

# ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO Y CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA\*

INMACULADA REVUELTA PÉREZ  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: ORÍGENES Y DISTINCIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTOS.—III. IMPLANTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *La obligación actual de todas las Administraciones de justificar los reglamentos y analizar previamente sus efectos*: A) Estado de la cuestión de los análisis *ex ante*: a) Un proceso de introducción dispar. b) Configuración. B) Una norma capital: la Ley 2/2011, de Economía Sostenible: a) Obliga a justificar la iniciativa normativa. b) Requiere justificar las ordenanzas que limiten preventivamente el ejercicio de la actividad económica. c) Proyección en el análisis *ex ante*. d) Aplicación a las autoridades independientes. e) Valoración crítica.—IV. SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL COMO GARANTÍA PROCEDIMENTAL DE PONDERACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL REGLAMENTO.—V. CONTROL JUDICIAL: 1. *El limitado papel de las memorias tradicionales*. 2. *Efectos previsibles de la nueva ordenación*: A) Más allá de la legalidad formal: a) Memorias de impacto normativo y control del fondo. b) La justificación como medio de control de la discrecionalidad reguladora en la jurisprudencia norteamericana y del Tribunal de Justicia. B) El reparto de la carga probatoria.—VI. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El trabajo analiza los recientes desarrollos de nuestro ordenamiento positivo en evaluación de impacto previo y justificación de los reglamentos y su incidencia en el control judicial, a la luz de la jurisprudencia sobre el tema. Se sostiene que la implantación de esta técnica puede contribuir a mejorar las normas, al exigir su fundamentación en el procedimiento de aprobación, pero que también puede jugar, en algún caso, un papel importante en la fiscalización de la legalidad del fondo del reglamento, incluso de los elementos discrecionales, como ocurre en el Derecho comparado. En todo caso, suponen un reparto de la carga probatoria de la legalidad del reglamento, que hasta ahora recaía exclusivamente en los recurrentes en el proceso judicial.

*Palabras clave*: análisis de impacto normativo; discrecionalidad reglamentaria; control judicial.

---

\* Proyecto de investigación DER2012-39692-C03-03 del Plan Nacional I+D+i 2008-2011, asociado al DER2012-39692-CO1-01, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Agradezco al Prof. Ronan McCREA, codirector del *Center of Law and Governance, University College London*, la ayuda prestada durante la estancia de investigación realizada en dicha Universidad.

## ABSTRACT

This article analyzes recent progress on regulatory impact assessment and justification of administrative regulations in Spanish Law. It focuses on the consequences on judicial review, considering United States and European Union Courts case law. It is argued that these assessments not only can contribute to improve the decision-making process, but also to facilitate substantive review of these regulations, affecting to the burden of proof.

*Key words:* regulatory impact analysis; administrative discretion; judicial review.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución reconoce la potestad reglamentaria de la Administración (art. 97) y establece reglas y principios (reserva de ley, jerarquía normativa, audiencia a los interesados, etc.) que han permitido extraer importantes límites a su ejercicio<sup>1</sup>. Nuestra legislación administrativa, sin embargo, presta escasa atención a esta potestad, como lo prueba la falta de regulación del procedimiento reglamentario en la Ley 30/1992.

En tiempos de la crisis económica se están introduciendo medidas en el ordenamiento positivo que afectan directamente a la potestad reglamentaria, destacando la implantación de técnicas que tratan de disciplinar el proceso decisorio y hacerlo más analítico, transparente y participativo, como las evaluaciones de impacto normativo, los «principios de buena regulación» o el reconocimiento de derechos de participación. De otra, están proliferando, en la ley formal, mandatos sustantivos que condicionan la producción normativa a la justificación de determinados factores (coste administrativo, restricciones a la actividad económica, reducción de cargas administrativas, etc.).

La Ley 26/2010, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, es un ejemplo, pues contempla un procedimiento muy formalizado que exige analizar las consecuencias del reglamento en términos de opciones de regulación, simplificación administrativa, reducción de cargas y coste-beneficio (art. 64). Varias leyes autonómicas han impuesto obligaciones similares y las exigencias de motivación y análisis previo de los reglamentos estatales se han in-

<sup>1</sup> Entre otros, Joaquín TORNOS MAS (1983), «La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa», *RAP*, 100-102, págs. 471-507; José María BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Civitas; Manuel REBOLLO PUIG (1991), «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125.

crementado enormemente con el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

La Ley 2/2011, de 3 de marzo, de Economía Sostenible, dio un paso decisivo al definir «principios de buena regulación» y obligar a todas las Administraciones a justificar las iniciativas normativas, aunque el legislador ha seguido, y sigue, imponiendo este tipo de obligaciones, como puede comprobarse en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, o en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Este trabajo pretende determinar el alcance de los nuevos condicionantes de la potestad reglamentaria; sobre todo, la función que la técnica del análisis de impacto<sup>2</sup>, importada de ordenamientos jurídicos de tradición político-administrativa y democrática muy diferente a la nuestra, puede desempeñar en nuestro sistema jurídico-administrativo.

## II. ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: ORÍGENES Y DISTINCIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTOS

Los análisis de impacto normativo constituyen la técnica por excelencia del fenómeno *Better Regulation* (entre nosotros, calidad normativa)<sup>3</sup>, cuya finalidad es mejorar el enfoque regulador tradicional, aunque, como luego se verá, comprende otras herramientas y tiene un alcance más amplio que la justificación previa de la producción normativa. La reforma fue auspiciada por la OCDE a finales del siglo pasado y se ha acometido por la Unión Europea y la mayoría de sus Estados miembros en la década de 2000. Sin embargo, la preocupación por la calidad (formal y material) de la legislación no es nueva<sup>4</sup>. MON-

<sup>2</sup> Sobre esta técnica, véanse, entre otros, Anne MEUWEUSE (2008), *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, Kluwer Law International; C. RADAELLI y F. DE FRANCESCO (2011), «Regulatory Impact Assessment», en BALDWIN (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press; Robert BALDWIN (2012), *Understanding Regulation* (2.ª ed.), Oxford University Press, págs. 315 y ss.; y entre nosotros, M.ª Jesús MONTORO CHINER (2001), *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier; Julio PONCE SOLÉ (2003), «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», *RAP*, 162, y (2009), «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior; calidad reglamentaria y control judicial», *RAP*, 180; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2005), «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *RAP*, 167; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ (2009), *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons; y Francisco MARCOS (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *RAP*, 179.

<sup>3</sup> Robert BALDWIN (2011) y Anne MEUWEUSE y Patricia POPELIER (2011), «Legal implications of Better Regulation: A special Issue», *European Public Law*, 17, pág. 456.

<sup>4</sup> En nuestra doctrina, la preocupación por estas cuestiones se manifestó hace tiempo en trabajos pioneros como los de M.ª Jesús MONTORO CHINER (1985), «La calidad de las nor-

TESQUIEU, tomando la idea de los clásicos, ya planteó la conveniencia de analizar previamente la necesidad, eficacia y adecuación de las normas jurídicas a la «naturaleza de las cosas»<sup>5</sup>. Por su parte, BENTHAM advirtió de la dificultad de hacer buenas leyes, que son las fundamentadas en buenas razones<sup>6</sup>.

La calidad normativa pretende, a grandes rasgos, evitar algunos efectos perniciosos de las prácticas reguladoras tradicionales, como la «sobrerregulación», la complejidad, incoherencia o inestabilidad del marco normativo. Los principales medios para lograrlo son los análisis de los efectos de las normas, previos (*ex ante*) y posteriores (*ex post*), y la participación de expertos y ciudadanos en la toma de decisión.

El planteamiento actual —se afirma— no es, necesariamente, desregulador<sup>7</sup>, invocándose diversos fines, como el incremento de legitimidad de las decisiones, la eficacia o la seguridad jurídica, pero su trasfondo económico es evidente, pues se asocia a crecimiento económico y competitividad<sup>8</sup>. Los análisis de impacto se utilizan para evaluar, sobre todo, los efectos económicos de las normas y traducir los intereses en juego a términos cuantitativos, mediante métodos económicos como el análisis coste-beneficio o coste-eficacia.

La Unión Europea está desarrollando una política en este campo, centrada en simplificar la legislación existente, reducir «cargas admi-

---

mas: ¿desafío al Estado de Derecho?: el test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes?», *REDA*, 48, págs. 507-524; Santiago MUÑOZ MACHADO (1986), *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas; SAINZ MORENO y SILVA OCHOA (COORDS.) (1989), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco; o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas.

<sup>5</sup> Ch.-L. MONTESQUIEU, *De la manera de componer las leyes y L'Esprit des Lois*, Libro XIX, ya propuso el análisis de la necesidad, eficacia y adecuación de las normas «a la naturaleza de las cosas».

<sup>6</sup> Jeremy BENTHAM (1981), «De la promulgación de las leyes», en *Tratados de legislación penal y civil*, Ed. Nacional, pág. 579, señala: «para escribir leyes basta saber escribir y para establecerlas basta poseer el poder de hacerlo. La dificultad está en hacerlas buenas y las leyes buenas son aquellas a favor de las cuales se pueden alegar buenas razones»; y (2004) *Nomografía o el arte de redactar leyes*, CEPC: «por nomografía, como ya hemos señalado, se entiende el arte y la ciencia mediante los cuales se puede dar expresión al contenido de la ley, de tal forma que conduzca en el máximo grado posible a la obtención de los fines, cualesquiera que fueren, que el legislador, quien quiera que fuere, puede tener en mente».

<sup>7</sup> En los años sesenta y setenta del pasado siglo se suscitó un intenso debate sobre la necesidad de la regulación económica, que desemboca en el proceso desregulador iniciado por los Gobiernos de Reagan, en Estados Unidos, y Thatcher, en Reino Unido, partidarios de la mínima intervención del Estado en la actividad económica. En la UE, el planteamiento se ha reorientado de «menos regulación» a «mejor regulación». En este sentido, Robert BALDWIN (2005), «Is Better Regulation Smarter Regulation?», *Public Law*, otoño, págs. 485 y ss.

<sup>8</sup> Según la OCDE (2008), las regulaciones inadecuadas frenan el crecimiento económico, al crear obstáculos innecesarios a las transacciones económicas y la percepción de un entorno negativo para los negocios. La mejora de la regulación forma parte de la estrategia de crecimiento adoptada en 2010 por la Unión Europea.

nistrativas» y, en el procedimiento legislativo, consultar a expertos<sup>9</sup> y ciudadanos<sup>10</sup> y analizar sus efectos. La evaluación previa se implantó en 2003 en los actos legislativos<sup>11</sup>, en la fase de iniciativa (propuestas de la Comisión) y aunque no se esté aplicando todavía a la denominada «actividad normativa no legislativa» (actos reglamentarios) y de las agencias, que es la más numerosa, el Tribunal de Cuentas europeo considera que ha influido decisivamente en las políticas de la Unión de la pasada década<sup>12</sup>.

Las implicaciones de la *Better Regulation* son políticas, económicas y de gestión de la Administración, pero también jurídicas, interesando, desde la perspectiva del Derecho administrativo, el efecto de la implantación de estas evaluaciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta herramienta, que precede a este fenómeno, ha funcionado en los países pioneros en su utilización como un medio de control de las normas de la Administración.

Su origen se encuentra en Estados Unidos y surge como reacción a la profusa y compleja regulación ambiental y de seguridad desarrollada a partir de la década de los sesenta del pasado siglo y a la idea de que las agencias que la dictaban no tenían en cuenta sus efectos en la economía<sup>13</sup>.

Los tribunales, el poder ejecutivo (presidente) y el Congreso incrementaron progresivamente las exiguas exigencias de justificación de los reglamentos previstas en la *Administrative Procedural Act (APA)*, aprobada en 1946, destacando el papel catalizador de la jurisprudencia y la implantación formal de estas evaluaciones previas por los presidentes, como instrumento de control político de la regulación de la Administración más dependiente de aquéllos (agencias ejecutivas y departamentos ministeriales).

Existen precedentes, pero la iniciativa presidencial más importante fue la denominada «Orden Reagan» (1981), que, con fines desregu-

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión sobre la obtención y utilización de asesoramiento por la Comisión: principios y directrices. Fortalecimiento de la base de conocimientos para mejorar las políticas, COM (2002) 713.

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas, COM (2002) 704.

<sup>11</sup> La implantación trae causa del *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (1997), actualmente anexo al Tratado de Lisboa, que instituyó la evaluación de impacto para asegurar que antes de adoptarse un acto legislativo se había analizado su necesidad e intensidad. La Comisión Europea ha regulado esta técnica mediante comunicaciones y otros instrumentos de *soft law*.

<sup>12</sup> Informe especial núm. 3/2010: «Las evaluaciones de impacto en las instituciones de la UE: su contribución al proceso decisorio».

<sup>13</sup> PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL (1999), *Administrative Law and Process*, NY Foundation Press, pág. 486.

ladores, prohibió a las agencias ejecutivas, como la *Environmental Protection Agency (EPA)*, aprobar aquellos reglamentos cuyos beneficios económicos para la sociedad no superaran sus costes<sup>14</sup>. Antes de iniciar el procedimiento reglamentario previsto en la *APA* tenían que hacer un *Regulatory Impact Analysis* y remitirlo a un órgano dependiente del presidente, que podía vetarlo<sup>15</sup>. Se impuso a estas agencias, en suma, la obligación de justificar económicamente sus reglamentos ante el presidente, demostrando, mediante análisis prospectivos, que sus beneficios superaban su coste.

Esta Orden sólo tenía efectos internos y, según la misma, no creaba ningún derecho para terceros, ni procedimental ni sustantivo, pero estos análisis de impacto afectaron al control judicial de los reglamentos<sup>16</sup>, pues no sólo lo facilitaban, al aportar información fáctica y técnica de gran utilidad, sino que introdujeron un nuevo elemento en el debate jurídico, esto es, la comprobación de la adecuación del reglamento a los criterios de la ley de delegación, que podían chocar con el impuesto por el presidente (económico). Los tribunales, para garantizar la división de poderes, incrementaron la intensidad del control del cumplimiento de la ley por la agencia.

Las agencias ejecutivas siguen obligadas, hoy en día, a justificar políticamente sus reglamentos, aunque los sucesivos presidentes han introducido matices relevantes en la ordenación de estos análisis<sup>17</sup>. El cambio más significativo se produjo con la, todavía vigente, Orden del presidente Clinton (1993), que derogó la de Reagan, ya que modificó las exigencias probatorias e introdujo nuevos factores de ponderación. Ya no tenía que demostrarse que los beneficios económicos del reglamento superaban sus costes, sino que los justificaban y debían considerarse también otros factores, como la equidad, los impactos distributivos, el medio ambiente o la seguridad. Es más, se admitieron valoraciones cualitativas, reconociéndose la dificultad de cuantificar algunos beneficios (ambientales o sociales). Por otra parte, trató de reducir la influencia de los grupos de interés en la producción normativa de las agencias y abrir el proceso regulador, estableciendo mayores posibilidades de participación pública.

<sup>14</sup> *Executive Order 12291*.

<sup>15</sup> *Office of Management and Budget (OMB)*.

<sup>16</sup> En este sentido, P. RAVEN-HANSEN (1983), «Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291», *Duke Law Journal* (2 Fourteenth Annual Administrative Law Issue), págs. 285-353.

<sup>17</sup> Véanse, entre otros, T. O. MCGARITY (1991), *Reinventing Rationality: The Regulatory Analysis in the Federal Burocracy*, Cambridge; R. PILDES y C. SUNSTEIN (1995), «Reinventing the Regulatory State», *University of Chicago Law Review*, 62; PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL (1999: 480 y ss.).

Las órdenes del presidente Obama se han centrado en la calidad de la información empleada y su base científica, exigiendo fundamentar los reglamentos en la «mejor ciencia disponible» y en la aplicación de los estándares de calidad desarrollados a las agencias independientes, a las que no les resultan aplicables las órdenes presidenciales, por depender del Congreso<sup>18</sup>.

La ordenación de estos análisis contempla, mayoritariamente, directrices y recomendaciones, desarrolladas mediante circulares y otros documentos de *soft law*<sup>19</sup> que se proyectan sobre aspectos procedimentales, como las consultas, y sustantivos, como la identificación de alternativas; la garantía de la coherencia del reglamento con el resto del ordenamiento; o el establecimiento de objetivos en lugar de definirse el comportamiento de las entidades reguladas. También se ha determinado la metodología del análisis coste-beneficio.

El análisis del impacto regulatorio, en definitiva, es una imposición más política que jurídica, pero estas evaluaciones han condicionado decisivamente la regulación norteamericana de las últimas décadas (se alude al «Estado del coste-beneficio»)<sup>20</sup> y jugado un importante papel en su control judicial, como se verá más adelante. El análisis coste-beneficio es polémico<sup>21</sup>, sobre todo en la denominada regulación social (medio ambiente, salud, protección del consumidor, etc.), pero este método no ha dejado de emplearse, debatiéndose desde hace tiempo su codificación.

No sólo existen estos análisis de impacto; la contribución del Congreso a implantar esta técnica se concreta en varias leyes sectoriales que exigen evaluar previamente factores específicos como el riesgo ambiental o para la salud, el coste para las pequeñas y medianas empresas o los Estados<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> *Executive Order* 13563 (2011), «*Improving Regulations and Regulatory Review*»; y *Executive Order* 13579 (2011), «*Regulation and Independent Regulatory Analysis*».

<sup>19</sup> Entre otros, OMB, Circular A-4, «*Regulatory Analysis*» (2003); *Checklist* para los análisis de impacto regulatorio (2010); o «*Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions*» (2011).

<sup>20</sup> Cass SUNSTEIN (2002): *The Cost-Benefit State. The future of Regulatory Protection*, American Bar Association.

<sup>21</sup> S. A. SHAPIRO (2005), «*Unequal partners: Cost-benefit analysis and executive review of regulation*», *Environmental Law Reporter*, 7, págs. 10433-10444; R. L. REVESZ y M. A. LIVERMORE (2009), *Retaking Rationality. How Cost-Benefit Analysis can better protect the environment and our health*, Oxford.

<sup>22</sup> La *Clean Air Act* (1963) exige analizar el riesgo de los contaminantes atmosféricos en la salud humana. La *Regulatory Flexibility Act*, modificada por la *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act*, requiere evaluar el impacto económico de los reglamentos en las pequeñas y medianas empresas (informe de flexibilidad regulatoria). En sentido similar, la reforma de la *Paperwork Reduction Act* (1980) y la *Unfunded Mandates Reform Act* (1995), que prevé el análisis de los costes de los reglamentos federales para los Estados.

En la *Better Regulation* los análisis de impacto normativo no cumplen exactamente la misma función y su alcance es más amplio, pues no se conciben como una vía de interferencia política en la regulación administrativa elaborada por agencias técnicamente especializadas, sino como una herramienta de ayuda a la toma de toda decisión normativa, que suministra información a quien la adopta (sobre todo, responsables políticos) sobre la situación a regular, medios disponibles para lograr los objetivos perseguidos y posibles efectos. Por eso se aplican también a las normas provenientes del Parlamento.

La exigencia de realizar estos análisis no tiene por qué implicar necesariamente la primacía del factor económico (eficiencia) sobre otros intereses públicos; este aspecto tendrá un mayor o menor peso según se configuren, pues no es lo mismo exigir un método analítico estrictamente económico de la norma (por ejemplo, análisis coste-beneficio) que admitir valoraciones cualitativas, como ocurre en la Unión Europea y en nuestro país. Los aspectos a evaluar y justificar también son indicativos de la orientación que pretende darse a la regulación con su implantación. En la Unión Europea, tienen que justificar que el acto legislativo respeta los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y se centran, por ahora, en sus efectos económicos, sociales y ambientales<sup>23</sup>. Entre nosotros hay que analizar sus consecuencias jurídicas, de género, el gasto público, en la actividad económica o la competencia en los mercados, como se verá.

Lo que parece claro es que esta herramienta está llamada a incidir, sobre todo, en las normas de la Administración y en su fiscalización judicial. En un Estado de Derecho, la motivación y justificación son exigibles a cualquier norma jurídica<sup>24</sup>, con independencia de su rango, pero los parámetros de control jurídico no pueden ser los mismos cuando emana del Parlamento y cuando la dicta la Administración.

El Parlamento encarna el principio democrático y su producto, la ley, expresa la voluntad popular. La forma de producción es más transparente y las razones que subyacen en la evolución del texto normativo se hacen explícitas en el debate parlamentario. Por el contrario, los reglamentos provienen de un poder limitado, menos legitimado en términos democráticos, salvo en el caso de los entes locales, y más justificado por su conocimiento técnico.

El ejercicio de la potestad normativa de la Administración, por otra parte, está mucho más limitado jurídicamente, pues no sólo está con-

---

<sup>23</sup> Comunicación de la Comisión sobre la evaluación del impacto, COM (2002) 276, final. Actualmente se trabaja en la integración de los derechos fundamentales y la cohesión económica y social en las evaluaciones de impacto normativo.

<sup>24</sup> Manuel ATIENZA (2012), *El sentido del Derecho* (2.ª ed.), Ariel, pág. 268.



dicionado por la Constitución, el Derecho de la Unión y los principios generales del Derecho, sino también por las leyes, especialmente la habilitante. Por otra parte, el procedimiento decisorio, al no existir debate parlamentario, es más opaco y, por tanto, más permeable a la influencia de grupos de interés determinados en los órganos decisorios, pertenecientes a un concreto partido político, resultando más necesario, por tanto, establecer garantías procedimentales de objetividad e imparcialidad.

A ello hay que añadir que el contenido de los derechos, en particular los patrimoniales, se determina, en gran medida, a través de normas reglamentarias, pues no es extraño, pese a la reserva a la ley, que las leyes establezcan criterios abiertos y poco precisos sobre la intervención pública en los sectores económicos y dejen a los reglamentos su concreción e, incluso, la elección de los medios. En este sentido, la actividad normativa de la Administración, aun teniendo un alcance general, suele tener una dimensión aplicativa que requiere de un procedimiento apropiado, diferente al legislativo, que asegure la consideración de todos los elementos implicados, sobre todo los más técnicos, y las circunstancias concurrentes, así como unas vías de recurso por los particulares más amplias (STC 129/2013 y STJUE de 3 de octubre de 2013, C-583/11).

Por ello resulta comprensible que los estándares de análisis y justificación previa de las normas que contempla el ordenamiento positivo condicionen en mayor medida a la Administración, y que el control judicial de estos aspectos y, en general, de las garantías procedimentales deba ser más riguroso en el caso de los reglamentos.

En lo que sigue se analiza sucintamente la configuración de esta herramienta en nuestro ordenamiento positivo, a los efectos de determinar su alcance en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

### III. IMPLANTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### 1. *La obligación actual de todas las Administraciones de justificar los reglamentos y analizar previamente sus efectos*

##### A) *Estado de la cuestión de los análisis ex ante*

##### a) *Un proceso de introducción dispar*

En nuestro país, la implantación de las modernas evaluaciones previas de las normas ha comenzado a finales de la década pasada. El

proceso, que tiene su origen en la aprobación de la Directiva de Servicios y las exigencias de motivación que impuso<sup>25</sup>, sigue abierto y se está caracterizando por su falta de homogeneidad para las distintas Administraciones y la dispersión normativa, pues son diversas las leyes que imponen obligaciones de justificación, como las Leyes 17/2009, de Libre Prestación de Servicios; 2/2011, de Economía Sostenible; o 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pero sólo en algunas de ellas se han regulado estas evaluaciones.

En la Administración estatal se están realizando ya, siguiendo unas pautas metodológicas definidas que establecen el ya citado RD 1083/2009, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y la *Guía metodológica para la realización de las evaluaciones de impacto normativo*, aprobada por el Consejo de Ministros.

Su aplicación en las Comunidades Autónomas es dispar. En Cataluña, el Decreto 106/2008, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, exigió elaborar un «informe de impacto regulatorio», cuyo contenido se concretó en la *Guía de buenas prácticas*<sup>26</sup>. Actualmente, la Ley 26/2010, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas, exige una «memoria general», que justifique la necesidad del reglamento, y una «memoria de evaluación del impacto», que evalúe sus costes y beneficios, opciones reguladoras, simplificación administrativa y reducción de cargas (art. 63). En el País Vasco (2003)<sup>27</sup> y Castilla y León (2010)<sup>28</sup> también se ha implantado esta técnica y regulado, con carácter general, estos análisis previos.

En un segundo grado de desarrollo se encuentran las Comunidades Autónomas donde estos análisis se exigen, generalmente por ley, pero

---

<sup>25</sup> La Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, impuso a los Estados la obligación de motivar las nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que establecieran requisitos para el acceso o ejercicio de estas actividades (art. 10.1); obligación que el legislador español amplió a toda actividad económica mediante la introducción, en 2009, en el artículo 39 bis de la Ley 30/1992 del denominado «principio de intervención mínima» en la actividad económica, mediante la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>26</sup> La *Guía de buenas prácticas para la elaboración y revisión de la normativa con incidencia en la actividad económica* se aprobó por Acuerdo del Gobierno de 13 de abril de 2010 y se publicó en el DOGC de 16-4-2010.

<sup>27</sup> La Ley 8/2003, de elaboración de disposiciones generales del País Vasco, reguló el procedimiento de aprobación de las normas reglamentarias y proyectos de ley basándose en principios de buena regulación. Esta Ley se desarrolló en 2010 con el «Modelo de tramitación de las disposiciones de carácter general con rango de Decretos», que establece algunas reglas metodológicas.

<sup>28</sup> Ley 2/2010, por la que se dictan normas reguladoras de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de gestión pública; y Orden ADM/1835/2010, que aprueba la *Guía metodológica para la mejora de la calidad normativa*.

no se han regulado todavía las correspondientes herramientas evaluadoras, como Cantabria (2010)<sup>29</sup>, Baleares (2011)<sup>30</sup> o Navarra (2012)<sup>31</sup>. El caso de Andalucía es peculiar, ya que el Consejo de Defensa de la Competencia ha tratado de imponerlos en este campo<sup>32</sup>.

La mayoría de ordenamientos autonómicos no han instituido estas evaluaciones previas, aunque los reglamentos autonómicos, al igual que las ordenanzas locales, están sujetos a las diversas obligaciones de justificación impuestas recientemente por el legislador estatal, como se verá más adelante.

### b) *Configuración*

Poco tienen que ver los análisis previos que comienzan a exigirse a los reglamentos con los que reflejaban las memorias que los han acompañado tradicionalmente<sup>33</sup>, pues se ha reforzado su base legal y ampliado y regulado exhaustivamente su contenido, mediante guías que especifican la forma de realizarlos.

El valor jurídico de estas guías no está claro, ya que las mismas niegan su carácter normativo, no siempre se han publicado oficialmente y su densidad normativa es dispar, pues contienen algunas reglas, como la obligación de motivar las medidas restrictivas, pero, sobre todo, directrices y recomendaciones. Pese a todo, condicionan la potestad reglamentaria y pueden tener efectos jurídicos en el control de legalidad del reglamento. El voto particular a la STS de 29 de febrero

<sup>29</sup> La Ley 1/2010 modificó la Ley 6/2002, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración, introduciendo «principios de buena regulación» (art. 116) y exigiendo un «informe sobre mejora de la regulación» (arts. 117 y 118) que analizara su impacto y justificara los trámites reducidos, procedimientos simplificados y cargas administrativas reducidas, si bien su disposición final segunda condicionó la obligatoriedad de este informe al desarrollo reglamentario de su contenido.

<sup>30</sup> La Ley 4/2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares, exige una *Memoria del análisis del impacto normativo*.

<sup>31</sup> En Navarra, la Ley Foral 11/2012, de la transparencia y del gobierno abierto, reproduce las exigencias de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

<sup>32</sup> Resolución de 10 de julio de 2008, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar los supuestos en los que un proyecto normativo puede incidir en la competencia.

<sup>33</sup> La LPA de 1958 exigía realizar informes y estudios previos para garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de las disposiciones reglamentarias (art. 129), pero esta previsión no se concretó hasta la aprobación de una simple orden de presidencia (Orden de 4 de febrero de 1980) que impuso la obligación de elaborar una memoria económica justificativa de los proyectos de reglamentos (también de los anteproyectos de ley). Casi dos décadas después, la Ley 50/1997, del Gobierno, estableció los requerimientos analíticos previos de los reglamentos estatales, esto es, una memoria económica, sobre su coste presupuestario y un informe sobre su necesidad y oportunidad —art. 24.1.a)—. Desde 2003 se exigió, además, un informe de impacto de género. Las CC.AA. impusieron obligaciones similares, destacando Cataluña, por exigir un análisis coste-beneficio.

de 2012<sup>34</sup> reconoce carácter vinculante a la Guía estatal, pese a no tener carácter dispositivo.

Las actuales memorias, y esto es importante, difieren, en su dimensión temporal, de las memorias tradicionales, que funcionaban, tanto en el caso de la ley como del reglamento, como un informe sectorial más, emitido en la fase inicial (iniciativa). Ahora, en el caso de los reglamentos, no se agotan con su emisión puntual, pues el análisis debe desarrollarse con los diversos trámites, como la audiencia a los interesados o los informes. El RD 1083/2009 alude a una versión definitiva (art. 4.2) que debe dar cuenta de todo el proceso decisorio y responder a las principales alegaciones y cuestiones suscitadas. El carácter «continuo» del actual proceso evaluador ha sido resaltado por el Tribunal Supremo<sup>35</sup>.

Su ámbito de aplicación es amplio, pues afectan a los reglamentos y a las leyes, en su fase inicial (anteproyectos de ley), aunque esto no es ninguna novedad<sup>36</sup>. La mayor innovación es, sin duda, su alcance en el caso de los reglamentos. Estos análisis, y las memorias que los reflejan, tienen que justificar, a diferencia de lo que ocurre con la ley, donde existe un debate parlamentario, la decisión final, demostrando que existe un interés general que hace necesario el reglamento, se han estudiado alternativas, considerado sus principales efectos y las cuestiones suscitadas en el procedimiento y escogido medios idóneos.

La memoria de los reglamentos estatales, por ejemplo, comprende tres grandes apartados. El primero, titulado «oportunidad de la propuesta», debe incluir la motivación (razones que la justifican), los objetivos perseguidos y las alternativas para lograrlos (incluida la alternativa cero y opciones no reguladoras). El segundo debe explicar su contenido, analizarlo jurídicamente (relacionándolo, y esto nos parece destacable, con normas de rango superior y el Derecho de la Unión; justificando su coherencia y señalando las normas que se derogan) y describir su tramitación. El último apartado contiene el «análisis de impactos» del reglamento, que debe reflejar, como mínimo, los efectos jurídicos (distribución de competencias), de género y económicos.

El análisis de los efectos económicos no sólo se refiere ya a los costes presupuestarios, ahora para todas las Administraciones, sino que se proyecta sobre los afectados, teniendo que reflejar la memoria su impacto, por ejemplo, en los precios, la productividad, los consumidores o las pequeñas y medianas empresas, aunque tiene que considerarse, específicamente, la competencia en los mercados y las denominadas

<sup>34</sup> Rec. 234/2010.

<sup>35</sup> STS de 21 de febrero de 2012 (Rec. 226/2011).

<sup>36</sup> Artículo 22.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

«cargas administrativas» creadas a las empresas y ciudadanos (autorizaciones, auditorías, etc.)<sup>37</sup>. Hay que identificar, en efecto, las posibles restricciones a la competencia, justificando su necesidad y proporcionalidad, y valorar económicamente esas cargas<sup>38</sup>. En Cataluña, los análisis de impacto también se están focalizando en las cargas administrativas.

La intensidad de la evaluación depende, lógicamente, de los efectos de la norma, incrementándose cuando incide en la actividad económica. Los reglamentos estatales sin efectos económicos *ad extra* sólo requieren una memoria abreviada.

Una constante en la ordenación de esta técnica es la determinación de su función, que —se advierte— es meramente informativa y del carácter político que, con toda naturalidad, se atribuye a la decisión. La Guía estatal, por ejemplo, establece: «*el análisis de impacto normativo nunca sustituye la decisión política. Se limita a aportar información relevante para que los órganos competentes tomen las decisiones que estimen oportunas*». No deja de sorprender este abierto reconocimiento de la naturaleza política de todas las decisiones normativas, que resulta válido para la ley pero cuestionable en el caso de los reglamentos, al menos parcialmente en muchos de ellos, como los de las autoridades independientes<sup>39</sup> y los ejecutivos.

Cabe plantearse, en cualquier caso, si la ordenación genérica de estos análisis impone algún criterio sustantivo que la condicione, como ocurrió en Estados Unidos con la Orden Reagan y la eficiencia económica, o pueden considerarse materialmente «neutros».

No puede negarse que la obligación de ponderar aspectos concretos en la toma de decisión, como la necesidad de las cargas administrativas, restricciones a la competencia, el impacto presupuestario o de género, supone introducir, aunque sólo sea potencialmente, un sesgo en la misma. Estos factores, con independencia del ámbito material del re-

---

<sup>37</sup> La Guía estatal define «carga administrativa» a efectos de la Memoria como «(...) todas aquellas tareas de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones de la norma» (pág. 24).

<sup>38</sup> La Guía estatal proporciona el método de valoración de las cargas administrativas (anexo III), basado en el «Modelo de Costes Estándar» (MCE), que considera tres valores (el coste unitario de cumplirla, su frecuencia anual de realización y la población que debe cumplirla). La presentación de una solicitud presencial, por ejemplo, supone para las empresas un coste unitario de 80 euros; y la de un informe, 500 euros.

<sup>39</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, establece: «(...) la existencia de organismos independientes se justifica por la complejidad que, en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado, tienen las tareas de regulación y supervisión, así como por la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación».

glamento, tienen más relevancia que los que no hay que valorar necesariamente (ambientales, seguridad, etc.) y, por tanto, tienen mayores posibilidades de influir en la decisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el factor ambiental en los planes y programas públicos desde la implantación de la evaluación estratégica.

Hay que reconocer, igualmente, que las guías metodológicas contemplan criterios materiales. La Guía estatal se refiere a la proporcionalidad y la eficiencia, aunque no lo hace en términos impositivos<sup>40</sup>. La Guía catalana es más precisa y maximalista, pues, de una parte, no olvida la regulación del riesgo, aludiendo en este punto a la consecución de un «nivel de protección adecuado con el menor impacto económico posible», y, de otra, impone en los derechos económicos la medida menos restrictiva<sup>41</sup>.

Desde una perspectiva metodológica, como ya se ha adelantado, en nuestro país no se ha impuesto la justificación económica del reglamento, basada en el análisis comparativo de sus costes y beneficios, en términos cuantitativos, como ocurre en otros países (Estados Unidos, Reino Unido, etc.). Estos análisis, aunque tienen en cuenta sus efectos económicos, se basan, mayoritariamente, en valoraciones cualitativas, como en la Unión Europea<sup>42</sup>. En el caso de los reglamentos estatales, no hay que valorar económicamente sus beneficios ni la mayor parte de sus costes, salvo los presupuestarios y las cargas administrativas, y tampoco parece que en Cataluña se esté utilizando el análisis coste-beneficio, pese a que la Ley 26/2010 contemple este método, como su antecesora<sup>43</sup>. La Guía catalana, aprobada previamente, reconoce que el coste de las obligaciones materiales impuestas no tiene que valorarse<sup>44</sup>.

Que la regulación de estos análisis no imponga este tipo de evaluación y, por tanto, no haya que justificar el reglamento en términos de eficiencia económica no significa que sus efectos económicos no vayan

<sup>40</sup> Dice la Guía estatal que «es importante que en el examen de todas las alternativas, incluida la propuesta normativa, se preste especial atención a la proporcionalidad y a la eficiencia, en el sentido de que la propuesta permita alcanzar la consecución de los objetivos con el menor número de efectos indeseados y haciendo un uso óptimo de los recursos aplicados».

<sup>41</sup> La Guía catalana establece: «(...) las medidas que limiten el ejercicio de derechos y libertades de contenido económico, o que exijan requisitos para el desarrollo de una actividad económica, deben ser ponderadas e idóneas para la consecución de la finalidad pública, *de forma que no sea posible prever una medida menos restrictiva*» (la cursiva es nuestra).

<sup>42</sup> Las Directrices de la Comisión de 2009 sólo recomiendan aplicar el análisis coste-beneficio cuando sea posible y no imponen la opción menos costosa.

<sup>43</sup> Artículo 63 de la Ley catalana 13/1989, de Procedimiento Administrativo.

<sup>44</sup> Según la Guía catalana: «Las obligaciones materiales y los costes financieros que se prevén en una norma forman parte del coste de la regulación normativa que, si bien no han de ser valorados y cuantificados en la evaluación que se documenta en el informe de impacto normativo correspondiente (...)».

a tenerse en cuenta. El método analítico dependerá del ámbito material de la norma y de los criterios sustantivos que haya establecido el legislador. No puede olvidarse que se está regulando una técnica que afecta a todos los reglamentos y que la imposición de este método, en su ordenación genérica, puede resultar adecuada en algunos campos, como en los mercados regulados<sup>45</sup>, pero podría plantear problemas jurídicos en sectores condicionados por otros criterios. Piénsese en el ámbito de los riesgos ambientales y para la salud, condicionado en la Unión Europea por el principio de precaución, donde las consideraciones económicas son secundarias frente a la protección, como tiene declarado el Tribunal de Justicia<sup>46</sup>. Incluso en la regulación de estos mercados, donde el objetivo principal es asegurar la mayor competencia para maximizar su eficiencia, existen cuestiones condicionadas por otras consideraciones, como el servicio universal.

La eficiencia económica es muy importante y debe tenerse en cuenta antes de aprobar cualquier reglamento, pues forma parte del interés general que tiene que satisfacer la Administración, pero ello no quiere decir que deba ser el único parámetro para medir su calidad ni que todas las decisiones reguladoras tengan que basarse o justificarse en este factor. La Constitución sólo impone la eficiencia en el gasto público (art. 31.2) y contiene muchos otros valores e intereses que no pueden quedar sistemáticamente subordinados al mismo.

Los defensores del análisis económico del Derecho sostienen que la economía es neutra respecto de fines o valores y que este método no establece preferencias apriorísticas entre éstos, tratando tan sólo de lograr el mayor beneficio neto de una regulación para la sociedad, con independencia del fin perseguido en cada caso<sup>47</sup>. Sin embargo, pese a la apariencia de objetividad y neutralidad que supone utilizar criterios económicos supuestamente objetivos, lo cierto es que el método del análisis coste-beneficio no está exento de subjetividad y, en la práctica, requiere juicios valorativos, al menos sobre la forma de realizar las evaluaciones (beneficios a considerar, forma de cuantificarlos, etc.)<sup>48</sup> que condicionan sus resultados. Hasta los partidarios del mismo como he-

---

<sup>45</sup> En el sector eléctrico y en el del gas natural, por ejemplo, la Ley 3/2013 establece que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia debe basarse al dictar sus circulares, entre otros, en criterios de eficiencia económica (art. 7).

<sup>46</sup> Entre otras muchas, SSTJCE de 17 de julio de 1997, C-183/959, y de 9 de septiembre de 2011.

<sup>47</sup> Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ y Rocío LÓPEZ-IBOR (2011), «El análisis económico del derecho en la encrucijada», *Ekonomiaz*, 77; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», Ponencia presentada en el I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, Valencia, 31 de mayo.

<sup>48</sup> Thomas SCHOENBAUM y Ronald ROSENBERG (1996), *Environmental Policy Law* (3.ª ed.), pág. 163.

rramienta reguladora reconocen que, tal como se han venido realizando en Estados Unidos, han tenido un sesgo «antirregulador»<sup>49</sup> que ha dificultado la aprobación, por ejemplo, de la regulación ambiental, en vez de impulsarla, como podía haber ocurrido si realmente fueran tan neutros.

El análisis de estas cuestiones excede de los fines de este trabajo. Qué duda cabe que cuantos más estudios e información se utilicen en el proceso decisorio existirán más posibilidades de que el reglamento sea acertado y menos de que la decisión sea arbitraria, caprichosa, carente de sentido o produzca efectos indeseados. Siempre resultará útil disponer, entre los estudios previos, de un análisis cuantitativo de los posibles costes y beneficios del reglamento, aunque tampoco puede olvidarse que este tipo de evaluación es muy compleja y en nuestro país todavía no se tiene experiencia. Tal vez resulte excesivo imponer, por ahora, este tipo de evaluación. Teniendo en cuenta nuestro deficiente punto de partida en justificación de los reglamentos, de momento, ya supondría un gran avance que la Administración ponderara y justificara todos los aspectos que contemplan las guías metodológicas y la Ley de Economía Sostenible, sobre todo que se compararan distintas alternativas, aunque sea, en parte, mediante análisis cualitativos, y que se tuvieran en cuenta importantes límites jurídicos del poder reglamentario a los que hacen referencia estas normas, muchas veces olvidados, como los que se derivan del Derecho de la Unión Europea, en particular los relativos a las libertades económicas (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento).

Podrían señalarse otras muchas deficiencias en la configuración actual de esta técnica, como la escasa garantía de la base científica y técnica de las decisiones; que la calidad de las memorias de impacto no se supervise por un órgano externo, como ocurre en la Unión Europea, o no haberse articulado mecanismos de publicidad de las memorias y participación del público y los afectados, aunque hay algún avance reciente (Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno), pero, en términos generales, creemos que su implantación supone un paso importante hacia un modelo de elaboración de los reglamentos más estudiado y razonado.

---

<sup>49</sup> Richard REVESZ (2010), «Análisis coste-beneficio en el Derecho Ambiental de los Estados Unidos», *Estudios Públicos*, 117.



## B) *Una norma capital: la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*

Del conjunto de leyes estatales recientes que inciden en la potestad reglamentaria y potencian los análisis previos destaca la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, pues exige justificar el reglamento en el procedimiento de elaboración. El primero de sus capítulos se titula «Mejora de la calidad de la regulación» y, según la disposición final primera, tiene carácter de legislación básica en materia de régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 148.1.18 CE), por lo que resulta aplicable a todas ellas. Veamos su contenido.

### a) *Obliga a justificar la iniciativa normativa*

El artículo 4 de la Ley 2/2011 establece siete «principios de buena regulación» (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y exige que cualquier iniciativa normativa de la Administración justifique *suficientemente* (la cursiva es nuestra) su cumplimiento. La Ley no se limita a enunciar estos principios, sino que determina su contenido. Así, por ejemplo, establece:

«En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general» (art. 4.2).

«En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado» (art. 4.3).

«A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas» (art. 4.4).

«Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el

proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente» (art. 4.6).

«En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales» (art. 4.8).

Nos encontramos ante una proclamación formal, por el legislador, de los principios generales de la producción normativa y la imposición de una regla de comportamiento a la Administración, esto es, justificar la norma.

Los principios que contempla no son novedosos, pues algunos están en la Constitución (seguridad jurídica y eficacia) y el resto o son derivaciones de aquéllos, se contemplan en la Ley 30/1992 o los aplica la jurisprudencia, como el de proporcionalidad, por lo que ya condicionaban la actuación de la Administración y, por tanto, la producción y validez de los reglamentos, aunque la conexión expresa que se hace con la actividad normativa, indudablemente, los refuerza en este ámbito.

En lo relativo a los análisis previos, la mayoría de principios no permiten extraer requisitos concretos, salvo la proporcionalidad y la eficacia. El primero requiere justificar que se ha escogido el instrumento más idóneo para alcanzar el fin, resultando preciso «(...) *constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado*» (art. 4.3). La eficacia exige «(...) *partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales*» (art. 4.8).

La Ley, en suma, emplea estos principios para determinar, en abstracto, estándares de calidad de la producción normativa (justificar la norma en un interés general, identificar claramente los fines, establecer mecanismos de consulta, crear un entorno de certidumbre, etc.), pero también para introducir criterios y obligaciones materiales, como evitar cargas innecesarias o constatar la inexistencia de otras medidas menos restrictivas, lo que plantea la necesidad de determinar su alcance. Como a cualquier principio jurídico, no parece que pueda atribuírseles más valor que el de simples mandatos de ponderación. El productor de la norma debe tenerlos presentes pero no predeterminan la decisión<sup>50</sup>, pues pueden chocar con otras consideraciones que, en el

<sup>50</sup> Ronald DWORKIN (2012), *Los derechos en serio*, Ariel, págs. 75 y ss.

caso concreto y habida cuenta del contenido de la ley habilitante o los valores que establece la Constitución, tengan más peso.

b) *Requiere justificar las ordenanzas que limiten preventivamente el ejercicio de la actividad económica*

Aparte de la obligación genérica de justificación impuesta a todas las Administraciones, la Ley 2/2011 introdujo un nuevo artículo (84 bis) en la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que condiciona extraordinariamente el poder normativo de la Administración local (art. 41.1). Este precepto exige justificar la necesidad de la ordenanza, limitando la elección de los medios de intervención en cualquier actividad económica, estableciendo la regla general del no sometimiento a licencia u otro tipo de control preventivo. Admite excepciones en ámbitos tasados (protección ambiental y del patrimonio histórico-artístico, seguridad o salud pública y afección a bienes de dominio público), si se justifica su necesidad y proporcionalidad. Todavía más, si la actividad ya está sujeta a este tipo de controles, tiene que motivarse que el interés perseguido no está cubierto por aquéllos.

Sin entrar a valorar ahora la posible vulneración de la autonomía local que supone esta regulación, cuestión sometida al Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, la introducción de la obligación de justificar las ordenanzas en la LBRL supone un gran avance. Esta Ley no contemplaba obligación alguna de fundamentarlas ni técnica ni económicamente en el procedimiento (art. 49)<sup>52</sup>, lo que ha provocado importantes problemas jurídicos, a medida que han comenzado a regularse cuestiones de gran complejidad técnica sin, a veces, el debido estudio del tema.

Las ordenanzas que regulan las instalaciones de radiocomunicación han sido las más conflictivas. Los tribunales han tenido que pronunciarse sobre la legalidad de restricciones de lo más variopinto, como la obligación de utilizar la «tecnología más avanzada para lograr el menor tamaño y complejidad de la instalación»; «soluciones específicas de mimetismo para cada instalación»; o, incluso, que tuvieran forma de palmera o torre románica. La jurisprudencia ha con-

<sup>51</sup> Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno canario contra los artículos 4 a 7, admitido a trámite (BOE de 29-12-2011).

<sup>52</sup> El artículo 84 exigió que cualquier intervención de la Administración local, incluidas las ordenanzas, se ajustara a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual, pero el artículo 49 no exigió ningún informe o memoria justificativos. No obstante, respecto de las ordenanzas fiscales, el artículo 25 TRLHL exige informes técnico-económicos para establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público o financiar nuevos servicios.

siderado, finalmente, que algunas de estas ordenanzas, aparte del tema competencial, planteaban problemas de compatibilidad con la libre circulación de mercancías o la unidad de mercado<sup>53</sup>.

c) *Proyección en el análisis ex ante*

La Ley 2/2011 se mueve más en el terreno de los principios que en el de las técnicas de evaluación de los reglamentos. Se refiere a estas herramientas en los artículos 5 y 6, aunque de forma escueta, programática y en cierta contradicción con los «principios de buena regulación», pues sólo requiere impulsar los análisis de impacto, mientras que la obligación de realizarlos se extrae claramente de las definiciones de la necesidad, proporcionalidad y eficacia. Tampoco ha impuesto, en fin, un método analítico económico, aunque el artículo 6 ordena a las Administraciones promover el análisis económico de la regulación.

Leyes estatales posteriores han introducido nuevos factores de justificación o reforzado los existentes, corroborando la obligación actual de la Administración de analizar previamente los efectos de los reglamentos. La Ley 33/2011, de Salud Pública, obliga a evaluar su impacto en este campo; y la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, lo hace con los gastos e ingresos públicos, supeditando el ejercicio de la potestad reglamentaria a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad.

Los efectos de la Ley de Economía Sostenible para las distintas Administraciones públicas varían en función del grado de implantación de estos análisis previos. En la Administración estatal y de las Comunidades Autónomas en que ya se han implantado y regulado las memorias el avance es menor, planteándose sólo la necesidad de integrar, en su caso, las nuevas exigencias analíticas que impone, al igual que ocurre con el resto de leyes. En el caso de los reglamentos estatales, ni el RD 1083/2009 ni la Guía metodológica requieren justificar que la alternativa escogida sea la más adecuada ni constatar la inexistencia de otras menos restrictivas o distorsionadoras. Especialmente importante es que la obligación de justificación procedimental del reglamento se contemple en una Ley formal<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Sobre esta cuestión, véase Inmaculada REVUELTA PÉREZ (2010), «La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, págs. 325-357.

<sup>54</sup> Juan José LAVILLA RUBIRA (2009), «El procedimiento de elaboración de los reglamentos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, págs. 19-29, ha advertido de la limitada eficacia jurídica de las exigencias analíticas contenidas en el Real Decreto 1083/2009, reducida a las normas de rango inferior a esta norma.

Su incidencia es mayor para las Administraciones donde todavía no se ha introducido esta técnica, pues, *de facto*, instituye estos análisis previos, aunque, de momento, no podrá exigirse ninguna formalidad, puesto que el RD 1083/2009 y la Guía que lo desarrolla sólo resultan aplicables a la Administración estatal, siguiendo al Tribunal Supremo<sup>55</sup>.

#### d) *Aplicación a las autoridades independientes*

Cabe plantearse si la obligación de justificar los reglamentos que contempla la Ley 2/2011 resulta aplicable a las autoridades independientes que disponen de poderes normativos<sup>56</sup>, pues no tienen que elaborar la memoria de impacto, por no serles de aplicación el procedimiento de la Ley 50/1997, del Gobierno<sup>57</sup>, y su regulación procedimental suele condicionarles poco en este sentido, aunque también se están viendo afectadas por la tendencia actual a exigir más justificación procedimental de las normas. El Banco de España, por ejemplo, tiene plena libertad para decidir los informes y asesoramientos que va a utilizar, aparte de los suyos propios, antes de aprobar sus circulares y no está sujeto a especiales obligaciones de motivación (art. 3 Ley 13/1994). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está, igualmente, poco condicionada en la aprobación de las «circulares», pero se le exige justificar intensamente las «circulares informativas», esto es, los requerimientos de información de alcance general (art. 30 Ley 3/2013)<sup>58</sup>.

El poder normativo de estas autoridades podría cuestionarse, pues están menos legitimadas democráticamente que los órganos administrativos tradicionales y, generalmente, poco condicionadas en su actuación, pues suelen guiarse por habilitaciones legales muy abiertas. La Agencia de Protección de Datos, por ejemplo, puede dictar las «instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios establecidos en esta Ley» (art. 37 LOPD), y el Banco de España «las nor-

<sup>55</sup> STS de 29 de mayo de 2012 (Rec. 24570/2010).

<sup>56</sup> En nuestro país, las funciones y competencias de las numerosas autoridades independientes varían. Dejando a un lado las que prestan un servicio público (universidades y RTVE), a nuestros efectos, son relevantes las que ordenan y supervisan sectores económicos y la Agencia de Protección de Datos, encargada de garantizar este derecho fundamental. Suelen atribuirseles competencias normativas, aunque, mayoritariamente, necesitan habilitación expresa en una ley o reglamento. También se les reconoce la competencia para elevar iniciativas al Gobierno e informar los proyectos normativos.

<sup>57</sup> Artículo 3 de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España.

<sup>58</sup> El artículo 30.2 de la Ley 3/2013, que regula el procedimiento de aprobación de las disposiciones normativas de la CNMC, establece que las circulares informativas «habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido (...) en ellas se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma».

mas precisas para el ejercicio de las competencias» (art. 3 de la Ley 13/1994). No vemos por qué no ha de exigírseles que justifiquen su poder normativo, como a aquéllos.

Es claro que la ordenación de la potestad reglamentaria que contiene la Ley de Economía Sostenible, y por tanto la obligación de justificar las iniciativas normativas, les resultan aplicables, pues se ha dictado con base en el artículo 149.1.18 CE y, por tanto, obliga a las Administraciones y a todos los organismos vinculados a ellas, como ocurre con estas autoridades.

Cuestión diferente será el estándar analítico exigible a las mismas y parece lógico que no tengan que hacer exactamente el mismo tipo de evaluaciones previas que los órganos administrativos tradicionales, pues intervienen en campos específicos, condicionadas por objetivos muy concretos, están integradas por personal experto y conocen profundamente los problemas del sector, que, además, participa en sus procedimientos decisorios, y gozan de una mayor independencia del Gobierno<sup>59</sup>. Estas autoridades tendrán que justificar su poder normativo en los análisis que procedan en función del tema, como ocurre con la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), que tiene que realizar unos análisis de los mercados de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas muy exhaustivos, siguiendo criterios y metodologías precisados en el plano europeo<sup>60</sup>, antes de imponer obligaciones a los operadores. Estos análisis previos condicionan el ejercicio de sus amplios poderes de intervención posterior, guiados ciertamente por criterios materiales definidos en términos muy abiertos por las Directivas de la Unión, que, además, son indisponibles para el legislador estatal, que no puede reducir la discrecionalidad que aquéllas reconocen al organismo regulador, como ha establecido el Tribunal de Justicia (STJUE de 3 diciembre de 2009)<sup>61</sup>, pues tienen que justificar en ellos las medidas que impongan.

<sup>59</sup> Sobre el control judicial de estas autoridades, véanse Santiago MUÑOZ MACHADO (2009), «Fundamentos e Instrumentos jurídicos de la Regulación económica», en el tomo I de la obra *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, págs. 160 y ss.; José ESTEVE PARDO (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional», en el mismo volumen, págs. 881 y ss.; y Gaspar ARIÑO ORTIZ (2010), «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *RAP*, 182, págs. 9 y ss.

<sup>60</sup> El artículo 10 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, exige que estos análisis de los mercados de referencia tengan en cuenta las directrices de la Comisión y los dictámenes adoptados por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

<sup>61</sup> C-424/07. Sobre esta sentencia, véase José María BAÑO LEÓN (2012), «Reserva de Administración y Derecho comunitario», en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch.

Algún autor ha notado que la obligación de realizar los análisis de impacto económico previos (al igual que otros requerimientos de la *Better Regulation*, como la participación de los ciudadanos) puede dificultar el logro de los objetivos que persigue la creación de, al menos, las autoridades que regulan sectores productivos, como su alejamiento de la influencia política, la adopción de decisiones basadas en el conocimiento técnico especializado del sector y respuestas normativas ágiles y rápidas a situaciones coyunturales. Según esta visión crítica, la excesiva formalización del procedimiento y el retraso que supone realizar estos análisis y consultar al público pueden comprometer su eficacia. Además, estas evaluaciones pueden utilizarse para introducir criterios políticos, en detrimento de la *expertise* reguladora, y centralizan el poder regulador<sup>62</sup>.

Esta crítica a los análisis de impacto previo no puede extrapolarse. En nuestro país, ni son tan complejos, por no exigirse análisis cuantitativos, ni constituyen una vía de interferencia política en la regulación proveniente de autoridades técnicamente especializadas, puesto que, como se ha visto, éstas no tienen que realizar la genérica memoria de impacto. Entre nosotros, la función ordenadora está, mayoritariamente, en manos del Gobierno y estas autoridades, aunque existen diferencias, desempeñan, sobre todo, funciones de supervisión, limitándose su participación en el procedimiento reglamentario, en no pocos casos, a la elaboración de una propuesta o informe.

En todo caso, en la medida en que la memoria del impacto normativo sólo es exigible a los reglamentos gubernamentales y, entre nosotros, la potestad reglamentaria está, mayoritariamente, en manos del Gobierno, incluso en los sectores regulados, y por tanto supeditada a criterios políticos, como reconocen las guías metodológicas, jugarán en sentido contrario, es decir, reforzando la base técnica del reglamento. La posible demora procedimental queda ampliamente compensada, a nuestro juicio, por la garantía de ponderación de intereses, transparencia y justificación procedimental de la decisión que supone realizarlos. En este sentido, el hecho de que las memorias tengan que explicar, por ejemplo, la consideración que han tenido los informes emitidos, entre los que se encontrarán, en su caso, los del correspondiente organismo regulador, implica que la Administración, si se apar-

---

<sup>62</sup> En este sentido, Robert BALDWIN (2012), *Understanding Regulation* (2.ª ed.), Oxford University Press, pág. 321, que considera más eficaz la evaluación *ex post*. Otros autores, como Peter STRAUSS (2008), «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», en BARNÉS (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, págs. 359 y ss., no cuestionan la utilidad de los análisis de impacto y reconocen su aportación a la mejora de la regulación, aunque consideran que debería reducirse su permeabilidad a la influencia política.

ta de aquéllos, tiene que justificarlo en el expediente, lo que hasta ahora no ocurría<sup>63</sup>.

e) *Valoración crítica*

La trascendencia de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en la configuración legal de la potestad reglamentaria es indudable. El legislador estatal, haciendo uso del artículo 149.1.18 CE, ha impuesto a todas ellas la obligación de justificar las iniciativas normativas en el procedimiento reglamentario.

Es la única regla común aplicable, hoy en día, a la producción normativa de todas nuestras Administraciones y su consagración legal un hito, ya que nuestro ordenamiento ha sido deficitario en la exigencia de justificación de los reglamentos, como lo demuestra el silencio inicial de las Leyes 30/1992 y 7/1985 en este punto y la permisiva interpretación de nuestra jurisprudencia al respecto, como se expone más adelante.

Su proyección sobre las leyes, además, puede contribuir a una mayor concreción del marco en que pueda moverse la Administración cuando las desarrolle, pues es previsible que, entre otras cosas, la precisión de fines, objetivos y medios que exige tenga reflejo en la densidad normativa del texto legal, garantizándose un mayor cumplimiento de la reserva de ley y reduciendo el espacio decisorio de la Administración.

Pero nos parece criticable, en primer lugar, que una cuestión de tanta relevancia jurídico-administrativa no se regule en la Ley 30/1992, sino en una ley ómnibus, pese a la ventaja que supone, de cara a su control judicial posterior, que se haya desconectado la justificación de la ordenación del procedimiento reglamentario, como se verá más adelante.

Esta Ley, como crítica de fondo, responde a la realidad económica del momento en que se aprueba y sirve a una finalidad concreta (mejora del entorno económico). Es en la definición de la proporcionalidad, que se acoge en su versión más estricta, como ya se ha visto, donde más

---

<sup>63</sup> Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2012), «Análisis económico y regulación. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 sobre las emisiones primarias de energía o subastas de capacidad virtual», en *Administración y Justicia. Un estudio jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, pone de manifiesto cómo algunas decisiones normativas de especial complejidad técnica en los sectores regulados se adoptan por los órganos políticos que tienen atribuida la potestad normativa sin el debido estudio técnico previo del tema, como en el caso analizado, en que el organismo regulador había planteado en su informe la necesidad de realizar previamente un estudio del mercado pero se hizo caso omiso de esta objeción. Pese a ello, el Tribunal Supremo confirma la decisión de la Administración.



se observa esta orientación, exigiéndose, en la línea abierta por la Ley 17/2009, la medida *menos restrictiva y menos distorsionadora*. El legislador ha impuesto en los derechos económicos, por tanto, el mismo estándar riguroso de proporcionalidad que se aplica en los derechos fundamentales, superando los parámetros aplicativos actuales de la jurisprudencia contencioso-administrativa. La STS de 28 de marzo de 2011, por ejemplo, establece:

«(...) dentro de la amplia libertad de configuración del sistema retributivo de la actividad de distribución configurado por el legislador, la medida de incentivación de la distribución a presiones superiores a 4 bar es perfectamente idónea y no puede ser tachada de desproporcionada y, menos aún, de arbitraria. En efecto, el que pudiera haber otras medidas, tanto dirigidas a los propios distribuidores como a los consumidores, no es argumento suficiente para tachar a la que ahora se discute ni como inidónea ni como desproporcionada»<sup>64</sup>.

La regulación de la producción normativa que contiene esta Ley horizontal, en suma, no puede considerarse neutra, pues, a efectos de la proporcionalidad reguladora, impone la medida menos restrictiva y distorsionadora, lo que puede plantear problemas de compatibilidad con alguna legislación sectorial que impone otros criterios, como la ambiental o de protección de la salud.

A nuestro juicio, la operatividad de estos criterios genéricos dependerá del ámbito material del reglamento y la densidad normativa de la ley habilitante, esto es, de la prioridad entre fines que ésta haya establecido, los objetivos perseguidos, los criterios reguladores que contenga y los medios de intervención que, en su caso, prevea. Los criterios que establece la Ley de Economía Sostenible no pueden prevalecer sobre los de la ley especial, que es la que desarrolla el reglamento. Por ejemplo, los reglamentos de seguridad alimentaria tendrán que ajustarse a las previsiones de la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que, tras reconocer que el derecho a la seguridad alimentaria comprende la garantía administrativa de la mayor protección posible (art. 1.1), obliga a basar la legislación alimentaria en evaluaciones de riesgo que tengan en cuenta el principio de cautela (art. 5). Criterios materiales como la «mayor protección posible» o el principio de precau-

---

<sup>64</sup> Recurso sobre la Orden ITC/3863/2007, por la que se establece la retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista.

ción son difícilmente conciliables con la medida menos restrictiva y distorsionadora exigida por la Ley de Economía Sostenible.

El alcance de los mandatos reguladores de esta Ley será mayor si la ley habilitante, como ocurre en muchas ocasiones, no prioriza fines ni fija objetivos, criterios reguladores o medios de intervención y deja a la Administración un espacio decisorio amplio para intervenir o cuando el reglamento no desarrolla una ley, como puede ocurrir con las ordenanzas locales<sup>65</sup>. En estos casos, los criterios de la Ley de Economía Sostenible tendrán plena operatividad y podrán invocarse en vía judicial si la Administración los incumple, como, por ejemplo, cuando no se hayan analizado otras alternativas o existan otras menos restrictivas.

Los mandatos de proporcionalidad resultan de utilidad cuando la ley habilitante ha fijado claramente un fin y unos medios para conseguirlo. Pero sirven de poco cuando sobre un tema confluyen diferentes intereses públicos y quien decide la regla tiene que ponderarlos siguiendo planteamientos políticos y no técnicos, que es lo propio, en principio, del legislador y no de la Administración. Por tanto, sólo cuando el legislador ha priorizado un fin público en un ámbito concreto, el análisis de impacto normativo servirá como instrumento de control de las decisiones de la Administración que lo desarrollan. Si el legislador prioriza la protección de los consumidores podrá aplicarse, en pura hipótesis, el principio de proporcionalidad a la regulación de los precios en los mercados que funcionan en competencia (por ejemplo, servicios de telefonía móvil); pero si lo que se prima es el ejercicio de la actividad económica y la libertad de empresa, la proporcionalidad jugaría en sentido contrario, es decir, cualquier fijación de precios en estos mercados podrá considerarse desproporcionada para este fin perseguido por el legislador.

El problema es que algunas leyes no establecen esta jerarquía entre fines públicos, limitándose a proclamar principios generales de contenido abierto, de forma que la Administración dispone de una discrecionalidad casi ilimitada para concretarlos. Por una parte, se plantea la cuestión, que no va a analizarse ahora, de la posible inconstitucionalidad de esas leyes que otorgan demasiada discrecionalidad, por afectar al contenido sustantivo de la reserva de ley<sup>66</sup>. Por otra, y en lo que aquí interesa, ese tipo de normas habilitantes tan abiertas pueden limitar la

<sup>65</sup> STS de 7 de octubre de 2009, reiterada en las sentencias de 17-11-2009 o 9-12-2009.

<sup>66</sup> Este tema ha sido analizado por Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1997), *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales)*, Marcial Pons. En la misma línea, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012), «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *RAP*, 187, págs. 141-180.

función de los análisis de impacto normativo a una simple motivación del reglamento que conducirá a un control formal de las memorias.

No debe pasarse por alto, por tanto, la imposición por el legislador estatal (también de la Unión Europea) de criterios reguladores genéricos, garantizados mediante su justificación procedimental, como los que contienen las Leyes 17/2009, de Libre Prestación de Servicios; 2/2011, de Economía Sostenible, y otras posteriores, que reducen la discrecionalidad administrativa en la elección de los medios de intervención en la actividad económica, reforzando el papel de la justificación y de estos análisis.

#### IV. SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL COMO GARANTÍA PROCEDIMENTAL DE PONDERACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL REGLAMENTO

Las memorias de impacto normativo, como se ha visto, tienen que justificar el reglamento, su propia existencia y su contenido en el procedimiento reglamentario. Ya no es suficiente la simple invocación de un fin público, como hacían las tradicionales memorias, sino que la Administración tendrá que demostrar en ellas que su aprobación ha venido precedida de un proceso de análisis, adecuado al caso, en el que se han ponderado los intereses en juego, evaluado sus posibles efectos, valorado distintas opciones y escogido medios adecuados.

El ordenamiento positivo, al disciplinar en gran medida el proceso de ponderación de intereses que conlleva la decisión normativa y concretar la justificación que debe ofrecerse, en primer lugar, ha integrado la consideración, en el procedimiento, de límites jurídicos ya existentes al poder normativo de la Administración, como el Derecho de la Unión, los derechos económicos o la competencia en los mercados; en segundo lugar, ha introducido elementos que reducen la discrecionalidad reglamentaria. La Administración no tiene ya plena libertad para decidir qué intereses va a considerar en el procedimiento, qué análisis va a realizar o qué explicaciones va a ofrecer, sino que está condicionada; y, por último, se ha reducido su margen decisorio material mediante leyes que han predeterminado, sobre todo, los niveles de intensidad admisibles de la intervención pública en los derechos económicos, exigiendo justificar su respeto en el expediente.

El procedimiento reglamentario adquiere, así, una importancia capital, tanto para la Administración, que tiene que realizar un análisis completo y detenido de la situación y fundamentar la decisión, como para los afectados, que disponen de nuevos elementos que combatir en vía judicial. En lo que sigue tratará de demostrarse que, consecuentemente,

mente, el alcance del control judicial de la potestad reglamentaria, tributario de su configuración legal, se amplía.

## V. CONTROL JUDICIAL

### 1. *El limitado papel de las memorias tradicionales*

Las memorias justificativas tradicionales han tenido un escaso papel en la fiscalización judicial de nuestros reglamentos. No se empleaban en el control del fondo, pues realmente no los justificaban, y sólo han estado presentes en el de la legalidad formal, aunque durante mucho tiempo la jurisprudencia relativizó los vicios procedimentales y consideraba que su omisión no era motivo de anulación<sup>67</sup>. No deja de sorprender que se adujera el carácter discrecional de la potestad reglamentaria<sup>68</sup>, puesto que la motivación se ha considerado fundamental en el acto administrativo discrecional y en la planificación urbanística, paradigma, junto a la potestad reglamentaria, de la discrecionalidad administrativa<sup>69</sup>.

Actualmente, la falta de estas memorias conlleva la anulación del reglamento<sup>70</sup>, pero sigue sin comprobarse si justifican su contenido, aunque exista una línea jurisprudencial, todavía minoritaria, que propugna un mayor control y que trae causa, precisamente, de la exigencia de realizar un análisis económico previo de los mismos prevista en la derogada Ley catalana 13/1989 (art. 63.2). La jurisprudencia del TSJ de Cataluña viene exigiendo que las memorias sean justificativas y no meramente explicativas, y ha anulado diversos reglamentos por falta de justificación de las restricciones impuestas o no haber tenido en cuenta su efecto económico para los afectados<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Entre otras, STS de 18 de junio de 1993.

<sup>68</sup> Sobre la discrecionalidad reglamentaria, véanse, entre otros, TORNOS MAS (1983); JUAN DE LA CRUZ FERRER (1988), «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 116; y María José ALONSO MAS (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch.

<sup>69</sup> Entre otras, STS de 26 de octubre de 2005 (Rec. 3935/2000).

<sup>70</sup> Entre otras, STS de 16 de diciembre de 2011 (Rec. 6507/2009), que anula por falta de memoria económica la Orden TAS/592/2008, por la que se establecen las bases y se convocan subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del IRPF; SAN de 18 de febrero de 2010 (Rec. 1244/2008), que anula la Orden ARM 1244/2008, por la que se regula la pesquería del atún rojo en el Atlántico oriental y el Mediterráneo, por falta de memoria económica e informe de impacto de género; y STS de 18 de julio de 2012 (Rec. 6513/2009), que anula la Orden 421/2008, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por falta de memoria económica.

<sup>71</sup> Entre otras, SSTSJ de 25 de septiembre de 2008 (Rec. 166/2005), que anula por la insuficiencia de las memorias justificativas el Reglamento de máquinas recreativas y de azar,

En el Tribunal Supremo, el referente es el polémico caso de la anulación de la decisión del traslado de la sede de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona (STS de 27 de noviembre de 2006)<sup>72</sup>, por la insuficiencia de las memorias justificativa y económica. El Alto Tribunal, pese a tratarse de una decisión meramente organizativa, cambió de criterio y reconoció una relevancia esencial a las memorias justificativas previstas en la Ley del Gobierno:

«(...) el cumplimiento de ese precepto ha sido meramente formal, sin que se logre la finalidad querida por el legislador de que en efecto se patentice la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía del acierto en la decisión, y se valoren los costes económicos que son consecuencia de la ejecución de la medida».

## 2. Efectos previsibles de la nueva ordenación

### A) Más allá de la legalidad formal

#### a) Memorias de impacto normativo y control del fondo

No parece que la jurisprudencia sea consciente todavía del profundo cambio que supone la detallada regulación de las memorias de impacto o la consagración legal de la obligación de justificar los reglamentos. Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo no denotan todavía un cambio significativo en los criterios de control de los reglamentos estatales, pese a que las memorias están adquiriendo un mayor protagonismo<sup>73</sup>, pues siguen considerándose una mera formalidad procedimental y ni siquiera desde esta perspectiva se ha avanzado mucho, pues no suele utilizarse la Guía metodológica, lo que hasta cierto punto resulta comprensible teniendo en cuenta su extensión, escasa densidad normativa y tratarse de un control previo, desconectado del contenido<sup>74</sup>.

---

aprobado por Decreto 23/2005; o de 8 de abril de 2008, que anula el Decreto 389/2004, que regula la pesca del coral rojo.

<sup>72</sup> Rec. 53/2005.

<sup>73</sup> Véase la STS de 21 de octubre de 2012 (Rec. 393/2010), sobre la modificación del Reglamento de ejecución de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, relativa al régimen de liquidación de los fondos de inversión inmobiliaria.

<sup>74</sup> STS de 21 de febrero de 2012 (Rec. 226/2011): «existen también el informe favorable del Departamento que impulsa el Real Decreto y la memoria del análisis del impacto normativo que cumple lo dispuesto en el Real Decreto 1083/2009 en tanto que constan en el expediente y en ella los apartados a que se refiere el número 1 del artículo 2 del Real Decreto citado».

Esta dinámica procesal, a nuestro juicio, se superará progresivamente y las memorias se emplearán en el control de la legalidad del fondo. Los desarrollos normativos que se han analizado conducen a ello, al obligar a la Administración a suministrar mucha más información, haberse incrementado la transparencia y la participación y, sobre todo, al haber desconectado el legislador la justificación de la regulación del procedimiento reglamentario y haberla puesto al servicio de fines concretos, estableciendo límites que constituyen obligaciones de fondo para el regulador, como justificar la exigencia de una autorización, plenamente fiscalizables por el juez<sup>75</sup>.

Pero antes de perfilar el alcance que puedan tener estas memorias en el control judicial de la potestad reglamentaria hay que advertir de la dificultad de establecer reglas generales, pues en gran medida dependerá, como ya se ha adelantado, del tipo de reglamento y de la ley que, en su caso, desarrollen, sin olvidar su conexión con el Derecho de la Unión y el grado de armonización que exista en la materia y, por tanto, del margen decisorio que tenga la Administración. No es lo mismo un reglamento organizativo, sin proyección externa, que un reglamento ejecutivo, que, además, restringe derechos de los ciudadanos. Tampoco pueden equipararse éstos a las ordenanzas locales, y éstas nada tienen que ver con las disposiciones de las autoridades independientes, puesto que, como ha establecido el TC, «la autonomía local consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política» (STC 4/1981). La posición de la Administración de que se trate, en fin, tampoco es irrelevante, puesto que demostrar la necesidad del reglamento o del establecimiento de controles preventivos en las actividades resulta ahora más complicado cuando el tema está regulado por Administraciones superiores. La prueba es que el nuevo artículo 84 bis de la LBRL no sólo exige justificar la necesidad de la licencia en un interés público, sino también que el mismo no está cubierto ya por los controles establecidos por otras Administraciones, y la Ley 17/2009 exime de cualquier justificación la imposición de una autorización prevista en el Derecho de la Unión.

La memoria de impacto normativo, en la medida en que va a suministrar abundante información sobre aspectos, entre otros, jurídicos, va a facilitar, en primer lugar, el control de los elementos reglados de la

---

<sup>75</sup> Sobre el carácter de obligaciones de fondo de los mandatos reguladores de considerar determinados intereses públicos antes de aprobar las normas, como su efecto en las pequeñas y medianas empresas y su plena fiscalización judicial, véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998, C-135/96.

decisión, como la reserva de ley, la jerarquía normativa o la competencia del órgano decisorio. En la STS de 16 de julio de 2001 fue determinante la información que contenían las memorias justificativa y económica para determinar la ilegalidad, por vulneración de la reserva de ley tributaria, del artículo 43.5 del RD 1339/1999, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, que estableció la cuota unitaria de las ventas que debían pagar mensualmente los operadores mayoristas de productos petrolíferos a dicha autoridad, puesto que ponían de manifiesto que se trataba de una prestación patrimonial de carácter público.

Pero también pueden incidir, y esto es lo más relevante, en el control de los elementos discrecionales, ya que el problema que plantea el control de la discrecionalidad es de prueba, como sostiene G. FERNÁNDEZ FARRERES<sup>76</sup>, y esta dificultad puede solventarse respecto de la reglamentaria, en gran medida, con las actuales memorias de impacto normativo, que pueden jugar un papel similar en su fiscalización al de las memorias de los planes urbanísticos o ambientales.

La mejor prueba de ello es que en el Derecho norteamericano y el de la Unión Europea el control judicial de la discrecionalidad reglamentaria se focaliza en la justificación procedimental de la decisión, esto es, en los elementos probatorios que contiene el expediente. En ambos casos, la exigencia de justificar los reglamentos en el procedimiento trae causa, principalmente, de la jurisprudencia<sup>77</sup>, que ha consagrado esta obligación y desarrollado los criterios aplicables, sin apoyo, por cierto, en la regulación del procedimiento reglamentario.

b) *La justificación como medio de control de la discrecionalidad reguladora en la jurisprudencia norteamericana y del Tribunal de Justicia*

Los tribunales norteamericanos han influido decisivamente en el ejercicio de la actividad normativa de las agencias, contribuyendo en gran medida a desarrollar el procedimiento reglamentario que contempla la APA<sup>78</sup>, pasando de un control muy superficial de los regla-

<sup>76</sup> Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2013), *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, págs. 269 y ss. El tema de la discrecionalidad administrativa y su control judicial se desarrolla ampliamente en su trabajo (1983) *La subvención: concepto y régimen jurídico*, págs. 641 y ss.

<sup>77</sup> J. SCOTT y S. STURM (2007), «Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance», *Columbia Journal of European Law*, 13, págs. 565-594.

<sup>78</sup> Sobre el procedimiento reglamentario en este país, véanse, entre otros, Juan José LAVILLA RUBIRA (1993), «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados

mentos, equiparable al de las leyes, a una fiscalización profunda (*hard look review*) centrada en su fundamento, pese a que aquélla sólo requiera una «breve» memoria de sus motivos<sup>79</sup>. El juez analiza detenidamente las extensas memorias actuales, que explican las razones y fines subyacentes y proporcionan respuestas a las informaciones y alegaciones presentadas. En este país, las deficiencias justificativas constituyen una de las principales causas de anulación de los reglamentos<sup>80</sup>.

Se tiene la idea de que en Estados Unidos el control judicial de la discrecionalidad administrativa, basado en el criterio de la «deferencia» (doctrina *Chevron*)<sup>81</sup>, es limitado, pero a poco que se analice la jurisprudencia sobre la actividad reglamentaria se comprueba que supera considerablemente las exigencias de justificación de nuestra jurisprudencia, al menos de la procedimental.

La doctrina *Chevron*, es cierto, propugna el respeto judicial de las decisiones normativas de las agencias, con base en la delegación (aunque sea implícita) del poder normativo que ha hecho en su favor el Congreso, su conocimiento experto y mejor posición para valorar cuestiones complejas. Pero esta deferencia, que sólo entra en juego cuando la ley de delegación es imprecisa, no significa falta de control del reglamento. Esta doctrina desarrolla un esquema de control estructurado y riguroso<sup>82</sup>, consistente en contrastar la interpretación de la agencia con el tenor literal de la ley de delegación para determinar si la misma es posible (paso primero) y, después, en comprobar su razonabilidad (segundo paso).

Un caso representativo de rechazo judicial de un reglamento por deficiente justificación es *Motor Vehicle Manufactures Association v.*

---

Unidos de América», en BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas; Montserrat CUCHILLO FOIX (1996), *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas; Eloísa CARBONELL y José Luis MUGA (1996), *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons; Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA (1996), *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill; y Peter L. STRAUSS (2008: 308-358).

<sup>79</sup> La APA prevé dos procedimientos reglamentarios diferentes que, además, sujeta a dos sistemas de control judicial distintos. El procedimiento habitual es el informal *notice and comment*, ya que el más formalizado *formal rulemaking* se ha abandonado. Progresivamente se han ido aproximando, al igual que los parámetros de control judicial.

<sup>80</sup> PIERCE y otros (1999: 382).

<sup>81</sup> *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council* (1984). Véanse los trabajos más recientes de Jorge PÉREZ ALONSO (2011), «¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo», *RAP*, 188, págs. 325 y ss.; y Rafael CABALLERO SÁNCHEZ (2012), «La doctrina de la deferencia administrativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Más de un cuarto de siglo de la jurisprudencia Chevron sobre el control judicial de la Administración», en *Administración y Justicia. Un estudio jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas.

<sup>82</sup> Véase Rafael CABALLERO SÁNCHEZ (2012: 3804).



*State Farm Insurance* (1983), que establece los criterios de las decisiones desreguladoras. El Tribunal Supremo consideró arbitraria y caprichosa la derogación por la *NHTSA* de una norma de seguridad que exigía equipar los nuevos vehículos con dispositivos pasivos de protección (cinturones de seguridad automáticos o *air bags*), por haber realizado un análisis incompleto y poco razonado del tema. La Agencia sólo estudió los cinturones automáticos, demostrando su ineficacia, pero no realizó ningún análisis del *air bag* y tuvo en cuenta el interés de la industria, que atravesaba una situación económica difícil, en utilizar una técnica menos costosa pero menos eficaz que el *air bag* (cinturones manuales). Según el Tribunal Supremo, el análisis realizado sólo justificaba la revocación del estándar en lo relativo a los cinturones automáticos.

Esta sentencia reconoció a las agencias la posibilidad de cambiar su apreciación del interés público, aun sin cambio de circunstancias, a condición de que justifiquen el cambio de criterio y su coherencia con los objetivos de la ley de delegación. Según el Tribunal, la Agencia no podía utilizar la delegación de una ley para dictar normas que promovieran la seguridad y forzar el desarrollo tecnológico para revocar un estándar que, además, podía cumplirse con tecnología disponible (*air bag*). Si el Congreso le había encomendado esa tarea era porque el mercado no garantizaba la seguridad.

Otro pronunciamiento que denota la intensidad del control de la adecuación del reglamento a la ley de delegación y el papel central que tienen estos análisis cuando el espacio decisorio de la Administración está más precisado es *Corrosion Proof Fittings v. EPA* (1991), en materia de control de sustancias químicas. La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Nueva Orleans rechazó la prohibición del amianto, decidida por la *EPA* tras un dilatado procedimiento de aprobación (diez años) por no haberse demostrado su necesidad conforme a los criterios sustantivos (económicos) establecidos en la *Toxic Substances Control Act*.

Debe tenerse en cuenta que esta Ley, de una parte, había reducido notablemente la discrecionalidad de la Agencia, pues exigía adoptar la medida «menos gravosa»; supeditaba la adopción de las medidas restrictivas a la consideración de sus consecuencias económicas, de los efectos dañinos de las sustancias, pero también de sus beneficios y la disponibilidad de sustancias alternativas, lo que, según el Tribunal, exigía justificar una medida tan radical como la prohibición con pruebas consistentes. Además, sometía los reglamentos delegados al test judicial de la «prueba sustancial», que exige a la Agencia demostrar fehacientemente su contenido.

El control se centró en el análisis coste-beneficio realizado, que se consideró insuficiente para justificar la prohibición conforme a los criterios expuestos. Por ejemplo, la Agencia descartó una alternativa reguladora (etiquetado), sin haber cuantificado sus costes y beneficios; no se habían considerado los beneficios del amianto (vidas salvadas por su efecto aislante del fuego, etc.); la estimación de los costes y beneficios era incorrecta en su dimensión temporal (tan sólo treinta años); la valoración de la vida difería de la realizada en otros casos; no se consideraron los riesgos de las sustancias sustitutivas, pese a que en el expediente se reconocía que podían ser más perjudiciales; y, por último, el pronóstico sobre los beneficios (muertes que se evitarían) no justificaba su elevado coste. En suma, el análisis coste-beneficio presentado, por sus deficiencias, no demostraba la necesidad de prohibir totalmente el amianto, aunque también se tuvo muy en cuenta que no se había permitido a los productores del amianto participar en el procedimiento y aportar pruebas contradictorias.

El Tribunal afirmó, en fin, que no le correspondía determinar el grado de protección frente a estos riesgos, pero devolvió el reglamento a la EPA para que lo reformulase, por falta de prueba. Esta decisión, pese a lo sorprendente que nos pueda parecer a la luz de los criterios reguladores que se aplican en el ámbito de la salud en la Unión Europea, es interesante, ya que pone de manifiesto que en los casos en que están en juego factores como la protección de la salud o el medio ambiente siempre es necesario hacer algún tipo de valoración cualitativa, puesto que ni la Agencia se basó estrictamente en criterios económicos ni tampoco lo hizo el Tribunal, como se ha visto.

Otra sentencia que reviste interés es *Whitman v. American Trucking Associations* (2001), ya que el Tribunal Supremo negó que debieran realizarse siempre análisis coste-beneficio de las regulaciones, estableciendo que había que guiarse únicamente por las previsiones expresas de la ley de delegación. Se cuestionaba la fijación por la EPA de los estándares de calidad ambiental, que, conforme a la *Clean Air Act*, debían basarse en la protección de la salud de las personas. El Tribunal estableció que no podía considerarse su coste económico, dado que las previsiones legales no contemplaban este criterio.

La obligación de las agencias de ajustarse rigurosamente a los criterios sustantivos de la ley y excluir de la toma de decisión consideraciones políticas ajenas a los mismos se confirma en *Massachusetts v. EPA* (2007). El Tribunal Supremo declaró ilegal el rechazo de la Agencia de la propuesta de algún Estado, autoridades locales y asociaciones ambientales de regular las emisiones de gases con efecto invernadero

procedentes del transporte, por no haberse justificado razonablemente la decisión.

El Estado de Massachusetts consideraba necesaria una regulación federal de esas emisiones, que afectaban a su litoral, pero la Agencia se negó a hacerlo, alegando que el CO<sub>2</sub> no era un contaminante en el sentido definido por la *Clean Air Act*; que todavía existía una gran incertidumbre sobre la realidad del cambio climático; y que la decisión de no regular entraba dentro de su ámbito legítimo de discrecionalidad y consideraba conveniente no hacerlo por razones de política exterior. El Tribunal Supremo entendió que la interpretación administrativa no se ajustaba al tenor literal de la ley de delegación, tanto en su vertiente más técnica, relacionada con el concepto de contaminante, como, sobre todo, en los factores considerados, puesto que las implicaciones políticas en las relaciones exteriores u otros ámbitos no figuraban expresamente en ella.

La jurisprudencia norteamericana, en suma, exige una verdadera justificación del reglamento en el procedimiento de elaboración y controla intensamente su adecuación a los criterios materiales de la ley de delegación y su razonabilidad, lo que se explica, en gran parte, por la consideración del control judicial como contrapeso necesario, al igual que el procedimiento, frente a la discrecionalidad reguladora de las agencias, que no están legitimadas democráticamente ni responden políticamente de sus actuaciones. Los tribunales han contribuido así a consagrar la importancia de la génesis reglamentaria, aunque también, al igual que las iniciativas presidenciales que exigen el análisis de impacto económico, a complicarla (osificación), lo que ha provocado algunas críticas<sup>83</sup>.

El Tribunal de Justicia, por su parte, ha dado en los últimos años un salto cualitativo en el control de la justificación de las normas de la Unión, sobre todo de la denominada actividad normativa no legislativa (actos reglamentarios), donde las exigencias son mayores que en los actos legislativos, pese a que las evaluaciones de impacto sólo se han implantado formalmente en estos últimos.

El juez de la Unión ha extendido progresivamente a los actos reglamentarios los criterios de control de los actos ejecutivos, centrados en el procedimiento (análisis minucioso y amplio del asunto, participación de los interesados y motivación)<sup>84</sup>, desarrollando el criterio del «ejercicio efectivo del margen de apreciación», que alude a responsabilidad y se concreta en la obligación de la institución de «demostrar

---

<sup>83</sup> Sobre esta cuestión, Peter L. STRAUSS (2008: 351 y ss.).

<sup>84</sup> STJCE de 21 de noviembre de 1991, asunto C-269/90, *Technische Universität München*.

ante el Tribunal la toma en consideración de todos los datos y circunstancias pertinentes de la situación que se haya pretendido regular». La carga de la prueba de la legalidad del reglamento corresponde *prima facie* a las instituciones en el procedimiento administrativo.

Tiene declarado el Tribunal de Justicia, en efecto, que el control judicial es limitado cuando la institución dispone de una amplia facultad de apreciación para adoptar decisiones, en el sentido de que no puede sustituirlas, pero que ello no afecta al deber del juez de comprobar la suficiencia de los elementos probatorios utilizados para apreciar la situación y sostenerlas, resultando fundamental el control de las garantías del procedimiento administrativo.

Los mayores desarrollos se encuentran en el campo de los riesgos, donde la jurisprudencia ha precisado los criterios reguladores (análisis de riesgos y principio de precaución) y de su control judicial.

En cuanto a lo primero, se reconoce a la Administración un margen muy amplio de apreciación para adoptar estas decisiones complejas, por la incertidumbre existente, la valoración de evaluaciones científicas que requieren y su componente político (determinar el nivel de riesgo inaceptable para la sociedad), pero se exige, como contrapartida, una intensa actividad probatoria en el procedimiento decisorio. La institución debe encomendar la evaluación científica del riesgo, previa a la determinación política del nivel de protección, a especialistas, basarse en pruebas científicas y efectuarse con independencia, objetividad y transparencia. La Administración, en suma, debe disponer de una «información lo suficientemente fiable y sólida como para permitirle comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa»<sup>85</sup>.

Los criterios del riguroso control judicial de estas decisiones se resumen en la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011:

«(...) la limitación del control del juez de la Unión no afecta al deber que éste le incumbe de verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, y de comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Además, cabe recordar que, en los casos en que una institución dispone de una amplia facultad de apreciación, reviste

---

<sup>85</sup> STPI de 11 de septiembre de 2002, asunto T-13/99 (*Pfizer*).

fundamental importancia el control del respeto de las garantías que el ordenamiento jurídico de la Unión establece para los procedimientos administrativos. El Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de precisar que, entre estas garantías figura en particular la obligación de la institución competente de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trate y de motivar su decisión de modo suficiente».

Estos parámetros se han extendido a otros ámbitos menos complejos. Inicialmente, y a falta de previsiones expresas, el Tribunal de Justicia reconocía plena libertad a las instituciones para decidir los estudios y análisis que debían realizarse antes de aprobar un acto reglamentario<sup>86</sup>, pero en la sentencia de 7 de septiembre de 2006<sup>87</sup>, en el ámbito de las ayudas de la política agrícola, cambió de criterio. Aunque no se exigía ningún análisis específico para fijar los regímenes de cada sector, el Tribunal consideró que el Consejo, al fijar el del algodón sin analizar previamente todos sus efectos económicos, no ejerció efectivamente su facultad de apreciación, anulando el correspondiente Reglamento por desproporcionado. La abogada general fue más lejos y conectó la falta de un estudio de impacto normativo, también, con la arbitrariedad.

Un factor determinante en la fiscalización de los estudios realizados cuando el reglamento restringe derechos es la identificación y análisis de alternativas en el procedimiento. Es posible adoptar medidas que tienen consecuencias desfavorables para los interesados, aunque sean considerables, pero resultan desproporcionadas por el mero hecho de no haberse estudiado otras posibilidades en el procedimiento<sup>88</sup>.

El incremento del control judicial de la justificación es palpable también en los actos legislativos, sobre todo desde la implantación de las evaluaciones de impacto. El Tribunal de Justicia también exige al legislador que ejerza efectivamente su margen de apreciación, aunque los requerimientos probatorios son menores. Por una parte, no se comprueba tan exhaustivamente la actividad analítica previa, siendo sufi-

<sup>86</sup> Según la STJCE de 19 de noviembre de 1998: «(...) la facultad discrecional de que dispone el Consejo en la apreciación de una situación económica compleja no se aplica exclusivamente a la naturaleza y al alcance de las disposiciones que deban adoptarse sino también, en cierta medida, a la comprobación de los datos de base, especialmente en el sentido de que el Consejo puede basarse, en su caso, en comprobaciones globales (...)».

<sup>87</sup> Asunto C-310/04, *España c. Consejo de la Unión Europea*.

<sup>88</sup> La STJUE de 9 de octubre de 2010, por ejemplo, declara inválido un reglamento de la Comisión que, con fines de transparencia, obligaba a los Estados a publicar la identidad de los beneficiarios de las ayudas de la Política Agrícola Común por no haber buscado otras alternativas menos lesivas del derecho de protección de datos.

ciente que la Comisión haya evaluado el impacto de la propuesta o que el Parlamento, si ha introducido algún cambio, haya analizado el tema superficialmente; y, por otra, se admiten nuevas justificaciones en vía judicial, al contrario de lo que ocurre con los actos reglamentarios, según se ha visto.

Es importante notar que los análisis de impacto son exigibles según el Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, pero no se consideran una formalidad y se emplean, sólo, en el enjuiciamiento del fondo, para valorar la adecuación del acto legislativo a los principios generales del Derecho, sobre todo la proporcionalidad<sup>89</sup>. Las evaluaciones de impacto sirven para confirmarla, por muy intensas que sean las medidas restrictivas que contienen, si ponen de manifiesto que se han estudiado alternativas y sus consecuencias económicas o de otra índole para los afectados. En la sentencia de 8 de junio de 2010, C-58/08, fue decisivo, para concluir la proporcionalidad de un Reglamento que impuso precios máximos a los servicios de itinerancia en la telefonía móvil para proteger a los consumidores, que la evaluación pusiera de manifiesto que se estudió si debían imponerse sólo precios al por menor o también al por mayor y los efectos económicos para los operadores.

Mucho más riguroso, similar al de los actos reglamentarios, es el control de las normas de los Estados que inciden en las libertades económicas (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, etc.), aunque tengan rango de ley, puesto que su margen de apreciación está limitado por el Derecho de la Unión, tanto originario como, en su caso, derivado. El Tribunal exige que las medidas restrictivas se basen en una exigencia imperativa de interés general (medio ambiente, salud, etc.), objetivamente justificada, y sean proporcionadas, es decir, necesarias y adecuadas, teniendo establecido que «las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado»<sup>90</sup>.

La falta de un análisis de alternativas menos restrictivas y de los efectos de las medidas establecidas en el procedimiento ha supuesto, por ejemplo, que se hayan considerado desproporcionadas las prohibiciones de circulación de camiones por razones ambientales, pese a que

---

<sup>89</sup> Alberto ALEMANN (2009), «The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?», *European Law Journal*, 3, págs. 382 y ss.

<sup>90</sup> Entre otras, sentencias de 30 de noviembre de 1995, C-55/9; de 26 de noviembre de 2002, C-100/01; y de 13 de noviembre de 2003, C-42/02.

existiera un problema serio de contaminación atmosférica (sentencias de 15 de noviembre de 2005<sup>91</sup> y 21 de diciembre de 2012<sup>92</sup>, sobre libre circulación de mercancías). El Tribunal ni siquiera entró a analizar si las alternativas de transporte existentes (ferrocarril) eran económicamente viables, como sostenía el Estado en el proceso judicial, considerando suficiente motivo para considerarlo ilegal que las autoridades estatales no hubieran analizado esta cuestión antes de adoptar la medida y que tampoco hubieran buscado medidas restrictivas alternativas. En este sentido, afirmó, y esto es importante tenerlo en cuenta de cara a la justificación de medios que imponen las Leyes de Libre Prestación de Servicios y de Economía Sostenible, que no basta con la simple identificación de alternativas, sino que para descartarlas tiene que haberse demostrado claramente en el procedimiento su carácter inadecuado para alcanzar el objetivo.

Otro elemento que resulta decisivo es la justificación de la coherencia de la normativa estatal que restringe las libertades económicas para lograr el fin público invocado. El Tribunal considera que la misma «sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si verdaderamente responde al afán de alcanzar de modo coherente y sistemático dicho objetivo»<sup>93</sup>, considerando desproporcionado, por ejemplo, prohibir publicitar tratamientos médicos en la televisión nacional pero admitirlo, sin haberlo justificado, en las cadenas locales, o que se exija autorización para la apertura de clínicas dentales pero no se someta al mismo régimen a otros establecimientos semejantes (STJUE de 10 de marzo de 2009).

### B) *El reparto de la carga probatoria*

Un efecto que parece claro de la consagración de la obligación de justificar procedimentalmente los reglamentos y analizar previamente sus efectos es la distribución de la carga probatoria de su legalidad. Seguirá recayendo en los afectados la carga de accionar, pero, pesando sobre la Administración estas obligaciones legales y habiéndose precisado en gran medida el modo de hacerlo, se reduce la exigencia de prueba al recurrente y será mucho más fácil constatar su ilegalidad, puesto que la comprobación se centrará, en primer lugar, en la actividad probatoria desarrollada por la Administración en el procedimiento.

<sup>91</sup> C-320/03.

<sup>92</sup> C-28/09.

<sup>93</sup> Entre otras muchas, SSTJUE de 6 de marzo de 2007, C-338/04; de 17 de julio de 2008, C-500/06; y de 10 de marzo de 2009, C-169/07.

La desconsideración de los efectos del reglamento, análisis de alternativas, la falta o insuficiente justificación de las medidas restrictivas o distorsionadoras, como las prohibiciones, autorizaciones, serán motivo suficiente para considerarlo ilegal. Ni siquiera va a ser necesario fundamentarlo siempre en la proporcionalidad o en el principio de interdicción de la arbitrariedad, puesto que en muchos casos la justificación ya es, en sí misma, un presupuesto legal, como ocurre con las autorizaciones al ejercicio de actividades (Ley 17/2009 y art. 84 bis LBRL). La STS de 27 de diciembre de 2012 ha anulado el artículo 42 del Reglamento de Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, por no haberse justificado en el expediente el sometimiento a los organismos de control de la calidad y seguridad industrial a este tipo de control.

Ahora bien, si la memoria existe y está bien hecha, pues justifica materialmente el reglamento y pone de manifiesto que se analizó adecuadamente el tema, es lógico que se invierta la carga de la prueba y sea el recurrente el que tenga que demostrar su ilegalidad. Lo que no es admisible es que, como ha ocurrido hasta ahora entre nosotros en gran medida, la Administración establezca medidas que limitan los derechos y libertades sin que conste ningún análisis previo ni justificación en el expediente y tengan que ser éstos, además, los que deban probar que resultan desproporcionadas.

## VI. CONCLUSIÓN

Los análisis de impacto normativo, en el caso de los reglamentos, cumplen, o deberían cumplir, la doble función de suministrar al titular del poder normativo la información necesaria para adoptar la decisión y aportar y hacer públicas sus razones, por lo que están llamados a jugar un importante papel tanto en el procedimiento reglamentario como en el control judicial del reglamento, sobre todo cuando afectan a los derechos e intereses de los ciudadanos.

La implantación de esta técnica, en su configuración actual y pese a sus posibles deficiencias, supone, al igual que ocurre con las obligaciones justificativas introducidas por el legislador (Leyes de Libre Prestación de Servicios, Economía Sostenible o Estabilidad Presupuestaria), reconocer al procedimiento reglamentario una importancia capital, lo que resulta comprensible, puesto que es donde se dilucidan, en no pocos casos, estos derechos y, además, la Administración, aunque está jurídicamente limitada, suele disponer de amplios márgenes de apreciación para hacerlo. Se está imponiendo a la Administración, en suma,



la obligación de desarrollar en el procedimiento una intensa actividad probatoria de la decisión normativa.

Pero no debe desdeñarse su alcance en el control judicial. La obligación de justificar los reglamentos es ya un imperativo legal, que obliga al juez a comprobar que realmente han venido precedidos 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 esta 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.

Esta comprobación no debería hacerse en un sentido meramente formal, al hilo de los vicios procedimentales y sin tener en cuenta el contenido del reglamento y las medidas que establece, como ha ocurrido con las tradicionales memorias. Los análisis de impacto se realizan en el procedimiento pero atañen al fondo, sobre todo al núcleo decisorio, es decir, a la atribución de valores y composición de intereses que, en su caso, haya realizado la Administración, que debe basarse en ellos y ser acorde con los mandatos legales y resto de límites jurídicos que impone el ordenamiento, por lo que las memorias que los exteriorizan no pueden desconectarse del control material. Esta distinción procesal de los planos procedimental y sustantivo puede empezar a superarse tras la imposición, en las leyes mencionadas, de obligaciones justificativas donde la frontera entre lo procedimental y material ha quedado definitivamente desdibujada.

El incremento del control del fondo que puede derivarse del empleo de estas memorias está plenamente respaldado por el artículo 106.1 de la Constitución, que prevé el enjuiciamiento de la potestad reglamentaria y su sometimiento a los fines que la justifican. La existencia de potestades reglamentarias discrecionales que otorgan márgenes amplios de valoración a la Administración no está reñida con un control judicial intenso de los fundamentos de la decisión administrativa y las garantías procedimentales, como ha establecido el Tribunal de Justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANN, Alberto (2009): «The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?», *European Law Journal*, 3.
- ALONSO MAS, María José (1998): *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel (2012): *El sentido del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed.), Ariel.

- BACIGALUPO SAGESSE, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales)*, Marcial Pons.
- BALDWIN, Robert (2005): «Is Better Regulation Smarter Regulation?», *Public Law*, otoño.
- (2011): *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press.
- (2012): *Understanding Regulation* (2.ª ed.), Oxford University Press.
- BAÑO LEÓN, José María (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas.
- (2010): «Reserva de Administración y Derecho comunitario», en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhi-gues*, Tirant lo Blanch.
- BARNÉS, Javier (2007): «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press.
- BENTHAM, Jeremy (1981): «De la promulgación de las leyes», en *Tratados de legislación penal y civil*, Editora Nacional.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2010): *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2012): «La doctrina de la deferencia administrativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Más de un cuarto de siglo de la jurisprudencia Chevron sobre el control judicial de la Administración», en *Administración y Justicia. Un estudio jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas.
- CARBONELL, Eloísa, y MUGA, José Luis (1996): *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons.
- CUCHILLO FOIX, Montserrat (1996): *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan (1988): «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 116.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2005): «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *RAP*, 167.
- (2013): «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», Ponencia presentada en el I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, celebrado en Valencia el 31 de mayo.
- DWORKIN, Ronald (2012): *Los derechos en serio*, Ariel.
- ESTEVE PARDO, José (2009): «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional», en el tomo I de MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales.
- (2013): *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008): *De la arbitrariedad de la Administración* (5.ª ed.), Civitas.
- (2012): «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *RAP*, 187, págs. 141-180.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2012): «Análisis económico y regulación. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 sobre las emisiones primarias de energía o subastas de capacidad virtual», en *Administración y Justicia. Un estudio jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas.

- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (1996): *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José (1993): «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América», en BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas.
- (2009): «El procedimiento de elaboración de los reglamentos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 11.
- MARCOS, Francisco (2009): «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *RAP*, 179.
- MCGARITY, T. O. (1991): *Reinventing Rationality: The Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy*, Cambridge.
- (1992): «Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process», *Duke Law Journal*, 41.
- MEUWEUSE, Anne (2008): *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, Kluwer Law International.
- (2011): «Legal implications of Better Regulation: A special Issue», *European Public Law*, 17, 3, págs. 456.
- MONTORO CHINER, M.<sup>a</sup> Jesús (1985): «La calidad de las normas: ¿desafío al Estado de Derecho?: el test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 48, págs. 507-524.
- (2001): *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1986): *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas.
- (2009): «Fundamentos e Instrumentos jurídicos de la Regulación económica», en el tomo I de MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, págs. 136-160.
- PÉREZ ALONSO, Jorge (2011): «¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo», *RAP*, 188, págs. 325 y ss.
- PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL (1999): *Administrative Law and Process*, NY Foundation Press.
- PILDES, R., y SUNSTEIN, C. (1995): «Reinventing the Regulatory State», *University of Chicago Law Review*, 62.
- PONCE SOLÉ, Julio (2003): «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», *RAP*, 162.
- (2009): «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *RAP*, 180, págs. 201-243.
- POSNER, E. A. (2001): «Controlling Agencies with Cost-benefit Analysis: A positive Political Theory Perspective», *The University of Chicago Law Review*, 4, págs. 1137-1199.
- RADAELLI, C., y DE FRANCESCO, F. (2010): «Regulatory Impact Assessment», en vol. col. *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press.
- RAVEN-HANSEN, P. (1983): «Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291», *Duke Law Journal* (2 Fourteenth Annual Administrative Law Issue).
- REBOLLO PUIG, Manuel (1991): «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125.
- REVESZ, R. L. (2010): «Análisis coste-beneficio en el Derecho Ambiental de los Estados Unidos», *Estudios Públicos*, 117.
- REVESZ, R. L., y LIVERMORE, M. A. (2009): *Retaking Rationality. How Cost-Benefit Analysis can better protect the environment and our health*, Oxford.

- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada (2010): «La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, págs. 325-357
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons.
- SAINZ MORENO y SILVA OCHOA (coords.) (1989): *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco.
- SCHOENBAUM, Thomas, y ROSENBERG, Ronald (1996): *Environmental Policy Law* (3.<sup>a</sup> ed.), University Casebook Series.
- SCOTT, J., y STURM, S. (2007): «Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance», *Columbia Journal of European Law*, 13, págs. 565-594.
- SHAPIRO, S. A. (2005): «Unequal partners: Cost-benefit analysis and executive review of regulation», *Environmental Law Reporter*, 7, págs. 10433-10444.
- STRAUSS, Peter (2008): «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», en BARNÉS (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press.
- SUNSTEIN, Cass (2002): *The Cost-Benefit State. The future of Regulatory Protection*, American Bar Association.
- TORNOS MAS, Joaquín (1983): «La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa», *RAP*, 100-102, págs. 471-507.