Mejora de la Regulación y Competencia que desarrolla su actividad a nivel nacional o internacional en estos tres ámbitos, dentro de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.2efe1f7b4e40d4856c8a0f35026041a0/?vgnextoid=e3cfbbbbe1615310VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

¹⁰¹ Hay que celebrar que el Instituto Nacional de Administración Pública haya incluido un módulo de mejora normativa en su Máster sobre liderazgo público, desde hace un par de años. En esta tarea, las Escuelas de Administración Pública de toda España deberían ser líderes.

de elaboración de normas. Aquí la formación aludida, el principio antiformalista, la simplificación y el sentido común deberían evitar este problema, que ha sido descrito en los Estados Unidos como *ossification*, generando una polémica sobre las causas, consecuencias y remedios del mismo¹⁰².

5. Y, en último lugar, pero no menos importante, si los tribunales de Justicia reaccionan, como ya lo están empezando a hacer, en tendencia que debe consolidarse, ante la falta de ponderación diligente de los impactos sociales, ambientales y económicos, incluyendo los competitivos, lo que constituye no un mero defecto «formal», sino, ni más ni menos, que la violación del derecho a una buena administración, reconocido en normas europeas y españolas y declarado en reiteradas ocasiones por el TJUE y nuestro Tribunal Supremo, aspecto en el que no nos podemos detener ahora y que hemos tenido ocasión de tratar en otras ocasiones¹⁰³, incluyendo un análisis detallado de la abundante jurisprudencia que anula decisiones administrativas por vulneración del derecho a una buena administración¹⁰⁴.

En espera de que, como diversos autores, entre los que me cuento, han propuesto la legitimación para la defensa del derecho a una buena administración, también regulatoria, se abra a la *acción pública, al menos en determinados ámbitos y casos*, como la contratación, por ejemplo¹⁰⁵, la legitimación otorgada por su ley ya mencionada a la CNMC «para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados» supone que al menos en este limitado pero importante campo se cuenta con un actor relevante para reivindicar el derecho a una buena administración y la buena regulación ante la justicia.

Lo mismo cabe decir de la previsión contenida en el art. 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, a cuyos problemas, en los que no vamos a entrar ahora, y a las sentencias que lo han aplicado, se han referido BERENGUER y BACHES¹⁰⁶.

¹⁰² Por ejemplo, W. S. JORDAN, «Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?», *Northwestern University Law Review*, núm. 94, invierno de 2000, pp. 393 y ss.

¹⁰³ J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho a un procedimiento Administrativo debido*, Lex Nova, 2001.

¹⁰⁴ J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», *Newsletter INAP*, enero de 2017, consultable en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>. Incluye un análisis de más de 80 sentencias aplicando el derecho a una buena administración, del TEDH, del TJUE y del TS español y de los TJCAA.

¹⁰⁵ F. VICENTE DÁVILA, «La dimensión colectiva del derecho a una buena administración contractual: ¿un status de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?», *Observatorio de la Contratación Pública*, 9 de abril de 2018, consultable en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.343/relmenu.3/chk.cd59d767f2ec7d7817405db67dd9a36e>.

¹⁰⁶ L. BERENGUER FUSTER y S. BACHES OPI, «Actividad Administrativa, Libre competencia y unidad de mercado», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2016.

El conocimiento y alegación judicial del derecho a una buena administración (en este caso, regulatoria) debería convertirse, así, en un aliado inestimable para la buena regulación y la promoción de la competencia y, desde una perspectiva más amplia que debe incluir esta, pero la rebasa, para el servicio objetivo a los intereses generales, pues como señala la STS de 5 de diciembre de 2016, núm. de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, señala que (las cursivas son nuestras):

«A partir de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la necesidad de incorporar al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general la memoria del análisis de impacto normativo (Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio), ha tardado en avanzarse en acentuar el rigor de esta exigencia desde la perspectiva señalada (ponderación del impacto social). No lo hizo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículos 4 a 7), que resulta de aplicación al supuesto de autos. Aunque, más recientemente, sí se percibe un paso adelante en la dirección indicada, tanto en la Ley 39/2015 (artículos 127 y siguientes), como, especialmente, en la Ley 40/2015 (disposición final tercera, por la que se da nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 50/1997, del Gobierno, entre otros, al artículo 26.3.d), ambas de 1 de octubre de 2015. Es evidente la creciente densidad alcanzada por la regulación de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones de carácter general. No obstante ambos textos legales son de fecha posterior a la normativa reglamentaria que nos ocupa.

La ponderación del impacto social contribuye a 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. Desde luego han ido reforzándose paulatinamente las exigencias requeridas en la evaluación del impacto económico y nuestra jurisprudencia también lo

Art. 27. Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

«1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo.

3. Presentada una petición, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, teniendo en cuenta el informe que en su caso haya emitido la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre la reclamación, valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo, informando al operador de su decisión.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia informará al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de los recursos interpuestos y de las peticiones y denuncias recibidas.

5. El plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quedará suspendido hasta que esta le comunique su decisión.

6. En el caso de la acción popular y el derecho de petición previstos en la disposición adicional quinta de esta Ley, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sin perjuicio del derecho de personación regulado en el art. 127 ter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

ha venido a reconocer (como acreditan las Sentencias de 5 y 13 de mayo de 2009, RC 133 y 126/2007 y 131/2007, respectivamente, que su vez invocan la autoridad de otras dos anteriores dictadas por el Pleno de esta Sala de 27 de noviembre de 2006, Rec. 51 y 53/2006, respectivamente; incluso con entendimiento más amplio, Sentencia de 18 de junio de 2012 RC 6513/2009).

Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medio ambiental recogidas ya en el Real Decreto 1083/2009 (artículo 1.2), dentro del contenido de la memoria del análisis de impacto normativo de forma adicional a su contenido propio (artículo 1.1), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que 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 (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016), y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión —Sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009— como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, *con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.*

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (Leyes 39 y 40/2015) en los términos antes indicados».

Finalmente, la preocupación naciente por los impactos en general, y los de competencia en particular, debería complementarse con el impulso, aún muy débil de la evaluación *ex post* de normas ya aprobadas y en vigor, para conocer su impacto en la realidad. En España, a diferencia de otros países, esta evaluación es muy escasa¹⁰⁷, e inexistente el uso de cláusulas *sunset*¹⁰⁸. La evaluación *ex post* ha de constituir, pues, la próxima frontera de la mejora regulatoria y la buena administración.

¹⁰⁷ Un análisis de algunas experiencias, como la chilena o, por ejemplo, la evaluación anual obligatoria del Defensor del Pueblo catalán de la Ley catalana 19/2014 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por mandato expreso de esta, en J. PONCE SOLÉ y A. CERRILLO MARTÍNEZ (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, 2017.

¹⁰⁸ Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a esta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre, por quien esté interesado en ello, que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Por todos, S. RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets And Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, e «Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2 (invierno 2015) disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291. También en español, en el libro mencionado en la nota anterior.

