

Ramón Sánchez Puente*
Fe Bueno Rodríguez**
Andrea García Vidal***

LA EVALUACIÓN EX ANTE. UNA VISIÓN DE LA OFICINA DE COORDINACIÓN Y CALIDAD NORMATIVA

El informe relativo a las Perspectivas de la OCDE sobre la Política Regulatoria 2018, sitúa a España en el grupo de países en estado intermedio en los rankings de mejora regulatoria. La experiencia del primer año de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN) confirma que, con carácter general, en prácticamente todos los ámbitos de la evaluación ex ante existen márgenes de mejora.

Ex ante evaluation. The view of the Coordination and Regulatory Quality Office

The OECD Regulatory Policy Outlook 2018, places Spain in the group of intermediate countries in the rankings of regulatory improvement. The experience the OCCN has gained in its first year of operation confirms that, in general, in virtually all areas of the ex ante evaluation there is scope for improvement.

Palabras clave: evaluación ex ante, buena regulación, calidad normativa, memoria del análisis de impacto normativo, seguridad jurídica, OCDE, OCCN.

Keywords: ex ante evaluation, better regulation, regulatory quality, report on the regulatory impact analysis, legal security, OECD, OCCN.

JEL: K200, K400.

1. Introducción

La evaluación *ex ante* es un instrumento esencial para la elaboración de las normas y el diseño de políticas públicas, que adquiere una importancia creciente por su conexión con la calidad del ordenamiento

jurídico y, más ampliamente, con la cultura del buen gobierno y la perfectibilidad de la actuación pública e incluso de la democracia.

La finalidad de la evaluación, tanto *ex ante* como *ex post*, es asegurar el acierto de la norma. Al enfoque tradicional, que centraba la calidad de las normas en sus aspectos formal y técnico-jurídico, se ha añadido la perspectiva socioeconómica, que incorpora la preocupación por la utilidad de la norma para contribuir de modo eficaz y eficiente al crecimiento económico y al incremento del bienestar social, de forma que la calidad normativa adquiere un significado más amplio y se convierte en una materia transversal y de carácter multidisciplinar.

* Director de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

** Coordinadora de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

*** Consejera Técnica de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

Los tres cargos pertenecen al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. Agradecemos su inestimable colaboración al resto de miembros de la OCCN.

Versión de marzo de 2019.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2019.907.6807>

Es importante subrayar también que en la naturaleza de la evaluación *ex ante* está su carácter previsor, pues se entiende que su sentido último es evitar que se produzcan consecuencias indeseables como resultado de la aprobación de una norma. La evaluación *ex ante* debería asumirse como una garantía de la actuación pública, actuación que conviene mejorar continuamente.

Así, la evaluación *ex ante* se ofrece como un proceso analítico para la preparación de las propuestas normativas mediante la definición de su motivación, fines y objetivos; la ponderación de alternativas y el análisis de los impactos de todo tipo, objetivos y subjetivos, que puede producir la norma. Todo ello a través de la recopilación de toda la información que la sociedad del conocimiento hace accesible, la participación de las partes interesadas, y con la conciencia de la necesidad de la asignación eficiente de los recursos públicos disponibles.

Durante las últimas dos décadas, en el seno de la Unión Europea y de la OCDE se ha ido avanzando en lo que inicialmente se denominó *Better regulation* y posteriormente *Smart regulation*. En el ámbito de la OCDE cabe citar la «Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental» del año 1995 y la «Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria» del año 2012. En el ámbito de la Unión Europea, son reseñables la Comunicación de la Comisión Europea de 2005, que implementaba la iniciativa «Legislar mejor» en el marco de la Estrategia Renovada de Lisboa para el crecimiento y el empleo; la «Comunicación de 2010 sobre normativa inteligente en la Unión Europea»; y el posterior «Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación», que contiene diversas propuestas dirigidas a integrar el «Programa Europeo de Reducción de Cargas» (*Administrative Burden Reduction*) con los objetivos de calidad normativa.

La evaluación *ex ante* no es una tarea aislada, sino que forma parte de esa política transversal de mejora regulatoria. Siguiendo dicha «Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria» del

año 2012, España ha introducido recientemente diversas mejoras en relación con la evaluación *ex ante*, entre las que destaca la creación de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, que inició su funcionamiento el 16 de marzo de 2018. La OCCN se configura como el órgano encargado de promover la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, mediante el análisis de una serie de aspectos previstos en el artículo 26.9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Su acción se formaliza mediante la emisión de un informe, en el que se formulan las observaciones y recomendaciones dirigidas a los ministerios proponentes de los proyectos en cada caso, a fin de que se puedan incorporar las mejoras regulatorias sugeridas a los textos antes de su aprobación por parte del Consejo de Ministros.

La OCCN es, por tanto, con arreglo al marco jurídico vigente, un órgano de supervisión pero, adaptándose a la realidad institucional, ha asumido como propia la condición de órgano de colaboración con los órganos que elaboran y tramitan los proyectos normativos, en línea con la naturaleza horizontal de la política de mejora regulatoria, con el objetivo de que las normas aprobadas por el Gobierno de España tengan la mayor calidad posible.

En coherencia con esa visión, no se aborda en este artículo teóricamente la mejora de la calidad normativa, cuestión abundantemente tratada en el seno de las organizaciones internacionales y por el mundo académico, sino que se trata de compartir la experiencia y el conocimiento adquiridos durante el primer año de trabajo de la OCCN al ejercer las funciones que le han sido encomendadas.

2. La regulación y la gobernanza de la política de mejora de la calidad normativa del Gobierno y de la Administración General del Estado

La implantación de la política de mejora de la calidad normativa en el ordenamiento jurídico español ha recibido un gran impulso durante la última década,

como se observa al analizar la evolución normativa en la materia.

El marco institucional que ha resultado de ese impulso normativo es fragmentario, ya que está constituido por diversos agentes colaboradores y supervisores de la calidad de diferentes aspectos del análisis de impacto normativo y más ampliamente del ciclo normativo, para asegurar el acierto de las normas.

Las normas estatales que han impulsado la política de mejora de la calidad normativa en nuestro ordenamiento jurídico

En su redacción inicial, los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, recogiendo la práctica anterior, disponían respecto de los anteproyectos de ley y de los proyectos de reglamento que debían venir acompañados de un informe sobre su necesidad y oportunidad, así como por una memoria económica que contuviera la estimación del coste a que pudiesen dar lugar. La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno, añadió a aquellos la exigencia de un informe sobre el impacto por razón de género, una herramienta de evaluación *ex ante* específicamente dirigida a introducir el principio de igualdad en las políticas públicas a través de los planes y las normas legales, facilitando una toma de decisiones basada en una mejor información sobre los posibles efectos que va a producir la medida sobre hombres y mujeres, y su coherencia con los planes de igualdad existentes.

En línea con el nuevo enfoque de análisis que representaban los análisis de impacto por razón de género, pero con un alcance más profundo y transversal, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (MAIN), y la guía metodológica para la elaboración de dicha memoria, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009, dieron un salto cualitativo a la evaluación normativa *ex ante* en la

Administración General del Estado. Con carácter general sentaron las bases de la aplicación del análisis de impacto normativo (*Impact Assessment*), entendido como una herramienta que, aplicada en un proceso continuo, sistematiza y ordena la información relevante para valorar el impacto de una iniciativa normativa, con el fin de ofrecer argumentos a favor de una propuesta normativa como opción más adecuada para afrontar una situación, y con ello ayudar en el proceso de su aprobación. La nueva MAIN recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, justificando su oportunidad y necesidad, y realizando una estimación del impacto que tendrá su aprobación en diferentes ámbitos de la realidad. Representa, por tanto, un avance en relación con la concepción tradicional de la información que acompaña a un proyecto, hasta entonces contenida en las memorias justificativa y económica, y en el informe de impacto de género.

Posteriormente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que tiene por objeto ampliar la transparencia de la actividad pública, garantizar el derecho de acceso a la información y establecer las obligaciones de buen gobierno, supuso un avance importante respecto a la evaluación *ex ante* al regular la publicación de la MAIN en el Portal de Transparencia, de manera que dejaba de constituir un documento interno de la Administración, dentro del procedimiento de elaboración de las normas, para convertirse en un documento público, a disposición de los ciudadanos y sectores afectados.

Más recientemente, el título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha recogido los principios de buena regulación, ordenado el proceso de elaboración de normas y reforzado la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa. Simultáneamente, la modificación, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ha aportado como novedades en el ámbito de la Administración General del Estado la elaboración de un Plan Anual Normativo, la

evaluación *ex post* de las normas y la emisión, por el actual Ministerio de la Presidencia, Relaciones con la Cortes e Igualdad, del informe de la calidad normativa.

Posteriormente, se ha aprobado la regulación del Plan Anual Normativo y del Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado, así como la creación de la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, por el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo; la nueva regulación de la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo, mediante el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, así como el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, por el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, y la fecha de su entrada en funcionamiento, mediante la Orden PRA/244/2018, de 12 de marzo.

El fragmentado marco institucional de la gobernanza regulatoria

La OCDE ha señalado que los mecanismos de supervisión son esenciales para reducir la brecha existente entre los requisitos formales relacionados con los instrumentos de mejora regulatoria, su implementación práctica y el cambio cultural necesario.

Si bien la organización institucional es muy variada en los diferentes países, es usual que, por su propia naturaleza transversal, esta política pública esté sujeta a una gobernanza fragmentada, en la que diferentes actores tienen la condición de supervisores parciales de los distintos aspectos que comprende la política de mejora de la calidad normativa. Respecto a la actividad normativa del Gobierno de España y de la Administración General del Estado:

- El Ministerio de Política Territorial y Función Pública es responsable de promover la simplificación de los procedimientos administrativos y efectuar el seguimiento de la reducción de cargas administrativas, de garantizar la transparencia de las actuaciones públicas, de impulsar la agenda digital de la Administración y de promover la participación de los ciudadanos en

el procedimiento de elaboración normativa. Además, emite un informe sobre la distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales de las Administraciones Públicas.

- El Ministerio de Economía y Empresa comprueba, fundamentalmente, la calidad del análisis del impacto económico en diversos aspectos: general, sectorial, sobre la unidad de mercado, la competencia y la competitividad. Además, desempeña un papel muy relevante en la evaluación *ex post* o de los resultados de la norma.

- Al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo le corresponde evaluar el impacto económico de la regulación en lo concerniente a las pequeñas y medianas empresas (pymes).

- La Oficina de Coordinación y Calidad Normativa es el órgano del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad encargado de promover la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, cuyas funciones, que se explican posteriormente, son similares a las del Comité de Control Reglamentario de la Unión Europea.

- Por otra parte, el Consejo de Estado es el órgano responsable de evaluar la legalidad de la regulación, el procedimiento de tramitación, la eficiencia de la Administración en la consecución de sus objetivos y examinar la calidad legal de los reglamentos y anteproyectos de leyes.

Otros órganos que colaboran también en el ciclo normativo, distintos además de aquellos que hayan elaborado y tramiten los proyectos normativos, son las Secretarías Generales Técnicas de todos los ministerios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o la Comisión General de Codificación.

3. La posición internacional de España en relación con la política de mejora de la normativa y, en particular, respecto a la evaluación *ex ante*

Desde su entrada en funcionamiento, la OCCN ha participado en distintos foros internacionales relativos

CUADRO 1
INDICADORES SOBRE POLÍTICA Y GOBERNANZA REGULATORIA

Contenido de las políticas regulatorias	Participación pública y transparencia	Memoria de análisis de impacto	Evaluación <i>ex post</i>
Estrategia y procesos	Requisitos y excepciones	Requisitos, proporcionalidad y excepciones	Requisitos y proporcionalidad
Supervisión y responsabilidad	Apertura y participación	Metodología	Metodología
Acceso a la normativa, planificación y revisión	Metodología	Supervisión y directrices	Revisión del inventario
Gobernanza	Supervisión y directrices	Transparencia	Supervisión y directrices
Coordinación multinivel e instrumentos internacionales	Efectividad y utilidad	Efectividad	Transparencia
Estadísticas	e-gobierno	Estadísticas	Órgano permanente
	Estadísticas		Estadísticas

FUENTE: Arndt, C. et al. (2015).

a la materia: en la OCDE, a través del Comité de Política Regulatoria; en la Unión Europea, mediante la colaboración en distintos grupos de trabajo; y en la Red Iberoamericana y del Caribe de mejora regulatoria. Esa participación es una oportunidad de conocimiento directo de las tendencias internacionales en la materia, y de dar a conocer los avances de España al respecto.

A nivel internacional, para medir la mejora regulatoria se diseñó el *Indicators of Regulatory Management Systems* de la OCDE y el *ranking del Doing Business* del Banco Mundial. En 2015 la OCDE creó un nuevo sistema de indicadores: *Indicators of Regulatory Policy and Governance* (iREG), que mide los siguientes ámbitos reflejados en el Cuadro 1.

El informe relativo a las Perspectivas de la OCDE sobre la Política Regulatoria 2018 es el segundo de una serie iniciada en 2015 donde se analizan las iniciativas emprendidas por los países para mejorar la calidad regulatoria en comparación con los principios establecidos por la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria en 2012.

Por lo que respecta a España, hay que tener en cuenta que la recogida de datos se cerró en diciembre

de 2017 y si bien se siguió trabajando en su contenido los dos primeros meses de 2018, el informe refleja la situación existente en el período 2016-2017. Cabe destacar los siguientes puntos:

— España está ampliando gradualmente su programa sobre mejora regulatoria (*better regulation agenda*) centrado en sus inicios en la simplificación de cargas administrativas, la participación de los interesados y la evaluación.

— Recientemente el Gobierno español ha creado, en el «Portal de Transparencia», una plataforma de sencilla navegación en la que se puede consultar el Plan Anual Normativo y que dirige al trámite de consulta pública, si bien la participación de los interesados todavía no se lleva a cabo de forma sistemática.

— La MAIN se exige y en la práctica acompaña a la totalidad de proyectos normativos.

— La nueva regulación de la MAIN en 2017 ha supuesto un avance importante como instrumento de mejora regulatoria al profundizar en la estructura y contenidos de las memorias e introducir requisitos adicionales en la evaluación de los impactos en materia de competencia y en las pymes, así como al

crear un nuevo marco para efectuar las evaluaciones *ex post*.

— La actualización de la Guía Metodológica de 2009 para la elaboración de la MAIN permitirá a los reguladores contar con un eficaz instrumento para mejorar su elaboración. Como sugerencia, se apunta que dicha guía podría ir más lejos proporcionando asesoramiento sobre métodos de recopilación de datos y metodologías claras y transparentes para las evaluaciones.

El informe señala también que España se beneficiaría desarrollando técnicas estándar para la evaluación *ex post*, que todavía se encuentra en fase inicial y no implementada de forma sistemática.

— Menciona la creación de la OCCN como órgano supervisor de la regulación que empieza su actividad en 2018 con el mandato específico de supervisar la aplicación de los requisitos de la mejora regulatoria, concretamente examinando los contenidos de las MAIN y las evaluaciones *ex post*.

Pese a las mejoras previamente señaladas, que han hecho que España haya mejorado, con respecto a las normas reglamentarias, en las tres áreas clave (participación pública, evaluación *ex ante* —MAIN— y evaluación *ex post*), las encuestas (*Indicators of Regulatory Policy and Governance* y *Product Market Regulation*) y documentos de la OCDE ponen de relieve que España, en las tres áreas, permanece casi en todos los casos por debajo del promedio de la OCDE. Por ello, si se quiere superar esa situación, se deben incorporar a las prácticas actuales nuevas medidas, de modo que la cuestión pasa a ser qué acciones tendría que poner en marcha España para figurar como uno de los países «avanzados» en los *rankings* de mejora regulatoria¹.

A estos efectos, es esencial conocer las últimas tendencias en materia de mejora regulatoria en la OCDE y,

en concreto, en relación con la elaboración del análisis de impacto normativo. De ese examen resulta lo siguiente:

El alcance de la evaluación *ex ante*

— Los países han aumentado el número de impactos analizados, y principalmente se ha introducido el impacto en la innovación o el medioambiente. También se ha añadido la consideración del impacto sobre la pobreza y la desigualdad, con el respaldo del compromiso de los países con los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas para 2030².

— Se ha planteado el debate sobre la opción de efectuar el análisis de impacto normativo en las normas iniciadas en los Parlamentos. Por ejemplo, en el seno de la Unión Europea se ha acordado que, además de las evaluaciones de impacto que realiza la Comisión de sus iniciativas, el Parlamento y el Consejo realizarán evaluaciones de impacto en relación con modificaciones sustanciales de las propuestas de la Comisión³.

La metodología

— Para la práctica del análisis de impacto normativo o evaluación *ex ante* es importante contar con una buena metodología que debe estar en continua evolución para adaptarse a una realidad muy cambiante, y además ser supervisada por los órganos correspondientes.

— Aunque puede variar en cada país según sus circunstancias y necesidades, la evaluación *ex ante*

¹ En el grupo de países avanzados se encuentran Australia, Canadá, Corea, México, Reino Unido o Alemania, no necesariamente en ese orden en todas las evaluaciones, según los datos que ofrece la OCDE.

² Los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y 169 metas que articulan la Agenda 2030 constituyen una nueva visión del desarrollo con voluntad transformadora, buscando un equilibrio entre las dimensiones económica, social y medioambiental de las políticas públicas y de la legislación que se aprueba a tal efecto. España, como país firmante, ha adquirido un compromiso político para el cumplimiento de la Agenda 2030 y sus ODS, no solo a nivel global sino también en sus políticas y actuaciones nacionales, habiéndose aprobado el Plan de Acción para la Agenda 2030 por el Consejo de Ministros el 28 de junio de 2018.

³ Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016.

debe efectuarse en una fase temprana del proceso regulatorio.

— Es preciso lograr un enfoque participativo, dado que los agentes interesados generalmente cuentan con información valiosa sobre la realidad existente. La contribución y participación ciudadana en esta fase puede ser esencial, especialmente la aportación de datos que faciliten y permitan mejorar la estimación y evaluación del impacto de la norma en sus destinatarios.

— Cuanto más completa sea la evaluación *ex ante*, más fácil será llevar a cabo la evaluación *ex post*. Es preciso concebir ambas evaluaciones como parte de un todo.

— Los países emplean cada vez más herramientas, no solo estudios de análisis económico, sino también disciplinas como la sociología y la psicología, la llamada economía conductual o *behavioural insights*, (percepciones del comportamiento) para mejorar el diseño de la normativa (alrededor de 190 organismos ya han institucionalizado su utilización) y la «inteligencia artificial», estudios empíricos basados en el tratamiento de datos a través de la estadística.

La gobernanza

— El entorno cada vez más complejo exige que existan sólidas políticas regulatorias y que las decisiones políticas se apoyen en datos y en información sobre la eficacia de las normas. Es preciso superar un enfoque procedimental y llegar a uno estratégico.

— Los países están tomando un enfoque más proporcional a la hora de realizar las MAIN, y se observa que menos países exigen la MAIN para todas las normas (30 países exigían la elaboración de MAIN para todas las normas en 2014 y solo 20 la exigen para todas las normas en 2017; el resto de los países exigen la MAIN solo para normas de mayor relevancia o impacto).

— En los países en los que la supervisión normativa se divide en varias instituciones es crucial la coordinación efectiva. Se debe profundizar en la coordinación entre los distintos organismos que participan en

las funciones de supervisión normativa y en la comprensión del modo en que interactúan entre sí las distintas funciones.

— Como condiciones necesarias para la efectividad de la labor de los organismos supervisores, se pueden citar las siguientes: responsabilidad, aceptación, recursos humanos (formación y volumen), independencia y transparencia.

4. La evaluación *ex ante* a la luz de la experiencia del primer año de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa

La actividad de la OCCN se sitúa en la fase que se denomina de evaluación *ex ante* y, en los términos establecidos por el artículo 26.9 y 11 de la Ley del Gobierno y el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, tiene por finalidad asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno de España.

Esa función de mejora de la calidad de los proyectos normativos del Gobierno se concreta a través del examen de los proyectos normativos que se someten al Consejo de Ministros, en dos momentos:

— Fase inicial: emisión de los informes previstos en el artículo 26.9 de la Ley del Gobierno en relación con el primer texto de los anteproyectos de ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de real decreto-ley, los proyectos de real decreto legislativo y los proyectos de real decreto de carácter reglamentario. Se analizan, entre otras cuestiones, la calidad técnica de la propuesta normativa; su congruencia con el ordenamiento jurídico nacional y de la Unión Europea, y con otras iniciativas que se estén tramitando; la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas o su refundición; y el contenido de la MAIN, valorando la suficiencia de sus análisis de impacto.

— Fase final: el informe de la OCCN no tiene carácter vinculante, pero el Ministerio proponente debe incluirlo entre la documentación que acompañe a la iniciativa

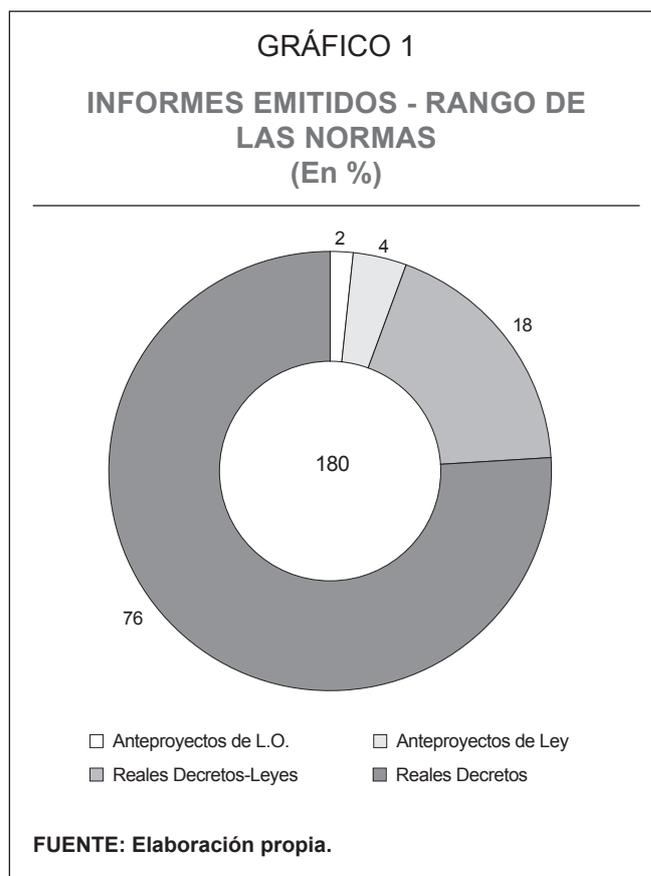
normativa sometida a la aprobación del Consejo de Ministros. En consecuencia, con ocasión de la tramitación del proyecto ante los altos órganos colegiados del Gobierno, la OCCN tiene la oportunidad de examinar si las recomendaciones u observaciones que formuló en su informe han sido tenidas en cuenta o, alternativamente, si de manera específica en la MAIN se dan las razones por las que no han sido aceptadas, pues así lo determina el artículo 7.7 del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre.

Este artículo se escribe en el momento en que se va a cumplir el primer año de funcionamiento de la Oficina. En este período, ha emitido alrededor de 180 informes. Del examen de los informes emitidos pueden extraerse algunas consecuencias sobre tendencias en el contenido del análisis de impacto normativo en las memorias examinadas y la conclusión de que existe un margen de mejora de su calidad todavía amplio (Gráficos 1 y 2).

Las MAIN comienzan con la justificación de la «oportunidad de la propuesta» que, en el esquema de la nueva guía metodológica actualmente en preparación, debe tratar de la motivación, los objetivos, las alternativas consideradas, la adecuación a los principios de buena regulación y, en su caso, de la justificación de las propuestas no incluidas en el Plan Anual Normativo.

Respecto a cómo se trata este fundamental apartado de la MAIN, a la luz de la experiencia de la OCCN, cabe apreciar: una «definición de los objetivos» en exceso genérica para los fines de la evaluación; una confusión generalizada en cuanto al contenido del «análisis de alternativas», que no debe consistir en un juicio sobre el instrumento jurídico a emplear, sino en un razonamiento que, desde el punto de vista material, justifique la mayor idoneidad de la opción elegida frente a las otras posibles⁴; y una insuficiente o inadecuada justificación de los «principios de buena regulación», pues no basta con la mera mención de esos principios, sino que es

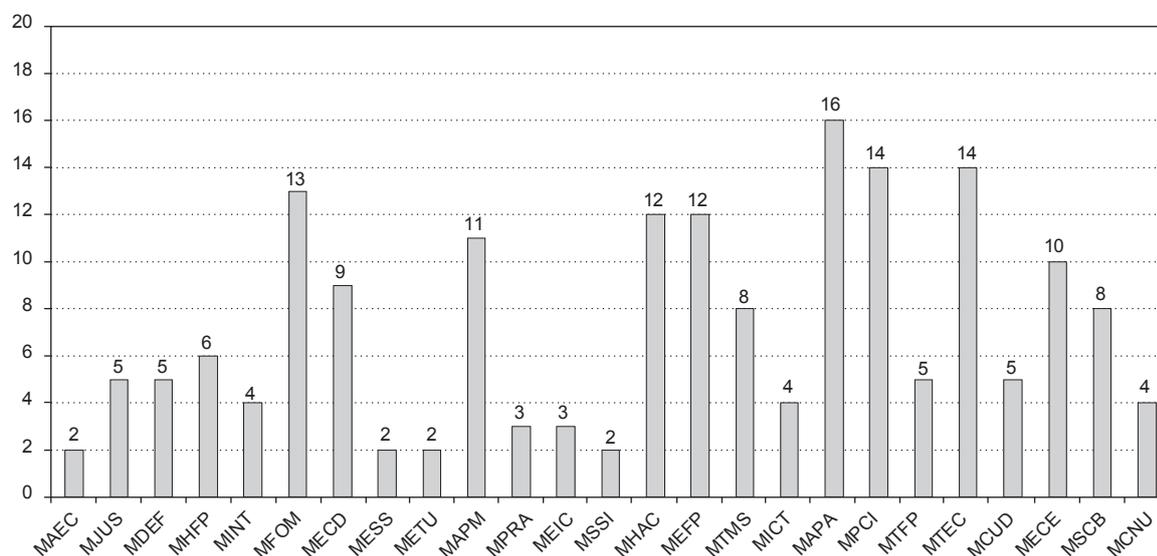
⁴ Para contar con un verdadero análisis sería necesario realizar los análisis de los impactos también sobre las distintas opciones (como realiza la Comisión Europea en sus *Impact Assessments*) y no solo sobre la opción elegida.



preciso un razonamiento concreto, en los términos que establecen los apartados 2 a 6 del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que explique la adecuación a los mismos de la norma proyectada⁵.

⁵ En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen nº 806/2018, de 4 de octubre) ha destacado que «los principios de buena regulación exigidos por el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, no son meros enunciados retóricos que hayan de reproducirse formulariamente en los preámbulos de las disposiciones generales (...)» o, como ejemplo particular (Dictamen nº 52/2019, de 14 de febrero), que «de nuevo ha de recordarse la necesidad de adecuar la labor normativa de las Administraciones a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, y en particular al previsto en su apartado 4, que hace referencia a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, estableciendo un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, lo que resulta incompatible con la dispersión normativa. En este sentido, conviene destacar la necesidad de que cada vez que se lleve a cabo una reforma amplia de un sector, se haga un análisis *ad hoc* sobre la determinación del alcance de dicha reforma, y la posibilidad de conseguir una integración de normas que evite que los destinatarios hayan de acudir a una multiplicidad de disposiciones, con merma de aquella seguridad jurídica».

GRÁFICO 2
INFORMES EMITIDOS POR MINISTERIOS (180)



FUENTE: Elaboración propia.

En cuanto al «análisis jurídico», este debería versar sobre el fundamento jurídico y rango normativo, la congruencia con otras normas de Derecho interno y con las normas del Derecho de la Unión Europea, la entrada en vigor y vigencia de la norma y el alcance de la derogación normativa. Conseguir «la congruencia de la propuesta normativa con el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea» vigentes, e incluso con otras que se estén elaborando en los distintos ministerios o que se vayan a elaborar de acuerdo con el Plan Anual Normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales, evitando posibles duplicidades y contradicciones con el fin de identificar posibles oportunidades para simplificar el ordenamiento jurídico, es un objetivo inherente a los enumerados principios de buena regulación. Sin embargo, en general, en las memorias se presta poca atención a este aspecto, que es esencial para un buen ejercicio de la evaluación *ex ante*.

En particular, resulta imprescindible mejorar el engrace con el Derecho de la UE, pues, como ya señaló el Consejo de Estado en 2008⁶, España podría mejorar mediante la implantación de un adecuado sistema de evaluación del impacto de la propuesta (en fase «ascendente») antes de que esta se materialice, tras su negociación, en norma jurídica (Reglamento o Directiva, principalmente), anticipando desde esa misma negociación los eventuales problemas de transposición y aplicación que se plantearán en la fase «descendente».

Igualmente, existe margen de mejora en relación con la elaboración de las tablas de correspondencias entre las directivas de la UE y los proyectos normativos

⁶ Consejo de Estado, Informe de 2008 sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Recuperado de <http://www.consejo-estado.es/pdf/europa.pdf>

que las incorporen al ordenamiento jurídico español. Estos instrumentos son de gran utilidad para facilitar el análisis de la congruencia de la norma europea y las normas nacionales, y para garantizar la transparencia del ejercicio de transposición. Además, en el caso de que una norma europea se transponga mediante varias normas nacionales, para abordar una transposición completa y ordenada resulta más necesaria si cabe la elaboración de una tabla de correspondencias en la que se plasme de forma detallada la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de cada precepto, con el fin de obtener una visión global.

Desde la perspectiva de la evaluación *ex ante*, sería muy conveniente que fuese habitual una explicación del régimen de «entrada en vigor» de la norma proyectada, que aportase la justificación de que el periodo de tiempo establecido entre la publicación de la norma y su entrada en vigor (*vacatio legis*) es suficiente para posibilitar el conocimiento material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación o, en su caso, la existencia de razones que hagan necesaria su entrada en vigor inmediata.

Este capítulo de la MAIN debería concluir con la identificación precisa y clara de las «normas derogadas», que es una medida que, por una parte, proporciona certidumbre sobre el derecho vigente tras la entrada en vigor de la norma, evitando con ello que el proceso de innovación normativa dé lugar a una situación de inseguridad jurídica. Por otra parte, el esfuerzo de análisis que supone dicha identificación favorece la reflexión sobre las relaciones formales y materiales de la norma proyectada con las demás normas, necesaria para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico. Sin hacer previamente el esfuerzo de determinar en cada caso qué normas deroga la nueva norma, no será posible la tan demandada simplificación normativa. El riesgo para la seguridad jurídica de una simplificación normativa sin una base sólida no es aceptable.

En un Estado compuesto como el nuestro tiene todo el sentido que la MAIN incluya un apartado dedicado a la «adecuación al orden de distribución de

competencias». Puesto que la razón principal de este apartado es asegurar la conformidad de la propuesta normativa con el orden constitucional de distribución de competencias, debe ofrecer información que permita valorar la eventual conflictividad del proyecto. Por ello, el análisis debe ofrecer información suficiente sobre: *i)* el análisis de los títulos competenciales que fundamentan la competencia estatal para aprobar el proyecto; *ii)* las cuestiones competenciales más relevantes, destacando su potencial conflictividad; y *iii)* la participación que se ha dado a las comunidades autónomas, y en su caso a las corporaciones locales, en la tramitación del proyecto y la posición que estas han mantenido.

La «descripción de los trámites y consultas» refuerza la propuesta normativa y ofrece una valiosa información sobre la previsión del grado de aceptación que puede tener el proyecto. La descripción de los trámites realizados no debe limitarse a una mera indicación de los mismos, sino que debe explicar su contenido y consecuencias en el proyecto. El objetivo principal del correspondiente apartado de la MAIN es describir los trámites necesarios para la aprobación del proyecto normativo, reflejando las circunstancias de su realización, así como las principales aportaciones recibidas y el modo en que estas han sido tenidas en cuenta.

A efectos de una adecuada elaboración de la MAIN, es particularmente relevante que se recojan las aportaciones recibidas en los trámites de participación ciudadana y su valoración, y se evidencie su eficacia para la mejora de la propuesta normativa. La experiencia muestra que por el momento la participación ciudadana es sobre todo técnica, es decir, de los expertos, de los órganos consultivos y de participación, de las empresas y de las organizaciones, y que es más escasa la participación de los ciudadanos particulares.

En esto último seguramente hay una responsabilidad compartida, pues a la falta de cultura participativa de la ciudadanía se suma, probablemente, que la Administración necesite adecuar la oferta de participación ciudadana a la especificidad de las normas

proyectadas, desde las muy técnicas o de ejecución o incorporación de Derecho internacional o de la Unión Europea, a aquellas de interés general y de objeto cercano para los ciudadanos, mediante diversos canales.

Se ha señalado anteriormente la tendencia internacional a ampliar los impactos analizados (en la innovación, sobre la pobreza y la desigualdad, etc.). Sin embargo, la OCCN se ha visto obligada a recordar con cierta frecuencia la necesidad de que las memorias incorporen un más completo «análisis del impacto económico» en sus diversos aspectos: general, sectorial, sobre la competitividad, la competencia y la unidad de mercado, incluso sobre la pequeña y mediana empresa, de acuerdo con el artículo 26.3.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y el artículo 2.1.d) 1º del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. Además de la consideración de los datos relevantes para dimensionar el impacto, resulta necesario que cuando se proyecte una nueva norma se valore desde el principio si la misma puede tener previsiblemente efectos negativos sobre la actividad económica que no se encuentren justificados por los objetivos que la norma persigue, o que podrían mitigarse si se utilizara otra alternativa regulatoria o no regulatoria para alcanzar esos objetivos.

Por otra parte, todavía son pocos los proyectos que evalúan los «efectos sobre las pequeñas y medianas empresas», como exige la Comisión Europea con el test pyme, lo que, en parte, demuestra el reto que supone lograr datos desagregados a este respecto. El objeto del test pyme es poner de relieve si las medidas adoptadas por los poderes públicos tienen un impacto diferencial en las pyme (en comparación con los efectos para las empresas grandes), con el objetivo de tratar de eliminar dicho impacto, si es negativo, o, si esto no fuera posible, analizar la posibilidad de limitar al máximo ese impacto diferencial con medidas compensatorias o sustitutorias cuyos efectos también es necesario medir con cuidado, evitando efectos derivados perjudiciales para las pyme. Por tanto, es muy importante identificar los costes y cargas que habrán

de afrontar las pymes, que resulten relativa y significativamente mayores a las que habrán de afrontar las grandes empresas, situándolas en desventaja competitiva respecto de la situación anterior.

Por lo general, el «impacto presupuestario» tiende a identificarse con el económico y en la mayoría de las memorias o bien no se analizan separadamente o directamente se excluye del análisis salvo en aquellos casos en que este impacto es muy evidente. El impacto presupuestario debe medir el efecto que el proyecto normativo tendrá previsiblemente sobre los gastos y los ingresos públicos, tanto no financieros como financieros. Por tanto, deberá hacer referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos, e incluir la incidencia en los gastos de personal al servicio del sector público, ya se trate de dotaciones o retribuciones, o cualesquiera otros gastos de la misma naturaleza.

Se analizará, por un lado, el impacto sobre los Presupuestos Generales del Estado, y por otro, en su caso, el impacto sobre los presupuestos de las comunidades autónomas y las entidades locales. Como regla general, por parte del Estado se, deben evitar efectos financieros negativos sobre las comunidades autónomas y las entidades locales como consecuencia de innovaciones normativas, tanto por el lado del gasto como del ingreso.

En los informes de la OCCN también se ha señalado en ocasiones que el análisis relativo a las «cargas administrativas» debe incluir una justificación, siquiera sucinta, de la necesidad y proporcionalidad de cada una de las cargas administrativas que se crean por la norma propuesta. En aplicación del principio de eficiencia, la norma que se elabore deberá evitar cargas administrativas innecesarias, y su memoria deberá justificar el cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas aprobadas en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado.

Igualmente los informes de la OCCN han recordado que, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores

y su internacionalización, y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de enero de 2015 por el que se aprueban medidas para reforzar el seguimiento de la aplicación del principio de compensación de cargas administrativas, si se detecta un incremento de cargas que no sea susceptible de excepción, se debe proceder a su compensación (*one in-one out*) en los términos previstos en dicho Acuerdo; y, con enfoque práctico, además, ya que la valoración del coste disminuye si los trámites pueden realizarse electrónicamente.

Por lo que se refiere al contenido del análisis del «impacto por razón de género», la OCCN viene observando que su planteamiento gira esencialmente en torno al carácter no discriminatorio de la norma proyectada y al trato igual que esta dispensa a hombres y a mujeres. Es decir, la valoración de la incidencia del proyecto desde una perspectiva de género se realiza sobre la base de una consideración formal del principio de igualdad (entendido este como una regla de igualdad de trato), del cual la MAIN infiere de modo directo una situación de igualdad de oportunidades, pero ello sin un auténtico examen material de la posible situación de desigualdad que pueda existir, y de los efectos que el proyecto pueda tener a este respecto.

Sería necesario, sin embargo, reforzar la consistencia del análisis en función de la perspectiva material señalada, a cuyo efecto se sugiere lo siguiente: *i)* la identificación de los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación; *ii)* la descripción de la situación de partida debería reformularse al objeto de explicar, siquiera brevemente, si se observan o no desigualdades en el contexto de intervención de la norma, prestando especial atención a aquellas vinculadas con los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que se han identificado; y *iii)* la valoración del impacto de género de la norma proyectada debería razonar si el mismo tiene un impacto positivo, nulo o negativo, teniendo en cuenta que, si existen desigualdades en la situación de partida, dicho impacto será positivo o negativo en función de que directamente el proyecto o planes o programas de actuación

coherentes con el mismo contribuyan o no a removerlas, y si no existen tales desigualdades, el impacto será nulo si el proyecto no altera esta situación.

En cuanto a los análisis de los «impactos en la familia y en la infancia y la adolescencia», se trata de contenidos necesarios de la memoria (así lo imponen, respectivamente, la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas y el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, además del artículo 2.1.f) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre). Con carácter general, se aprecia que las memorias incluyen estos análisis, si bien dada la especificidad de su objeto, en la gran mayoría de los casos consisten en una escueta indicación de la nulidad de efectos de la norma a este respecto.

En el capítulo de «otros impactos», las memorias incluyen el análisis de los impactos de carácter social, medioambiental o en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, solo en aquellas ocasiones en que la norma tiene incidencia en estos ámbitos, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. En tales casos, el análisis consiste en una indicación de los efectos positivos que la norma tiene en estos ámbitos, si bien se aprecia un escaso análisis de los impactos en dichos ámbitos.

Se puede concluir respecto al análisis de impactos, que a menudo se presenta solo en términos cualitativos, dejando poco claro si los beneficios de la futura norma superan los costes resultantes. Incluso en el caso de análisis cuantitativo de impacto, la incertidumbre asociada rara vez se aborda. Se infrutilizan datos de investigación, informes y experiencias en el ámbito internacional, y se emplean de manera deficiente las fuentes de datos.

Finalmente, ha de destacarse que, por el momento, son muy pocas las normas que prevén en su MAIN su sometimiento a una «evaluación *ex post*», y que

aquellas que lo hacen, aunque refieren los criterios y plazos de evaluación y el órgano que ha de llevarla a cabo, suelen definir con poca precisión los objetivos de la norma a estos efectos y la metodología de evaluación. A este respecto, la nueva guía metodológica para la elaboración de la MAIN, actualmente en elaboración, y, sobre todo, una futura guía sobre la evaluación *ex post*, deberán ofrecer a los gestores indicaciones técnicas que les facilite una definición más completa y coherente de los procedimientos de evaluación *ex post* de las normas que impulsen. En reiteradas ocasiones, se han puesto de manifiesto los ejes de actuación imprescindibles para impulsar la evaluación *ex post* (y que por la OCCN se considera que son aplicables para el conjunto de la política de mejora de la calidad normativa): una metodología clara y definida, unos medios personales formados específicamente para llevarla a cabo y la aceptación administrativa y política.

5. Conclusiones

En definitiva, las novedades introducidas en materia de mejora regulatoria y las labores de evaluación, en particular la *ex ante*, tratan de lograr un uso más seguro de la potestad legislativa y reglamentaria, de proporcionar solidez a la decisión normativa y facilitar la aplicación de la norma, mejorando, en último término, su calidad, entendida como acierto, así como la responsabilidad y legitimidad de la actuación pública.

El informe relativo a las Perspectivas de la OCDE sobre la Política Regulatoria 2018, donde se analizan las iniciativas emprendidas por los países para mejorar la calidad regulatoria, sitúa a España en el grupo de países en estado intermedio. Pasar a figurar entre los países «avanzados» en los *rankings* de mejora regulatoria exigiría introducir modificaciones en el alcance, la metodología y la gobernanza de la evaluación *ex ante*. Deben analizarse nuevos impactos (la innovación y los objetivos de desarrollo sostenible, entre los ejemplos más destacados) siempre con un

enfoque proporcionado, se debe mejorar la metodología e incorporar nuevas herramientas (como la economía conductual o *behavioural insights* —percepciones de comportamiento— y la inteligencia artificial) y, en un entorno cada vez más complejo, se debe disponer de políticas regulatorias que respondan a un enfoque estratégico y profundizar en la coordinación de los organismos que participan en las funciones de supervisión normativa y en la comprensión de cómo interactúan entre sí las distintas funciones.

Siguiendo la «Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria» del año 2012, de la OCDE, España ha introducido recientemente diversas mejoras en relación con la evaluación *ex ante*, entre ellas la creación de la OCCN, que se ha añadido a otros órganos supervisores de la calidad normativa, específicamente para promover la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno mediante la emisión de su informe preceptivo.

La experiencia del primer año de funcionamiento de la OCCN tiene como resultado que, con carácter general, en prácticamente todos los ámbitos de las MAIN existen márgenes de mejora.

Es esencial la comparación entre distintas opciones, que debería utilizarse en la evaluación *ex ante* de las propuestas normativas para establecer por qué las medidas que incluyen constituyen el mejor medio para lograr los objetivos deseados. Si la MAIN incorpora un apartado sobre la oportunidad de la propuesta con el adecuado nivel de calidad, es decir, capaz de expresar de modo claro la motivación, los objetivos y fines del proyecto normativo y de explicar las alternativas consideradas, y cómo sus determinaciones cumplen los principios de buena regulación, es muy probable que esa misma buena factura se encuentre en la propia norma.

En el análisis jurídico, la justificación del engarce, de la congruencia de la propuesta normativa con el Derecho español y con los Derechos de la Unión Europea e internacional se revela como otro capítulo pendiente de un salto de calidad. Por otra parte, debe

ser subrayada la importancia, reconociendo su dificultad, de contar con una cuidada derogación normativa para mantener la seguridad jurídica y para abordar procesos de simplificación normativa.

Considerando el modo en que se efectúa el análisis de los impactos socioeconómicos, medioambientales y personales, se evidencia la necesidad de contar con una metodología clara y definida, unos recursos humanos formados para llevarlo a cabo, bases de datos bien organizadas y de fácil acceso y actores con la firme conciencia de que la evaluación *ex ante* no es un obstáculo, sino una garantía y una oportunidad.

Referencias bibliográficas

Arndt, C. *et al.* (2015). 2015 Indicators of Regulatory Policy and Governance: Design, Methodology and Key Results. *OECD Regulatory Policy Working Papers, (1)*, OECD.

Comisión Europea (2010). *Normativa inteligente en la Unión Europea*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM(2010) 543 final.

Comisión Europea (2015). *Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM(2015) 215 final.

Comisión Europea (2016). *Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. COM(2016) 0615 final.

Comisión Europea (2017). *Better Regulation Guidelines*, Commission Staff Working Document, SWD(2017) 350 final.

OCDE (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*.

OCDE (2018). *Regulatory Policy Outlook*.

Unión Europea (2016, 12 de mayo). Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016. *Diario Oficial de la Unión Europea*.