

El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria a partir de los principios generales del Derecho y buena regulación: *nec magis nec minus*

The control of discretion in the exercise of regulatory power based on the general principles of Law and good regulation: *nec magis nec minus*

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 06/06/2023

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. USO Y ABUSO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—2.1. Consideraciones previas.—2.2. Actividad reglamentaria en la dinámica relacional del Estado regulador y garante.—2.3. Algunos problemas del ejercicio de la potestad reglamentaria.—2.4. El excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria.—2.5. El necesario control del ejercicio de la potestad reglamentaria.—III. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DE BUENA REGULACIÓN.—3.1. El alcance del control del ejercicio de la potestad reglamentaria.—3.2. El papel de los principios generales del derecho en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública.—3.2.1. El principio y derecho fundamental a una buena administración.—3.2.2. Principios de legalidad y reserva de ley.—3.2.3. Principio de irretroactividad de los reglamentos.—3.2.4. Principio de interdicción de la arbitrariedad y deber de motivación.—3.2.5. Principios de jerarquía y coherencia.—3.2.6. Principio de buena fe y confianza legítima.—3.2.7. Interdicción del enriquecimiento injusto.—3.3. La fuerza de los principios de buena regulación para el control judicial de la potestad reglamentaria. El papel de la memoria de impacto normativo.—3.3.1. Principios de necesidad y proporcionalidad.—3.3.2. Principios de eficacia y eficiencia.—3.3.3. Principio de seguridad jurídica.—3.3.4. Principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.—3.3.5. Principio de transparencia y su correlativo de participación.—3.3.6. El papel de la memoria de impacto normativo en el control de la potestad reglamentaria.—IV. A MODO DE REFLEXIÓN: *NEC MAGIS NEC MINUS*.—V. BIBLIOGRAFÍA.

* Doctor en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0000-0002-8495-0366>

Pueden consultar más información de su perfil profesional en la siguiente dirección web: <https://www.joseignacioherce.es>

RESUMEN

En una dinámica de regulación motorizada, que afecta directamente a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conviene reflexionar sobre los instrumentos de control de la potestad normativa de la Administración como poder discrecional. Entre todos los mecanismos de supervisión destaca el papel de los principios generales del Derecho y el novedoso control mediante los principios de buena regulación, que ha de calar hondo en los tribunales para garantizar el control jurisdiccional pleno de los poderes públicos. En este trabajo se reflexionará sobre el uso y abuso de la potestad normativa por parte de los poderes públicos y sus instrumentos de control.

PALABRAS CLAVE: Buena Regulación, Principios Generales del Derecho, Regulación, Discrecionalidad, Control Judicial.

ABSTRACT

In a dynamic of motorized regulation, which directly affects the rights and legitimate interests of citizens, it is convenient to reflect on the control instruments of the normative power of the Administration as discretionary power. Among all the supervision mechanisms, the role of the general principles of Law and the innovative control through the principles of good regulation stand out, which has to penetrate deeply in the courts to guarantee full jurisdictional control of public powers. This paper will reflect on the use and abuse of regulatory power by public authorities and their control instruments.

KEYWORDS: Good Regulation, General Principles of Law, Regulation, Discretionality, Judicial Control.

I. INTRODUCCIÓN

Los límites en el ejercicio de la potestad reglamentaria y su control judicial son dos aspectos muy relevantes en el debate administrativista. En una dinámica de regulación motorizada, que afecta directamente a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conviene reflexionar sobre los instrumentos de control de una potestad discrecional, como es la normativa de la administración, de gran intensidad.

Las técnicas de control de la potestad discrecional son aplicables en la revisión del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración. Entre todas las técnicas, destaca aquella que se basa en contrastar el contenido de la norma con los imperativos de los principios generales del Derecho, que como ha señalado el Tribunal Supremo, son el oxígeno que respiran las normas, directamente aplicables a la materia que nos ocupa con independencia de visiones más o menos positivistas del sistema jurídico.

Junto con esos principios, destacan los conocidos principios de buena regulación. Aunque llevan varios años introducidos en nuestro Ordenamiento

jurídico no parecen desplegar todavía los efectos deseados pese a estar repletos de posibilidades. Los avances jurisprudenciales en la materia son tímidos. En este trabajo se estudiará el uso y abuso de la potestad reglamentaria y el empleo de los principios generales del Derecho y de buena regulación en la revisión de la conformidad del Ordenamiento jurídico de las normas reglamentarias emanadas por el poder público. Una apuesta sólida por estos principios favorece el principio de plenitud de control jurisdiccional de los poderes públicos.

II. USO Y ABUSO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

2.1. Consideraciones previas

La actividad normativa de la Administración trata de proporcionar con agilidad y conocimiento técnico soluciones a nuevas situaciones que se producen en una sociedad compleja¹, líquida², en constante movimiento. El poder ejecutivo hereda del monarca un poder normativo que, en el Estado social y democrático de Derecho en el marco constitucional de 1978, queda subordinado a la Ley y a la Constitución. Hoy por todos es sabido, y así lo reconoce el Derecho positivo, que la reserva de Ley no tiene carácter absoluto y es admitida la colaboración del Reglamento. Cuestión distinta si el poder ejecutivo utiliza adecuadamente ese poder normativo o no: es notorio el abuso de una potestad reglamentaria prolija en intensidad, pero no en calidad.

La potestad reglamentaria se deposita constitucionalmente al poder ejecutivo en virtud del artículo 97 de la Constitución Española (en adelante, CE). Se concreta sobre todo en los artículos 128 y siguientes de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP). En ellos se recogen los principios de buena regulación, elementos obligatorios que han de ser observados en la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria.

La potestad objeto de estudio en este trabajo se encuadra en el género de las discrecionales. La reglamentaria es la más discrecional de todas junto con la de planeamiento³. Ésta se atribuye a otros organismos y autoridades de la Administración, como han reconocido numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante STC), como la núm. 13/1998, de 22 de enero y núm. 135/1992, de 5 de octubre, que consideran conforme al texto constitucional la desconcentración de la potestad reglamentaria⁴.

¹ ESPÍN TEMPLADO, E. (1985). “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, p. 183.

² BAUMAN, Z. (2003). *Modernidad líquida*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

³ SUAY RINCÓN, J. (2016). “El control de la potestad reglamentaria”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 26, p. 47.

⁴ VAQUER CABALLERÍA, M. (2017). “Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común”, en PONCE

Los reglamentos ejecutivos e independientes participan en la elaboración del Ordenamiento jurídico con sometimiento pleno a la Constitución, las leyes y al Derecho. Los reglamentos independientes se muestran, por definición, más innovadores con el Ordenamiento jurídico. Los reglamentos ejecutivos pueden serlo si incorporan reglas que en la Ley están enunciadas o implícitas y puede aclarar conceptos de la Ley. Se ha defendido que estos reglamentos pueden ir más allá de ser ejecutores de la legislación si el comportamiento de la Administración es acorde con la Constitución y el Ordenamiento⁵. Las innovaciones en los reglamentos ejecutivos requieren de la existencia de una habilitación legal y no sobrepasar los términos de la habilitación. No pueden ir en contra de lo previsto en la Ley habilitante o el resto del Ordenamiento⁶.

El ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra limitado por aspectos formales y sustantivos. El respeto de las limitaciones referidas corresponde a los órganos judiciales. El artículo 106 CE preceptúa que los tribunales controlarán la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican. En este trabajo serán estudiados los mecanismos de control de la potestad reglamentaria contruidos sobre los principios generales del Derecho y de buena regulación. La discrecionalidad es una de las inmunidades del poder⁷, cuyo control ha evolucionado gracias a los avances jurisprudenciales que favorecen el control pleno de la Administración.

Un poder de tal relevancia ha de ser ejercitado conforme a los postulados del derecho fundamental a una buena administración, imperativo ético para los poderes públicos, estrechamente vinculado a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho⁸. La buena administración es la *madre de la calidad normativa*⁹. Como principio y derecho que imbuye a toda la actividad administrativa, ha de estar presente con plena intensidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

SOLÉ, J. & CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 87-146.

⁵ MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2018). "El control de la potestad reglamentaria", en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica* Tomo II, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 591.

⁶ *Ibid.*

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, núm. 38.

⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2014). "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, núm. 2. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012). "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16.

⁹ PONCE SOLÉ, J. (2023). "Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa". A propósito del libro de la profesora María de Benedetto, "Corruption from a Regulatory Perspective", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, p. 379.

En las siguientes líneas se expondrá la dinámica de la actividad reglamentaria en el marco del Estado regulador y garante junto con los principales problemas y excesos que derivan del ejercicio de la potestad reglamentaria. Tendrá lugar una consideración final sobre la necesidad de un mecanismo de control adecuado y pleno de la fuerza normativa de la administración.

2.2. Actividad reglamentaria en la dinámica relacional del Estado regulador y garante

El tiempo presente se caracteriza por un retraimiento del Estado en favor de la sociedad, especialmente en aspectos técnicos y científicos, espacios que las fuerzas sociales y empresariales reconquistan de forma progresiva. Las comunidades, instituciones privadas y empresas toman fuerza en el espectro colectivo. Este empoderamiento obliga a explicar la acción del Estado conforme a nuevas realidades.

El hombre del siglo XX que vivió del Estado en una dinámica en que el poder público absorbía nuevas tareas constantemente, como una rueda dentada que gira en una sola dirección¹⁰. El Estado regulador reivindica el papel de las fuerzas sociales y entidades privadas en los asuntos relativos al bien común. Esta nueva manera de ver el Estado define los contornos del nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad¹¹.

La emergencia del que ha sido denominado Estado regulador y garante ha de traer a primer término la preocupación por la calidad de los productos normativos del Gobierno y de la Administración¹². La actividad legislativa y reglamentaria ha de ser observada bajo el prisma del Estado regulador, que supone un retrotraimiento en la intensidad interventora del poder público.

Esta forma de Estado se alinea con los postulados de Stigler, quien considera que una sociedad sana no debe asemejarse a un gran rebaño bien alimentado, más bien orientarse al principio de que hay que dar a cada individuo el máximo posible de responsabilidad sobre sí mismo y libertad para poder tomar sus decisiones¹³. Un Estado regulador no excluye su papel de garante de los derechos fundamentales de la persona. Se pueden introducir correctivos paulatinos en el mercado para proveer las necesidades de quienes

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, G. (1999). "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, p. 19.

¹¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 17.

¹² PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, p. 94.

¹³ STIGLER, G. J. (1961). *Private Vice and Public Virtue*, *The Journal of Law and Economics*, núm. 4.

desafortunadamente, no tienen¹⁴ y garantizar la realización de los intereses generales desde una aproximación solidaria.

El Estado regulador no es sólo normación, pero ésta es una pieza fundamental para su adecuada puesta en práctica. En este trabajo se hace referencia a regulación como ejercicio de la potestad reglamentaria de Gobierno y Administración salvo mención expresa en contrario. Acotar de esta forma el concepto no excluye que la dinámica de regulación y el modelo de Estado regulador sea una realidad mucho más amplia¹⁵, que replantea las fronteras de la intervención del poder público en las cuestiones de interés general, bien protegiendo el orden público (económico o no) bien garantizando cuando sea necesario los derechos fundamentales de las personas¹⁶.

El Estado regulador es una forma intermedia entre el Estado soberano (que protege y prohíbe para garantizar el orden público y la seguridad), el Estado prescriptivo (que impone normas en la vida social) y el Estado prescricional (que provee servicios e interviene directamente en la vida económica)¹⁷. El Estado ha pasado de remar a dirigir. En las funciones de dirección el uso de la potestad reglamentaria y la función legislativa es muy relevante¹⁸. Ante esa nueva posición el poder público reformula sus mecanismos de intervención y abre espacios de participación de la ciudadanía, como el fomento de la autorregulación y de la colaboración público-privada.

Las referencias al modelo de Estado regulador y garante no deben estar acotadas a reflexiones sobre la actividad interventora del Estado *latu sensu* sobre la sociedad mediante mecanismos legislativos y reglamentarios. Refleja una realidad mucho más amplia. La visión del Estado regulador desde el Derecho administrativo supone participar de la consideración de la centralidad de la persona humana en el sistema desde la libertad, responsabilidad y

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, G. (1999). "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, p. 35.

¹⁵ Se recomienda consultar los trabajos del profesor Esteve Pardo. A saber: ESTEVE PARDO, J. (2014). "Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad", *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8. ESTEVE PARDO, J. (2015). *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, CASSAGNE, J. C. (2015). "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", *Revista de Administración Pública*, núm. 157.

¹⁶ Un ejemplo de ello es la apuesta por los sistemas de colaboración público-privada, *vid.* HERCE MAZA, J. I. (2023). "Principio de subsidiariedad y colaboración público-privada: una apuesta por la participación de la sociedad en asuntos de interés general", en RUOCCO, G. & VÁZQUEZ, C. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

¹⁷ LASSERRE, B., "El Estado regulador", Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

¹⁸ PONCE SOLÉ, J. (2009). "¿Mejores normas? Directiva 2006/123&/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid.

solidaridad. La sociedad ha demostrado su superioridad científica y técnica frente al poder público¹⁹, y por ello se ha empoderado. Esta realidad obliga al Estado a reconfigurar su papel de conformidad con criterios de participación democrática y subsidiariedad.

La clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado. El principio de maximización de la dignidad de la persona es un criterio necesario de aproximación a todas y cada una de las categorías que conforman el Derecho administrativo, entre ellas, la potestad reglamentaria y sus exposiciones sectoriales en actos de aplicación²⁰. En nuestro sistema constitucional los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana son el fundamento del orden político y la paz social. No está la persona al servicio del orden político, sino éste al servicio del ser humano²¹.

El Estado regulador es un Estado transformado en sus funciones y modalidades de acción, que tiende a modelos normativos más flexibles que la prescripción y coacción para canalizar comportamientos privados y sociales para alcanzar un equilibrio que garantice el interés general²². La actividad reglamentaria es una manifestación directa de la incidencia del Estado sobre la sociedad, que adquiere nuevos contornos y límites a la luz del modelo de Estado regulador²³. Los principios de buena regulación, entre los que se encuentran los de necesidad y proporcionalidad, han de matizar la intervención administrativa a través de su potestad normativa, mediante una apuesta por la participación en la elaboración y evaluación de normas, y por la autorregulación regulada.

El Estado regulador propone una nueva forma de normatividad que deriva de la necesidad de adaptarse a situaciones evolutivas para las cuales las formas habituales de legislación y reglamentación son ineficaces e insuficientes²⁴. La calidad normativa y, por ende, reglamentaria, enlaza con la garantía de la efectividad de los derechos en el marco de la evolución a la citada forma de Estado²⁵. Éste matiza el ejercicio de la función normadora

¹⁹ ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid, Marcial Pons.

²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Madrid, Global Law Press, p. 21.

²¹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015). "Estado y mercado en un mundo global", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, p. 55.

²² BROUSSEAU, E., *La evolución de la regulación sectorial: ¿qué determinantes? ¿Qué modalidades?*, Gob. Reg Notas, Fundación Paris-Dauphine, p. 29.

²³ CASSAGNE, J. C. (2019). "Las transformaciones del Derecho público y su proyección al modelo de Estado", Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

²⁴ LASSERRE, B. (2019). "El Estado regulador", Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

²⁵ PONCE SOLÉ, J. (2005). "Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, núm. 2, pp. 551-589.

del poder público a partir de los postulados del principio de subsidiariedad. Los principios de buena regulación, como manifestación del Estado regulador, son fundamentales para controlar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La forma de Estado a la que se hace referencia sugiere un marco de normatividad graduada apoyada en instrumentos de Derecho más o menos flexibles²⁶. Se propone un criterio de subsidiariedad en la intervención del Estado que se ve potenciado con la consideración y respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, fundamentales en un marco de buena regulación. A partir de estas premisas se expondrán los principales problemas que surgen en la actividad normativa del poder público y, en especial, de los derivados del exceso de normativa legal y reglamentaria de nuestro sistema jurídico.

2.3. Algunos problemas del ejercicio de la potestad reglamentaria

El mundo de los reglamentos es un ámbito peculiar frente al que los operadores jurídicos no pueden evitar padecer cierta alergia. En la potestad reglamentaria la dinámica del poder se manifiesta con crudeza, despojado de las reglas de cortesía y urbanidad a las que se somete cuando actúa en la escala legislativa²⁷. El Ordenamiento jurídico se encuentra inundado de normas reglamentarias dictadas por la Administración General, del Estado, las Administraciones Autonómicas, locales y otros organismos y entes (como las Universidades y el Banco de España...) que determinan la vida y economía de los ciudadanos²⁸.

Que la potestad reglamentaria sea necesaria para el funcionamiento de la Administración y la garantía de los intereses generales no excluye que sea problemática. Un mal uso de ella puede pervertir la cláusula de servicio objetivo al bien común. La actividad normativa de la Administración plantea numerosos problemas, que conducen al estudio de sus límites, el control en su ejercicio y la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados, bien por una actuación normativa dañina, bien por inactividad. Que la Administración regule un sector no quiere decir que lo haga siempre bien. En ocasiones, no todas, rompe con la dinámica del Estado de Derecho. En estos casos es fundamental la garantía del control pleno al poder público.

²⁶ LASSERRE, B. (2019). "El Estado regulador", Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019, acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

²⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009). Principios de Derecho Administrativo General I, Madrid, Iustel, p. 224.

²⁸ SARMIENTO ACOSTA, M. "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

La Administración se ha adueñado de todos los poderes normativos. El problema radica en que la Administración es un pésimo legislador. En el desarrollo de su actividad adolece de una falta de serenidad de juicio para definir de forma abstracta un orden justo²⁹. La potestad reglamentaria se construye al amparo de la discrecionalidad administrativa, y dado su poder, que se manifiesta en lo concreto, requiere que la sociedad articule técnicas adecuadas de control³⁰. Más aún si cabe en los tiempos del Estado regulador, en el que el libre juego de las fuerzas sociales ha obligado al Estado a un necesario repliegue.

El ejercicio de la potestad reglamentaria es una manifestación directa de poder con efectos *erga omnes* en la libre dinámica de la ciudadanía. Se ha llegado a afirmar que el reconocimiento de la potestad reglamentaria supone una quiebra del principio de la separación de poderes, de enorme incidencia en los administrados y la vida social³¹. Es quizá, la potestad más intensa y grave³², junto con las derivadas de la fuerza punitiva del Estado.

Pocas personas, al leer una ley, prestan atención a la disposición final que habilita al Gobierno, y en ocasiones a otras autoridades, a dictar normas reglamentarias de desarrollo de sus preceptos³³. En su aterrizaje a través de la potestad reglamentaria se muestra un reducto de la razón de Estado, que se desplaza en un grado de informalidad e improvisación semejante en intensidad al que podría detectarse en la práctica del Estado absoluto³⁴. En no pocas ocasiones esa habilitación para reglamentar despliega normativa de desarrollo compleja, imprecisa, oscura e incluso contradictoria. Se habla de buena regulación y calidad regulatoria como una forma de intervenir de manera más suave y mejor en la vida social. A lo sumo cierto paternalismo suave en la consideración de que es más probable que los errores los cometan los poderes públicos que los individuos³⁵.

Aunque el ejercicio de la potestad reglamentaria adolece de un fenómeno de profusión, fugacidad y oscuridad que podría atajarse mediante una depuración del proceso de elaboración de las normas de rango reglamen-

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, p. 196.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, p. 197.

³¹ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo* vol. I, Madrid, Civitas, pp. 174-175.

³³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2020). “El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, p. 107.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ SUNSTEIN, C. R. (2017). *Paternalismo Libertario*, Barcelona, Pensamiento Herder, p. 115.

tario, se requiere una actividad normativa reflexiva³⁶ y una mentalidad que no sólo se basa en el examen de la forma, sino en el fondo de la materia regulada. Se ha sugerido una revisión de los términos en los que la Administración ejerce sus potestades y su marco normativo³⁷, mucho más allá de la introducción de garantías formales en su desarrollo. La Memoria de Análisis de Impacto normativo es de gran relevancia para verificar el cumplimiento de los principios de buena regulación y el Ordenamiento jurídico, dado que su contenido es equiparado por la jurisprudencia al deber de motivación de los actos administrativos.

La ausencia de control pleno y oportuno puede tener como consecuencia la propagación de una enfermedad de alta virulencia, una dinámica bacteriana cuya respuesta requiere de antibióticos suficientemente fuertes que superen la inmunidad del poder. Un reglamento cuando se aplica se traduce en innumerables actos administrativos cuyas repercusiones se extienden en amplitud e intensidad sobre la ciudadanía en su conjunto. Una inadecuada actividad reglamentaria puede vulnerar derechos e intereses legítimos, quien sabe si derechos fundamentales.

Algunos temas que son objeto de controversia en relación con la actividad normativa de la Administración son: i) conflictos con la legislación aplicable, ii) invasión de competencias en el contexto autonómico español, iii) ausencia real y efectiva de participación ciudadana, iv) falta de claridad y coherencia, v) cambios frecuentes, vi) dificultad de acceso y aplicación dada su excesiva complejidad, vii) falta de eficacia en el logro de los objetivos propuestos o su impacto, viii) su posible escasa objetividad ante la influencia de determinados grupos de poder y la dinámica política y ix) el elevado margen de discrecionalidad con la que cuenta la autoridad que la ejerce, lo que dificulta en gran medida su control posterior. Estos aspectos, que no son pocos, pueden comprometer principios constitutivos del Ordenamiento jurídico-administrativo, a saber: legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad, participación ciudadana, transparencia, eficacia, eficiencia y tutela administrativa efectiva.

Las consideraciones anteriores no pretenden derribar el ejercicio de la potestad reglamentaria. Los aspectos procedimentales que se introducen como instrumentos de control y la jurisprudencia que promueve el control jurídico de la potestad reglamentaria, incluso en sus aspectos discrecionales, no ha de suponer una excesiva rigidez en el comportamiento administrativo

³⁶ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A. (2007). "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos" en ALENZA GARCÍA, J. F, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., (coords.) Organización y Procedimientos Administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Pamplona, Aranzadi, p. 239.

³⁷ ARAGUÁS GALCERÀ, I. (2016). La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 31.

que rompa con la dinámica de una buena administración³⁸. Un buen empleo de la potestad reglamentaria ofrece ventajas derivadas de su flexibilidad, siempre que persiga el interés general y no comprometa los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco constitucional de un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de adoptar una posición equilibrada. Un ejercicio moderado de la potestad reglamentaria ayuda al poder público a dar respuesta con solidez y seguridad jurídica a nuevas realidades. El problema no surge de manera automática al valorar la potestad normativa, sino de la forma en que se ejerce: actualmente con gran intensidad y escasa calidad.

Incrementar las garantías de los ciudadanos en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria no implica burocratizar su dinámica, más bien potenciar los mecanismos jurídicos de control y responsabilidad. Así la cláusula de servicio objetivo al interés general pueda realizarse en un marco de control pleno de la actividad normativa de la Administración. Un buen ejercicio de la potestad reglamentaria no solamente aumentará la certidumbre jurídica y la calidad de vida del administrado, sino que también supondrá un alivio de las arcas públicas, pues no hay que olvidar la existencia de mecanismos de responsabilidad patrimonial ante el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria e incluso su omisión³⁹.

Entre los problemas señalados destaca con especial intensidad la sistemática motorizada⁴⁰ de la potestad reglamentaria por parte del poder ejecutivo. El exceso de producción normativa reglamentaria requiere un estudio sobre los mecanismos de control en su ejercicio y en especial, los que se derivan de su construcción como una potestad discrecional. Se expondrá a continuación el excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria.

2.4. El excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria

La Administración mediante la potestad reglamentaria dispone de un importante poder en la organización jurídica de la sociedad, dotado de gran discrecionalidad⁴¹. La satisfacción del derecho fundamental a una buena administración en sentido amplio, en un buen gobierno, reivindica una mayor

³⁸ PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, p. 94.

³⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M., (2022). "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60.

⁴⁰ GARCÍA MEXÍA, P., RODRÍGUEZ-ARANA, J. (Dirs.), HERNANDO MASDEU, J. (Coord.), (2010). *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo CEU.

⁴¹ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988). "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.

calidad en la elaboración de normas de rango reglamentario. No es una cuestión cuantitativa, sino cualitativa.

El Portal de Transparencia de la Administración General del Estado señala en 2023 más de dos mil Decretos y Reales Decretos en vigor. El Informe de la OCDE sobre Mejora de la Regulación en Europa de 2010, en relación con España, puso de manifiesto que la actividad legislativa se ha multiplicado por diez desde la década de los ochenta del siglo pasado. De este crecimiento es particularmente culpable el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas.

Aunque se cuenta con escasa información al respecto, es notoria la sobrerregulación que se padece en España, que se desboca en el ejercicio de la actividad reglamentaria. El escenario se complica si se tiene en cuenta la configuración de España como Estado de las Autonomías, con una abundante dispersión normativa en el que no escasean cuestiones competenciales que incrementan la inseguridad jurídica. La Administración Pública en España goza de gran flexibilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria y los tribunales, aunque avanzan, tienden a convalidar la dinámica normativa de la Administración: sólo los errores más graves justifican la anulación de una norma o precepto.

La producción normativa en España es excesiva y ha creado un marco complejo, confuso y en continuo cambio. Esta mecánica regulatoria impone un marco de incertidumbre, frena el emprendimiento y eleva costes fijos a las entidades sociales y empresariales⁴². Aún más lejos, la cláusula de consecución del interés general y las habilitaciones reglamentarias imponen un marco de incertidumbre para la ciudadanía y sociedad civil que no está capacitada para absorber, aprehender y comprender. *No hay persona alguna, incluyendo los juristas más cualificados que pueda pretender conocer una minúscula fracción de esta manera inundatoria e incesante (...) entre cuyas complejas mallas hemos, no obstante, de vivir*⁴³.

La sobrerregulación, que destaca por su expansión, intensidad, pero no calidad, genera gran inseguridad jurídica. Para abordar este problema se han propuesto diversas soluciones como la simplificación normativa, la mejora de la calidad normativa, evaluación de impacto regulatorio o la revisión de la normativa existente. Todas estas opciones dependen en gran medida del establecimiento de controles ajenos a la Administración en el ejercicio de sus potestades reglamentarias. En el próximo epígrafe, de forma breve, se justificará la necesidad de controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁴² SEBASTIÁN, C. (2014). "Sobre la producción normativa en España", Hay Derecho, acceso disponible a través de: <https://www.hayderecho.com/2014/10/21/sobre-la-produccion-normativa-en-espana/>

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas, Madrid, Civitas, p. 49.

2.5. El necesario control del ejercicio de la potestad reglamentaria

Se ha señalado *ut supra* como la potestad reglamentaria es la más discrecional de todas. La necesidad de controlar su ejercicio está directamente vinculada con la garantía de los derechos fundamentales de las personas y el principio de legalidad. Con su control se evita el ejercicio arbitrario del poder y asegura que las decisiones regulatorias de la Administración estén sometidas a la Constitución, la Ley y al Derecho.

El reglamento produce efectos durante su vigencia y a su amparo se desencadenan una serie de actos de aplicación, nacen nuevas situaciones jurídicas, se imponen cargas y se otorgan beneficios. Dada la gran influencia que puede tener para los administrados una actividad reglamentaria viciada, se hace fundamental reflexionar sobre sus mecanismos de control, en especial los relativos a su inherente carácter discrecional.

En tiempos de baja calidad regulatoria, en el marco de un ejercicio desordenado de la potestad normativa, los principios generales del Derecho y los estándares de buena regulación son una verdadera necesidad⁴⁴. En el siguiente capítulo se estudiará el control de la potestad reglamentaria a través de los citados principios, elementos esenciales para garantizar un efectivo control de esta manifestación de poder público.

III. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DE BUENA REGULACIÓN

3.1. El alcance del control del ejercicio de la potestad reglamentaria

El ejercicio de la potestad reglamentaria es una de las potestades donde la discrecionalidad administrativa se presenta con mayor intensidad. Es un poder tradicionalmente discrecional y, por ende, difícil de ser sometido al escrutinio judicial. Como eliminar la discrecionalidad es imposible, y de hacerlo, resultaría perjudicial para el interés público⁴⁵, es de especial interés el estudio y reflexión sobre los límites e instrumentos de control de la referida potestad.

El artículo 106 CE establece que los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento

⁴⁴ RODRIGUEZ-ARANA, J. (2022). "Calidad regulatoria y buena regulación", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 26, p. 302.

⁴⁵ CALLEJA PUEYO, P. (2016). "¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad?". Legal Prestigia, disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx>

de ambas a los fines que la justifican. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), determina que los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley. Un importante límite se encuentra previsto en el artículo 71.2 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los órganos jurisdiccionales no pueden determinar la forma en que quedarán redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar su contenido discrecional. Aun así, el respeto a la discrecionalidad tiene por frontera el control de la arbitrariedad de la Administración, prohibida por el artículo 9.3 CE.

Las entidades y organismos que tienen atribuido el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya sea por vía constitucional o legal, han de actuar con sometimiento pleno a la Constitución, la Ley y al Derecho (arts. 9.1, 97.1, y 103.1 CE) en respeto del principio de jerarquía y reserva de Ley⁴⁶. El artículo 128.2 LPACAP determina que los reglamentos no podrán vulnerar ni el texto constitucional de 1978 ni las leyes. El artículo 3 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público reconoce una serie de principios como la objetividad, participación, buena fe, confianza legítima, eficacia o efectividad entre otros. A los citados hay que sumar los de proporcionalidad, igualdad, equidad, audiencia, etc. Todos ellos, sin ánimo de ser reiterativo, deberán ser respetados por el poder público cuando despliega su actividad normadora. En este trabajo se expondrán varios de los mencionados en conexión directa con el control del ejercicio de la potestad reglamentaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) núm. 1727/2019, de 13 de diciembre expone que el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración, con respeto al principio de jerarquía normativa, de inderogabilidad singular de los reglamentos y publicidad necesaria para su efectividad. Son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial en su ejercicio, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general desde la Constitución, Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho. Los órganos judiciales deben entrar a conocer aspectos formales y sustantivos en relación con la potestad objeto de estudio, sin entrar en los aspectos sometidos a un juicio estrictamente discrecional. El respeto a los elementos discrecionales de una decisión reglamentaria no ha de suponer ausencia de control.

¿Qué sucede con los aspectos discrecionales de la potestad reglamentaria? ¿Son éstos susceptibles de supervisión? Se ha aconsejado prudencia en el control judicial de la potestad reglamentaria, ya que *el juez debe respetar la*

⁴⁶ COTINO HUESO, L. (2007). Los reglamentos en España: la fuente del Derecho más común y quizá la más desconocida, *Revista Iusta*, núm. 26, pp. 177-202.

*discrecionalidad propia de esta potestad y no sancionarla más que cuando se compruebe su degeneración en ilegalidad o arbitrariedad. Este último caso quedará en evidencia si (...) no demuestra un equilibrio mínimo entre los intereses afectados. (...) El juez (...) deberá hacerlo con una extraordinaria prudencia, demostrando la vulneración de los derechos afectados para no sustituir la apreciación de oportunidad por la suya propia*⁴⁷. La prudencia en la labor desempeñada por el poder judicial ha de ser compatible con el control pleno de la actuación de la Administración y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

El control de los reglamentos administrativos es una realidad, sometida a los límites derivados de una decisión naturalmente discrecional. Cabe preguntarse cuáles son los instrumentos que pueden ser utilizados para controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria y a que aspectos materiales puede alcanzar. La respuesta a esta cuestión nos la proporcionan las herramientas técnicas empleadas para el control de los actos administrativos dictados al amparo de potestades discrecionales⁴⁸. Han de ser tenidos en cuenta aspectos como la titularidad o competencia en el ejercicio de la potestad, la observancia del principio de jerarquía (respecto a la Constitución, Ley y otros reglamentos) y su inderogabilidad singular. A su vez, habrá de atender a la reserva de ley material y formal y el respeto a los principios generales del Derecho.

Los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa, de aplicación al ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública tratan de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta en una fuente de decisiones normativas injustificadas. La STS núm. 2726/2015, de 18 de junio argumenta que la potestad discrecional no implica *permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas*.

La discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometida, como toda potestad amparada en la discrecionalidad, a la técnica *de control de los elementos reglados, ya mediante otras técnicas (desviación de poder, control de los hechos determinantes o por los principios generales del Derecho) que permiten a este orden jurisdiccional verificar si la Administración se ha apartado de los intereses generales a los que debe servir*. Así lo recuerda la STS núm. rec. 4045/2009, de 13 de junio de 2011. Estos instrumentos de control se encuentran iluminados gracias a la doctrina de plenitud de control judicial de la Administración y están asumidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal, viviendo una constante evolución al amparo del Estado de Derecho⁴⁹.

⁴⁷ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988). "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", Revista de Administración Pública, núm. 116, p. 65.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999). Curso de Derecho Administrativo vol. I, Madrid, Civitas, y SARMIENTO ACOSTA, M., "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁴⁹ CORDÓN MORENO, F. (2003). "Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales", Revista jurídica de Castilla y León, núm. 1, p. 150.

Se ha dicho en este trabajo que el control de la potestad reglamentaria abarca aspectos formales y sustantivos. Sánchez Morón, en relación con el control de la discrecionalidad administrativa in genere, señala una serie de límites:

- I. La potestad discrecional se encuentra reconocida para actuar ante determinadas situaciones de hecho, que han de ser reales, y pueden ser objeto de verificación.
- II. La Administración sólo puede actuar para el alcance de fines de interés público en atención a la finalidad prevista por las normas jurídicas.
- III. El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho implica que cualquier decisión discrecional es ilícita si actúa contra algún principio general del Derecho.
- IV. Los elementos de carácter organizativo y procedimental han de ser respetados,
- V. El respeto de las garantías del procedimiento es crucial cuando se ejercen facultades discrecionales.
- VI. El deber de motivación es esencial para controlar la actividad discrecional⁵⁰.

La jurisprudencia matiza de forma lenta, pero progresiva, los límites de control de los reglamentos. Ejemplo de ello es la STS núm. 414/2022, de 4 de abril en la que extiende el deber de motivación a la actividad reglamentaria, ya que *la motivación es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad (...) sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal*. La jurisprudencia avanza y busca favorecer un mayor control de la actividad reglamentaria bajo los elementos que configuran el derecho fundamental a una buena administración.

A partir de las consideraciones anteriores, se mencionan dos resoluciones judiciales que avanzan de forma notable en el control de la actividad normativa de la Administración. Me refiero a la STS núm. 622/2021, de 5 de mayo y la STS núm. 414/2022, de 4 de abril.

La primera de ellas hace referencia al alcance del control jurisdiccional en la impugnación de una disposición normativa. Éste alcanza la observancia del procedimiento de elaboración establecido en atención a las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria. Se plasma en *el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la*

⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2022). Derecho Administrativo, Parte General, Madrid, Tecnos.

norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas. Para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el control judicial de la potestad reglamentaria en términos de interdicción de arbitrariedad trata de evitar que el contenido de la norma sea incongruente o contradictorio en conexión con lo que se pretende regular, con la naturaleza de las cosas o la esencia de las instituciones. Se encuentra presente un principio de razonabilidad o proporcionalidad que es clave a los efectos de estudiar el control de la discrecionalidad administrativa en los distintos ámbitos en que se despliega⁵¹.

La segunda da un paso más en la extensión del control del ejercicio de la potestad reglamentaria. En la STS de 4 de abril mencionada *ut supra* expone que la exigencia de motivación es aplicable no solo a los actos administrativos sino a la actividad reglamentaria. Los principios que se imponen para el ejercicio de la potestad reglamentaria *obligan a dar cuenta o justificar la finalidad y contenido de la norma*. La motivación deberá hacerse presente en el procedimiento de elaboración de la norma con especial relevancia a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo y posteriormente trasladada a la Exposición de Motivos.

El control del ejercicio de la potestad reglamentaria ha de ir más allá de los trámites específicos para su aprobación. Ha de ser sometido a consideración el contenido y métodos instrumentales para su efectividad, con inclusión de las decisiones discrecionales que en ella se enmarcan⁵².

Se expondrá en el capítulo siguiente a partir de estas consideraciones, el control del ejercicio de la potestad normativa de la Administración. Se abordará desde dos puntos de vista: el que ofrecen los principios generales del Derecho y los principios de buena regulación previstos en los artículos 129 y siguientes de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia española reconoce, se ha dicho, el carácter instrumental de estos principios en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria. Sirva a modo de ejemplo y junto a la jurisprudencia ya citada, la STS núm. 1717/2019, de 13 de diciembre. El sometimiento a la Ley y al Derecho, junto con los principios generales, pueden ser objeto de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación de los artículos 103 y 106 CE, 9.4 (LOPJ) y el artículo 1 y 71 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁵¹ HERCE MAZA, J. I. (2017). “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública”, Anuario Jurídico Villanueva, núm. 11, pp. 245-270.

⁵² BASSOLS COMA, M. (2008). “El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 33, p. 48. PONCE SOLÉ, J., (2003). “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, Revista de Administración Pública, núm. 162, p. 94.

Aun así, hasta hace unos años, el Tribunal Supremo mantuvo una posición tibia consistente en la deferencia y comprensión hacia los defectos, omisiones y vulneraciones formales en el ejercicio de la potestad reglamentaria. *El control de los reglamentos administrativos ha sido insuficiente, mal definido y mal aplicado por la jurisprudencia hasta fechas relativamente recientes*⁵³. Los principios generales del derecho y de buena regulación son instrumentos que, bien utilizados, contribuyen al control pleno de la actividad normativa de la Administración.

Aunque el control del poder normativo de la Administración avanza *adagio*, se han dado pasos relevantes en favor del control pleno de la Administración en el ejercicio de sus poderes reglamentarios. La jurisprudencia puede apoyarse en los principios generales de Derecho a partir de la flexibilidad que ofrecen para continuar desarrollando una dinámica abierta y completa de control judicial en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

3.2. El papel de los principios generales del derecho en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública

La aproximación a los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser abordada de dos maneras comprendidas en sentido amplio. El positivismo más radical considera que no tiene más sentido que el de reconocer en términos abstractos, reglas expresadas en el sistema normativo. Un positivismo abierto que reconoce la existencia de una cultura universal basada en el Estado de Derecho, otorgará un papel central porque son garantes de que el Estado de Derecho sea una realidad. Son elementos basilares del Ordenamiento, columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas⁵⁴.

Aunque ciertas líneas del positivismo legalista han tratado de reducir el valor de los principios generales del Derecho, éstos son fundamentales para garantizar la plenitud hermenéutica del ordenamiento⁵⁵. Larenz ya advirtió que el margen de la potestad discrecional concedido a la Administración está siempre limitado, ya sea por la ley que restrinja la potestad o por las barreras que resultan de la Constitución y de los Principios Generales del Derecho⁵⁶.

Los principios generales del Derecho han sido definidos por nuestro Alto Tribunal como la *atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxí-*

⁵³ SARMIENTO ACOSTA, M. "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008). Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, A Coruña, Netbiblo, pp. 58 y 59.

⁵⁵ HERCE MAZA, J. I. (2017). "La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública", Anuario Jurídico Villanueva, núm. 11, pp. 245-270.

⁵⁶ LARENZ, K. (2010). Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, p. 291.

geno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas (...) y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho. Así lo expuso la STS de 18 de febrero de 1992, que versó sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia urbanística. En ella se reconoció el papel trascendental de los principios en esta disciplina. El Derecho administrativo es el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los citados⁵⁷.

El Estado tal y como está configurado en nuestro texto constitucional, está vinculado al Derecho, a sus valores materiales y principios generales⁵⁸. En atención a estos principios, los elementos materiales de la actividad reglamentaria objeto de reflexión son fiscalizables por los órganos judiciales. El Estado material de Derecho reclama y exige un control jurídico pleno de cualquier reglamento dictado por la Administración⁵⁹. La actividad normativa de la Administración ha de ser compatible con el estricto Derecho positivo y los principios generales del Derecho administrativo en el orden constitucional y legal. Los principios, recuerda la STS de 19 de noviembre de 2008, son un mecanismo de control en su doble función legitimadora y de integración del Ordenamiento, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad que inspiran el Ordenamiento.

Estos principios en la realidad jurídico-administrativa operan como límites al poder reglamentario por parte de la Administración. En la medida en que estos principios son causa o fuente del Ordenamiento, su violación es ilegítima. Para el Consejo de Estado francés, un reglamento que conculca un principio tiene la misma invalidez que si hubiera conculcado una norma legal⁶⁰. Aquellos son normas de obligado cumplimiento para el poder reglamentario y la autoridad administrativa, que se matizan mediante una tarea constructiva de la jurisprudencia llevada a cabo por motivos superiores de Justicia para salvaguardar derechos individuales de los ciudadanos⁶¹. Los principios generales del Derecho tienen una notable fecundidad en aras de alcanzar una justicia material acorde con el Ordenamiento jurídico⁶². En el espacio que ofrece el Ordenamiento jurídico son una gran herramienta para promover con flexibilidad un incremento en los estándares de exigencia a los poderes públicos en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁵⁷ CASSAGNE, J. C. (2016). Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Madrid, Reus, p. 79.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Madrid, Civitas, p. 91.

⁵⁹ SARMIENTO ACOSTA, M. (2011/12) "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁶⁰ CASSAGNE, J. C. (2016). Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Madrid, Reus, pp. 102-103.

⁶¹ LETORNEUR, M. (1951). "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", Etudes et Documents du Conseil d'Etat, núm. 3.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", Revista de Administración Pública, núm. 30.

La vulneración de los límites formales y materiales puede ser atajado mediante las técnicas usuales estudiadas por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad administrativa, en la medida en que los reglamentos son una manifestación de ella⁶³. Los principios generales del Derecho actúan como límites sustanciales al ejercicio de la potestad reglamentaria y condicionan su validez⁶⁴. Son una *conditio sine qua non* para que el enfrentamiento del poder público con los administrados pueda discurrir por cauces de verdadera Justicia⁶⁵.

A continuación, se realizará una exposición de los principios generales del Derecho más relevantes que contribuyen al control material de la actividad normativa de la Administración. Toda vez se hayan sido señalados, se hará referencia expresa a los principios de buena regulación, actualmente regulados en la LPACAP. Exponer todos en este trabajo sería una tarea que excedería en extensión el ámbito del presente estudio, por lo que se han seleccionado algunos de los más importantes. *Ut infra* se comprobará que no se comprenden de manera aislada los principios, sino que conectan entre ellos a la hora de examinar la conformidad a Derecho de una norma de rango reglamentario. Es por este motivo por el que la mayoría se exponen en conexión directa con otros.

3.2.1. *El principio y derecho fundamental a una buena administración*

El principio y derecho fundamental a una buena administración se concreta en el Derecho positivo. Está previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su configuración permite entrar en el fondo de la discusión sobre la calidad de los reglamentos mediante el control del ejercicio de la discrecionalidad de la potestad reglamentaria⁶⁶. La STS de 15 de octubre de 2010 reconoce que el derecho de los ciudadanos a una buena administración *es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Este derecho se encuentra íntimamente ligado a la potestad reglamentaria.

La STS núm. 4057/2010, de 17 de julio vincula directamente el deber de buena administración con el contenido de la Memoria Económica de un

⁶³ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 314-315.

⁶⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). Sistema de Derecho Administrativo, Vol. 1., Navarra, Aranzadi, p. 672.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, Madrid, Civitas, p. 40.

⁶⁶ PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", Revista de Administración Pública, núm. 162, p. 94.

reglamento. El derecho fundamental en cuestión *cobra todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.* Es un deber de la Administración concretar la carga económica que supone una norma tanto a la sociedad como a los afectados directos por la misma. La buena configuración del expediente administrativo y de las memorias pertinentes son una manifestación del principio de buena administración en la actividad normativa del poder público.

El derecho fundamental a una buena administración, como concepto omnicompreensivo de la realidad administrativa⁶⁷, imbuye a todo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Su influencia está presente en la medida en que, como concepto amplio de sólidos fundamentos, orienta el quehacer público al permanente servicio de los intereses generales. La jurisprudencia tiende a ligar el derecho a una buena administración con los principios generales del derecho administrativo en el control de la actividad normativa de la Administración. Así las cosas, la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), núm. 114/2020, de 8 de junio, reconoce como el Tribunal Supremo tiende a ligar el deber de motivación de la decisión reglamentaria con la buena administración.

El profesor García de Enterría señaló que era una conducta de la Administración más que censurable la omisión de datos suministrados por los interesados en el momento de fijar los supuestos de hecho del que parte el ejercicio del poder discrecional. Mostrar a la ciudadanía esa información es, a juicio del profesor, un componente del deber de buena administración o *abstritium boni administrationis*. Dentro de lo que se ha calificado como arbitrariedad reglamentaria destacan aquellos aspectos que conculquen los estándares de buena administración⁶⁸. La fuerza de este derecho fundamental alcanza a su actividad normativa en sentido formal y sustantivo.

La Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de actuar en permanente servicio de los intereses generales, con objetividad y bajo los criterios de necesidad y proporcionalidad. La buena administración introduce una determinada manera de ver la relación Administración-Ciudadano, y orienta la aplicación de los principios generales y de buena regulación en la actividad normativa de los poderes públicos, a partir del principio de maximización de la dignidad humana.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I. (2019). “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm ext., p. 40.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, pp. 131-166.

3.2.2. Principios de legalidad y reserva de ley

Uno de los grandes problemas en relación con las fuentes del Derecho en el Ordenamiento jurídico-administrativo se refiere a las relaciones entre los productos normativos del Parlamento y del poder ejecutivo. En buena medida trata de los problemas materiales de su delimitación⁶⁹. Los problemas de distribución de ámbitos materiales entre la ley y el reglamento tratan de ser resueltos mediante los principios de jerarquía y reserva de ley. Ésta última exige una ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria⁷⁰. Con independencia de que sean reservas de Ley ordinaria u orgánica (STC 77/1985, de 27 de junio), actúa como un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria.

El Auto del Tribunal Supremo núm. 11315/2022, de 14 de julio, recuerda que este principio es una garantía que implica que los ciudadanos *pueden tener la confianza en que las materias sometidas a reserva de Ley sólo serán reguladas mediante Ley, sin que quepan regulaciones meramente deslegalizadoras*. El principio de reserva de ley supone que la intervención reglamentaria se ha de limitar a aspectos auxiliares y complementarios. No puede consistir en una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. El Reglamento se comprende y justifica a partir de un texto legal que lo habilita.

El artículo 53.1 CE establece una reserva de ley en relación con los derechos fundamentales de la persona humana. Éstos solo podrán ser regulados por ley y en respeto de su contenido esencial. Junto con esta previsión numerosas cláusulas de reserva de ley se encuentran en el texto constitucional. La abundancia de estas remisiones conduce a Muñoz Machado a resaltar que están reservadas la totalidad de las decisiones esenciales que, de cualquier manera, están atribuidas a los poderes públicos, sea cual sea la materia a la que se refieran⁷¹.

La STC 83/1984, de 24 de julio señala que la colaboración entre la ley y el reglamento se encuentra sometida a importantes limitaciones. Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben restringir el ejercicio de dicha potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la Ley. No cabe, como señala la STC 112/2006, de 5 de abril, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas. La regulación del reglamento ha de consistir en complementar aspectos instrumentales o regular cuestiones de detalle (STC núm. 99/1987, de 11 de junio).

⁶⁹ RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J. (1996). "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones", *Autonomías*, núm. 21, p. 268.

⁷⁰ TORNOS MÁZ, J. (1983). "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, p. 471.

⁷¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado.

La reserva de ley se manifiesta en múltiples dimensiones, entre las que cabe destacar su papel en el desarrollo del Derecho administrativo sancionador. La STS núm. 2599/2021, de 30 de junio recuerda que cabe que un Reglamento ejecutivo sea llamado por la Ley para integrar o completar la regulación, siempre y cuando la remisión al Reglamento no suponga deferir a la normación administrativa el objeto reservado. No cabe que las remisiones sean tan vagas o abiertas que hagan posible una regulación independiente o no claramente subordinada a la Ley. La colaboración entre Ley y reglamento a la hora de tipificar infracciones administrativas es admisible siempre que la ley determine los elementos esenciales de la infracción. Al Reglamento solo le corresponde concretar los aspectos habilitados y determinados por la legislación.

El exceso *ultra vires* de la potestad reglamentaria, en caso de ser reconocida, implica la expulsión del Ordenamiento jurídico del precepto en cuestión. La colaboración reglamentaria en normativa sancionadora sólo es lícita cuando en la ley quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, así como la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. En este sentido es claramente ejemplificativa la STC núm. 3/1998, de 21 de enero.

Un correcto ejercicio de la potestad reglamentaria se ha de mantener dentro de los límites previstos en la reserva de ley, recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Granada, núm. 4481/2021, de 21 de abril. En la citada resolución, se puso de manifiesto que la Administración autonómica ejerció su potestad reglamentaria definiendo límites acústicos objetivos y medibles, creando seguridad jurídica donde existía un margen previo de subjetividad. En este caso el desarrollo de una norma de rango reglamentario contribuyó a incrementar el grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la actuación de la Administración.

El principio de reserva de Ley en el Derecho administrativo contemporáneo no está exento de polémica. Ya no por las sentencias en las que se resuelve de forma concreta la legalidad o ilegalidad de un reglamento en atención a la reserva de ley y las remisiones reglamentarias, sino por la proliferación de las que han sido llamadas leyes *principales*⁷².

La disminución de la precisión de las cada vez más abundantes normas de rango legal, basadas muchas de ellas en principios, implica un aumento de la discrecionalidad de los órganos encargados de desarrollar y ejecutar dichas normas⁷³. Destacan entre ellas aquellas que se limitan a establecer

⁷² MELERO ALONSO, E. (2004). "La flexibilización de la reserva de ley", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10.

⁷³ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. (1990). "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración, Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época, tomo VII, pp. 107-130.

objetivos, otorgando un poder cada vez mayor a los órganos encargados de su desarrollo y ejecución⁷⁴.

En cualquier caso, la STC núm. 99/1987, de 11 de junio, señala que no cabe transferir la facultad de establecer reglas limitativas al titular de la potestad reglamentaria sin fijar siquiera los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir. Solo la Ley es la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, por lo que el Reglamento no debe ni innovar ni sustituir la disciplina legislativa.

La reserva de Ley como manifestación del principio de legalidad actúa como un límite de la potestad reglamentaria, que no podrá regular *ex novo* aspectos que deben ser abordados por la legislación. Este aspecto ha de ser tenido en cuenta en todo caso, incluso cuando nos encontremos ante leyes principales. Es un principio que funciona como un mecanismo de control en el ejercicio de la fuerza normadora de la Administración Pública directamente vinculado a la cláusula del Estado de Derecho.

3.2.3. Principio de irretroactividad de los reglamentos

La irretroactividad de las normas de rango reglamentario no es una cuestión sencilla. El punto de partida es la regla de la irretroactividad como manifestación del principio de seguridad jurídica⁷⁵, aunque esta regla se flexibiliza en función de la intensidad de la regulación. Los reglamentos quedan parejos a la ley en este aspecto cuando nos encontramos ante disposiciones sancionadoras *in peius* y la interdicción de retroaccionar en aquellos casos en los que se restringen derechos individuales, sin alcanzar al resto de limitaciones que pueden ser predicadas de los reglamentos⁷⁶.

La irretroactividad *in peius* es consecuencia del principio de legalidad que ha de atender al artículo 103.1 CE y al artículo 47 LPACAP. La piedra de toque en la actualidad son los derechos adquiridos. *Ut infra* se expondrán sentencias relevantes sobre la materia que ayudan a matizar sus límites y contornos. La jurisprudencia distingue distintos grados de retroactividad, sin estar todos ellos prohibidos. La interdicción de la retroactividad no se configura como un principio absoluto (STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 2001).

El Tribunal Constitucional en la STC de 99/1987, de 11 de junio, ha establecido que la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, fu-

⁷⁴ MELERO ALONSO, E. (2004). “La flexibilización de la reserva de ley”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10.

⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1963). “El procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general”, Revista de Administración Pública, núm. 40, p. 29

⁷⁶ REBOLLO PUIG, M. (1991). “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, Revista de Administración Pública, núm. 125.

turos, condicionados y meras expectativas. Solo cabe afirmar que una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Una posición contraria implicaría la congelación del Ordenamiento jurídico. No hay retroactividad proscrita si una norma regula *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, tal y como es descrito por la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

La STS de 22 de enero de 2009 distingue los distintos grados de retroactividad de una norma jurídica, incluidas las de rango reglamentario. Las disposiciones que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad suponen una retroactividad de grado máximo que se encuentra prohibida. Si pretenden incidir sobre situaciones jurídicas actuales aun no concluidas, nos encontraríamos ante un supuesto de retroactividad impropia o de grado medio. En este caso su valoración dependería de su ponderación con los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y las circunstancias del caso concreto. La STC núm. 42/1986 hace referencia también a la retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anular efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, que es aceptada pacíficamente como retroactividad impropia.

La impugnación de una norma reglamentaria de irretroactividad suave construida únicamente bajo el argumento de la interdicción de la retroactividad de las normas emitidas por la Administración Pública es una apuesta arriesgada, pues conviene que esté vinculada a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Como se ha expuesto en líneas anteriores los principios generales del Derecho en el control de la potestad reglamentaria no han de ser entendidos de forma aislada, sino sistemática. Una visión integrada de los principios facilita el control de la Administración.

La STC núm. 126/1987 recuerda que ha de ser examinada la importancia cuantitativa de la modificación operada por la norma aplicada retroactivamente, su previsibilidad y la finalidad que se persigue. Cuando se conozca de la impugnación de Ordenanzas Fiscales, ha de ser valorada la posición central o marginal que ocupa el tributo.

La Administración Pública tiene la potestad de modificar sus disposiciones reglamentarias y dar efecto retroactivo a sus disposiciones siempre que *no se alteraran, lesionaran o desconocieran derechos creados al amparo de disposiciones anteriores* (STSJ de Islas Canarias, núm. 42/2002, de 28 de enero). Las normas reglamentarias no pueden aplicar un efecto retroactivo sin que el legislador lo haya previsto así de forma expresa, en virtud de la protección de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Incide la STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 2001 en que, *si la retroacción de las leyes puede admitirse en ciertos casos, la de los reglamentos debe rechazarse sin previa ley que la permita de manera expresa*. Que una norma jurídica de rango reglamentario pretenda resolver problemas reales no implica que el modo

de resolverlo sea otorgar efectos retroactivos sin habilitación legal previa (STS de 28 de enero de 1995).

El principio de irretroactividad de los reglamentos no tiene carácter absoluto. Ha de ser examinada la intensidad de la retroactividad a partir de las distintas gradaciones que delimita la jurisprudencia. En todo caso, conviene vincular la irretroactividad con los principios de confianza legítima y seguridad jurídica para garantizar un control pleno de la disposición a debate por parte del órgano judicial.

3.2.4. *Principio de interdicción de la arbitrariedad y deber de motivación*

El artículo 9.3 CE establece como principio la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sus efectos se extienden a la actividad normativa de la Administración Pública. Cuando se hace referencia a arbitrariedad, no se expresa un juicio sobre la ética personal del autor del reglamento, sino sobre el uso de los poderes administrativos objetivamente considerados (apreciación falsa de hechos, ruptura del principio de igualdad, etc.). No que queda acotado a las citadas formulaciones, pues está lleno de potencialidades⁷⁷ y puede ser considerado a partir de una perspectiva amplia.

El contenido de la norma reglamentaria que incurre en arbitrariedad, según la STS núm. 2930/2018, de 17 de julio, ha de ser incongruente o contradictoria con la realidad que se pretende regular, con la naturaleza de las cosas o la esencia de las instituciones. Al órgano judicial le corresponde examinar la coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero nunca entrará en los distintos intereses que subyacen en el conflicto. La interdicción de la arbitrariedad, configurada sobre la carencia de razón, se opone a la idea de discrecionalidad. La arbitrariedad, en los términos que afirma la STS de 13 de julio de 1984 no tiene motivación respetable, sino la conocida *sit pro ratione voluntas*. Está configurada únicamente sobre el arbitrio del regulador, y carece de cualquier sustrato objetivo.

La operatividad práctica del principio de interdicción de la arbitrariedad en el control de la potestad reglamentaria requiere un especial esfuerzo probatorio del recurrente por imperativo de la doctrina constitucional⁷⁸. En la STS núm. 2930/2018, de 17 de julio, se pone de manifiesto como los órganos judiciales exigen para apreciar la existencia de arbitrariedad elementos objetivos como estudios técnicos o elementos objetivamente establecidos que demuestren error o arbitrariedad en la valoración de los hechos por

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, p. 163.

⁷⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. 1., Navarra, Aranzadi, p. 673.

parte de la Administración. No es suficiente en sede jurisdiccional la formulación de meras alegaciones que critiquen o se muestren disconformes con la norma reglamentaria en cuestión.

No incurre una norma reglamentaria en arbitrariedad cuando el recurrente cuestiona sus preceptos por incluir criterios distintos de sus propias apreciaciones. La STS núm. 3119/2019, 7 de octubre, reflexiona sobre las alegaciones de un recurrente que *se limita a echar en falta la justificación precisa de los ajustes establecidos, sin valorar suficientemente que la propia norma señala los principios y criterios que la informan y precisa el alcance de tales ajustes razonadamente, estableciendo y precisando los correspondientes parámetros que la parte cuestiona, no en razón de la infracción de concretos preceptos que impongan otros distintos, sino de sus propias apreciaciones, que además resultan manifiestamente infundadas*. Las meras apreciaciones subjetivas que contradigan el criterio adoptado por la Administración no son suficientes para derribar una norma de rango reglamentario, en tanto en cuanto aquélla ejerce el legítimo ejercicio de una facultad conferida por el Ordenamiento jurídico, que es la potestad reglamentaria, de naturaleza discrecional.

La existencia de intereses discrepantes entre un recurrente y la Administración no supone la anulación de la norma controvertida. La SAN 3227/2019, de 17 de julio determina que no procede declarar la invalidez del reglamento por razón de la preferencia de intereses que refleja la disposición, salvo que suponga una infracción del Ordenamiento jurídico, aunque sea en el sentido institucional. La diferencia de criterios no es justificativa de la arbitrariedad, y es que, en el caso que enjuicia la SAN citada *ut supra, el efecto distorsionador en los sujetos obligados, que invoca la parte recurrente, no determina la anulación de la Circular si ello no constituye alguna infracción el ordenamiento jurídico, en los términos expuestos, sin que sea suficiente a estos efectos sostener un criterio diferente por ser más beneficioso a los intereses de la parte recurrente, que es en definitiva lo que ocurre en el presente caso*.

Los órganos judiciales verifican si se han cumplido los cánones de motivación a los efectos de verificar una eventual existencia de arbitrariedad. La STS núm. 757/2022, de 15 de junio, vincula la interdicción de la arbitrariedad con el deber de motivación. La motivación es garantía de la propia legalidad, ya que incluso la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal, que puede justificar la anulación de la norma reglamentaria. Un defecto de motivación en el ejercicio de la potestad reglamentaria y una insuficiente construcción del expediente administrativo puede generar presunción de arbitrariedad en sede jurisdiccional.

Cuando los poderes públicos han construido adecuadamente el expediente, la jurisprudencia, sirva a modo de ejemplo la STS de 22 de junio de 2004, tiende a validar el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así las cosas, *cabe desestimar que se haya acreditado que la norma reglamentaria impugnada carezca de motivación o de razón suficiente para su adopción, o que sean insuficientes los*

estudios previos, o los informes preceptivos evacuados, que constituyen, según tiene declarado esta Sala del Tribunal Supremo, cánones válidos para enjuiciar la conformidad a Derecho de las disposiciones generales.

La STS núm. rec. 171/2012, de 21 de mayo de 2013 examina la supuesta arbitrariedad de una Disposición Adicional de un Real Decreto. En concreto el Juzgador considera que la ausencia en el expediente administrativo de informes que justifiquen la exclusión prevista en ese precepto supone que carece de la más mínima motivación exigible en el actuar administrativo. El Alto Tribunal manifiesta que: *en el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria, no puede hacer sin más lo que a ella le plazca, sino que su actuar debe estar motivado, fundamentado y justificado, más aún cuando se trata de eliminar derechos reconocidos a los ciudadanos, y nada de ello aparece en el expediente. Así pues la falta absoluta de motivación y justificación de que adolece la citada disposición determina su nulidad por la manifiesta arbitrariedad en que ha incurrido la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el aspecto señalado.*

3.2.5. Principios de jerarquía y coherencia

El principio de congruencia supone que la decisión discrecional ha de guardar coherencia con los hechos, la realidad que integra su presupuesto y los criterios generales de la norma superior. La STSJ de Cataluña núm. 609/2023, de 20 de febrero determina que una decisión discordante en la solución elegida con los criterios generales de la norma superior resulta viciada por infringir el Ordenamiento jurídico. En estos casos no corresponde al órgano judicial enjuiciar la corrección de una regulación de una materia más allá de una posible infracción del Ordenamiento jurídico.

Se vulnera el principio de congruencia o coherencia en aquellos casos en los que se produce una extralimitación del reglamento en relación con la norma que le proporciona cobertura. La STS núm. rec. 3635/2010, de 26 de marzo de 2014, que conoce de la impugnación de la Orden ITC/3315/2007, considera que ésta descansa en su práctica totalidad sobre un presupuesto jurídicamente inadecuado. En lugar de desarrollar en sus propios términos su norma de cobertura, *trato de ampliar su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo y extendió —sin la debida cobertura— las categorías de aquél a fenómenos económicos y jurídicos diferentes.* La inadecuación no se justifica por la buena voluntad de la Administración ni por la supuesta coherencia desde la perspectiva económica que pudiera tener la ampliación, que no estaba prevista.

La coherencia conecta con el principio de jerarquía y a los principios de buena regulación. La STS 3560/2022 de 6 de octubre afirma que es exigible una mínima y suficiente calidad jurídica, que se traduce en la coherencia exigible no sólo interna, sino también entre los distintos niveles normativos reguladores en atención a las previsiones de la ley. La STS núm. 1617/2017, de 25 de octubre enjuicia la impugnación de unos preceptos de rango re-

glamentario que supuestamente se referían a una actividad diferente de la que caracterizaba a un grupo de profesionales. El Alto Tribunal vincula la coherencia también con los principios de interdicción de la arbitrariedad y razonabilidad: no existe una falta de vinculación con la normativa *correspondiente a las ayudas del cine, pues se trata de regímenes materialmente relacionados entre sí, de manera tal que la regulación de las obligaciones de promoción de la obra europea (...) se encontraba incluida en la normativa sobre el cine. (...) cabe descartar la quiebra del principio de jerarquía normativa y de interdicción de la arbitrariedad en la medida que la Ley General de Comunicación Audiovisual remite a un ulterior desarrollo reglamentario la determinación de las singulares condiciones (...)*. El órgano judicial considera que, dentro de ese amplio margen de determinación, el Real Decreto impugnado incluye la remisión a una normativa contemplada para las subvenciones de las películas, que guarda conexión material con el contenido del citado Real Decreto. Es por este motivo por el que el principio de coherencia se ve respetado.

La coherencia también se proyecta en relación con la constatación de los hechos que justifican la adopción de una determinada reglamentación y con su motivación. La STS núm. rec. 593/1995 y 595/1995, de 12 de mayo de 1999 vincula la congruencia de la norma con la realidad sobre la que se proyecta. *Sin perder de vista el condicionamiento general de la revisión jurisdiccional del ejercicio de la potestad reglamentaria a la que acaba de hacerse referencia, debe tenerse en cuenta que la Exposición de Motivos (...) señala: "Asimismo, se establecen en el artículo 3 y en la disposición transitoria única de este Real Decreto determinadas medidas para el acceso a la formación médica con independencia de la fecha en que se hubiera obtenido la licenciatura, a fin de lograr una utilización más completa de las plazas disponibles"*. Contempla una situación que resulta real y que ha sido denominada "bolsa histórica" de médicos sin especialidad que no han podido acceder a la correspondiente titulación por carencias o insuficiencias en la oferta de plazas con respecto al número de licenciados en las Facultades de Medicina. Esa realidad se considera suficientemente probada a partir de los estudios estadísticos elaborados por la Administración y que forman parte del expediente Administrativo. En este sentido la norma jurídica trata de solventar un problema real a través de un mecanismo, el de la potestad reglamentaria, en respeto del orden jurídico vigente.

La norma reglamentaria ha de ser congruente con el espíritu de la institución que trata de regular. El Tribunal Supremo en su Sentencia núm. rec. 14/2004, de 3 de marzo de 2006, anula un Reglamento por, entre otros motivos, ser incompatible con la efectiva realización de la tutela judicial efectiva. El Reglamento impugnado se traduce, según el Alto Tribunal, *es unos módulos de dedicación que se otorgan a los diferentes asuntos tramitados por los distintos órganos jurisdiccionales (...) optándose por un criterio cuantitativo, no siempre generador ni respetuoso por su propia naturaleza con las exigencias propias de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva sin generar indefensión*. Esta supuesta incoherencia se acredita en la medida en que en el expediente de tramitación no hay

constancia documentada de estudios, informes, valoraciones o aproximaciones que justifiquen con precisión razonable los criterios que llevan a fijar los distintos módulos.

Los principios de jerarquía y coherencia actúan en muchas ocasiones de forma conjunta. El principio de coherencia obliga a que la norma reglamentaria sea coherente con la realidad que regula, los hechos y criterios generales de las normas de rango superior, incluidas las extralimitaciones normativas. La infracción del principio de congruencia con una norma superior implica la ruptura con el principio de jerarquía. Los órganos judiciales si detectan que se producen este tipo de discordancias, anulan las disposiciones incoherentes bien con la realidad, bien con el Ordenamiento jurídico.

3.2.6. *Principio de buena fe y confianza legítima*

La buena fe es un principio jurídico que limita el ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico. La buena fe se basa en la legítima confianza de los administrados y alcanza distintas dimensiones. Protege de la Administración cuando ésta actúa contra sus actos propios, se ampara en sus propios errores, en su conducta equívoca o maliciosa o abusa de sus prerrogativas⁷⁹. La buena fe tiene una especial relevancia al controlar a la Administración cuando ejerce potestades discrecionales⁸⁰. Resulta razonable que el Poder Público deba observar el principio de buena fe en sus relaciones, lo que supone que tiene el deber de inspirar confianza en el ejercicio de su potestad reglamentaria, lo que a su vez justifica la configuración del principio de confianza legítima⁸¹.

El principio de buena fe, según lo expuesto por la STS núm. rec. 257/2009, de 22 de diciembre de 2010, en el ámbito regulatorio, protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado el comportamiento ajeno, e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Se exige un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos.

La aplicación del principio de buena fe, que se ha extendido a las normas reglamentarias⁸², no impide que el titular de la potestad reglamentaria introduzca cambios y modificaciones en el Ordenamiento jurídico vigente. La

⁷⁹ SAINZ MORENO, F. (1979). "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", *Revista de Administración Pública*, núm. 89.

⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1983). "El principio general de la buena fe en el derecho administrativo", *Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como académico de número*.

⁸¹ MEILAN GIL, J. L. (2011). *La argumentación en el contencioso-administrativo*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade A Coruña, núm. 15.

⁸² MUÑOZ MACHADO, S. (2016). "Regulación y confianza legítima", *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 141 y ss.

STS núm. 816/2019, de 13 de junio reconoce que el principio de buena fe y confianza legítima permiten que la Administración introduzca cambios y modificaciones en el régimen jurídico de las energías renovables, dentro del respeto del límite de la rentabilidad razonable.

Los requisitos para apreciar la existencia de confianza legítima son señalados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 2016, en virtud de la cual expone: (...) *requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3). (...)*

El Tribunal Supremo acota los límites en la aplicación del principio de confianza legítima y lo vincula con el principio de buena fe y la prohibición de la actuación contra los actos propios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010 recuerda lo siguiente: *el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”.*

La aplicación de este principio devenga efectos de mayor intensidad en la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han recordado que estos principios no permiten establecer una congelación del Ordenamiento jurídico positivo (STC núm. 182/1997, de 28 de octubre y STS núm. 2727/2018, de 12 de julio). Se ha llegado a afirmar incluso que el principio de confianza legítima en conexión con el principio de legalidad también opera como un principio en favor de la validez de la norma reglamentaria⁸³.

3.2.7. Interdicción del enriquecimiento injusto

La prohibición del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho de aplicación en el Derecho administrativo. La jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo aplica la figura del enriquecimiento injusto especialmente proyectado a la Administración Pública, aunque tiene una operativa bidireccional en áreas como la contratación administrativa.

⁸³ AGOUES MENDIZABAL, C. (2017). “La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos”, Conferencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

Se ha aceptado como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria⁸⁴. Así lo recuerda la STS núm. rec. 154/2001, de 25 de noviembre de 2002.

Para la valoración de la existencia de un enriquecimiento injusto de la Administración se aplican los criterios de la jurisprudencia civil. Es tenido en cuenta en aquellas situaciones en las que un particular supuestamente empobrecido reclama un enriquecimiento sin causa de la Administración. No todo incremento patrimonial del poder público derivado de una norma reglamentaria supone un enriquecimiento indebido en perjuicio de un particular.

La STSJ de Andalucía, núm. 837/2015, de 1 de octubre recuerda los elementos que han de concurrir para que tenga lugar esta situación ilícita, objeto de control en sede judicial en relación con la potestad reglamentaria: i) ha de producirse un enriquecimiento, constituido por cualquier atribución o ventaja patrimonial abocada a producir efectos definitivos, ii) el empobrecimiento de quien reclama, ha de ser pecuniariamente apreciable, entendido en su más amplio sentido si no proviene directamente del comportamiento de quien lo sufre, iii) una relación causal entre el empobrecimiento y enriquecimiento, iv) falta de justificación del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento. Es fundamental atender al expediente administrativo y a la justificación de los preceptos impugnados, pues la cláusula de consecución del interés general pudiera servir como salvaguarda ante eventuales situaciones de posible enriquecimiento injusto de la Administración.

Adquiere especial relevancia este principio en materia tributaria. La STS núm. rec. 1298/1998 de 11 de febrero de 2003, que conoce de la impugnación de las órdenes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, valora que el carácter voluntario de la modalidad de estimación objetiva por signos, índices o módulos aprobados (que puede ser abandonado por voluntad del contribuyente) por las órdenes sometidas a consideración y la existencia de diversos métodos para la recuperación de ingresos indebidos. Estas circunstancias impiden apreciar el enriquecimiento injusto de la Administración.

La STSJ de Madrid, núm. 1226/2010, de 17 de junio, conoce de la impugnación de una serie de preceptos de la Ordenanza de Diseño y Gestión de Obras en Vía Pública del Ayuntamiento de Madrid. En este caso aprecia la existencia de un enriquecimiento injusto, dado que *la demandante afirma que resulta manifiestamente contrario a Derecho el precepto objeto de impugnación por cuanto legitima un enriquecimiento injusto (...) a favor de la Administración, que percibe un incremento patrimonial o evita un gasto, al tiempo que el particular que realiza los trabajos o prestaciones para la Administración experimenta un correlativo empobrecimiento o disminución en su patrimonio (...) que se materializa en el hecho de que las compañías (...) estén obligados a construir galerías de servicio a su costa (...) y tras asumir el importe (...) se vean obligados a cederlas al consistorio sin con-*

⁸⁴ REBOLLO PUIG, M. (1995). El enriquecimiento injusto de la Administración Pública, Madrid, Marcial Pons, p. 92.

traprestación alguna (...) debiendo pagar por el aprovechamiento de esas galerías. El órgano judicial considera la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que el Consistorio en virtud de esa norma se apropia sin más de la inversión realizada por terceros, cobrando además una tasa a aquellos.

El Tribunal Supremo en su STS de 12 de noviembre de 2008 ha llegado a vincular la inactividad reglamentaria con el enriquecimiento injusto. La inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria puede constituir una legalidad omisiva controlable cuando ese silencio determina la creación de una situación jurídica contraria a Derecho, como es el enriquecimiento injusto.

Se ha relacionado esta figura con el principio de retroactividad en el ejercicio de la potestad objeto de estudio. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ávila, en su Sentencia núm. 23/2001, de 27 de febrero, en la que conoce de la impugnación de una norma reglamentaria retributiva expone lo siguiente: *la remisión retroactiva resultaba obligada por criterios de los más elementales principios de justicia y equidad, y concretamente, para evitar un enriquecimiento injusto en manos de la Administración de Justicia a costa de los Titulares del Poder Judicial, —que es una prohibición dimanante de un Principio General del Derecho (SS(TTSS) 2-11-1987 [RJ 1987, 7765], 5-10-1988 [RJ 1988, 7441])—, los cuales prestaron efectivamente aquellos servicios del nuevo régimen jurídico de las guardias, pero no obtuvieron en cambio, retribución alguna; criterios inspiradores que obligan también a la Administración en el dictado de sus normas, que han de ajustarse añadidamente al principio de «confianza legítima».*

El principio de interdicción del enriquecimiento sin causa, de aplicación en Derecho administrativo, sigue los cauces determinados por la jurisprudencia civil para su determinación. Es un adecuado instrumento para controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria sin perjuicio de que no toda regulación que implique un detrimento patrimonial sobre el regulado supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Pública.

3.3. La fuerza de los principios de buena regulación para el control judicial de la potestad reglamentaria. El papel de la memoria de impacto normativo

Los principios de buena regulación y las normas relativas a la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria son un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas y sus organismos o entidades públicas vinculadas incluidas en su ámbito de aplicación. Los poderes públicos deberán respetarlos cuando ejerzan sus potestades normativas⁸⁵. La introducción de éstos trata de consolidar la cultura de la buena administración desde la calidad normativa⁸⁶.

⁸⁵ PRIETO ROMERO, C. (2016). "El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria", Revista de Administración Pública, núm. 201, p. 342.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 372.

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 822/2014, de 13 de diciembre de 2016, recuerda la vigencia de los principios de buena regulación, que informan la actividad reglamentaria de la Administración. Los citados son una apuesta importante que trata de convertir a los preámbulos en normas realmente relevantes para la interposición y aplicación de las disposiciones, sin perjuicio de la dificultad de su control jurisdiccional en la medida en que no están expresamente reconocidos como requisitos de validez⁸⁷. El Consejo de Estado en su Dictamen núm 275/2015 sobre la LPACAP expuso como estos principios, que ya estaban previstos en otras normas, no alcanzaron el objetivo previsto en la mejora de la calidad regulatoria. Su efectiva implantación depende, en buena medida, de la consolidación de una cultura de buena regulación que impregne a los poderes públicos⁸⁸.

Destacan las dificultades para llevarlos a la práctica y conseguir su efectiva aplicación por las Administraciones Públicas, junto con las dudas que plantea la fiscalización de su cumplimiento⁸⁹. Para que el poder público sea coherente con los postulados de la buena regulación es necesario que éste confíe en la sociedad en el convencimiento en que el principio de subsidiariedad actúa como marco delimitador de las fronteras de la intervención pública.

El relato de estos principios se asemeja a un retrato en negativo del Ordenamiento jurídico español. Su lectura da la impresión de que los redactores hubieran confeccionado un listado de todos los vicios y disfunciones del Ordenamiento español plasmando sus directrices opuestas para tratar de corregirlos⁹⁰, no necesariamente con éxito. Al no ser enunciados como requisitos de validez, una inadecuada conexión con los principios y valores constitucionales que se han expuesto pudiera frustrar un eventual control jurídico. Si los principios generales del Derecho se comprenden en el control de la potestad normativa de la Administración pública de forma interconectada, más aún sucede con los principios de buena regulación. La dinámica jurisprudencial demuestra que no cabe formular meras alegaciones genéricas sobre la vulneración de los principios de buena regulación, sino que han de estar suficientemente acreditadas y conectadas con otros principios, como los de legalidad, motivación o coherencia, entre otros muchos.

Para el Tribunal Constitucional *estos principios (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y los mecanis-*

⁸⁷ GARCÍA RUBIO, F. (2017). “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 44: 83-131, p. 106.

⁸⁸ DÍAZ, G. M., (2016). “La reforma de las potestades normativas, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 63.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 74. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2016). “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 175, pp. 36-37. CASADO CASADO, L. (2017). “La incidencia de la ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 107.

⁹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2016). “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 175,

mos para su implantación se articulan como normas generales que han de inspirar la actividad normativa de todas las Administraciones a fin de garantizar, en este ámbito, unos objetivos y reglas directrices comunes dirigidos, en última instancia, a mejorar la calidad técnica de las normas. Se trata así de unos principios básicos de «funcionamiento», concepto éste que incluye, como hemos dicho, “actividades jurídicas típicas” de la Administración (STC núm. 91/2017, de 6 de julio). Además de inspirar la actividad normativa han de convertirse en auténticos elementos de control en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El artículo 129.1 LPACAP indica que los principios de buena regulación son los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En la Exposición de motivos o en el preámbulo deberá ser justificado de manera suficiente la adecuación de la norma a los citados principios. Si la norma afecta a gastos o ingresos públicos, deberán ser cuantificadas y valoradas sus repercusiones y efectos, supeditándose al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Los principios señalados forman parte del principio de subsidiariedad, especialmente los relativos a la necesidad, proporcionalidad y transparencia.

Los principios de buena regulación en el caso de que se haya configurado una norma jurídica defectuosa desde el punto de vista de la técnica normativa, pueden no ser un elemento suficiente para justificar su anulación. La STS núm. 203/2021, de 16 de febrero señala que la composición deficiente de una norma reglamentaria, incluida su oscuridad, no es causa determinante de nulidad siempre que sus preceptos puedan ser dotados de significado razonable mediante la hermenéutica jurídica. Hay jurisprudencia incluso que ha reducido su eficacia, como la STSJ de Galicia núm. 415/2011, de 20 de septiembre, que ha llegado a afirmar que los artículos que establecen los principios de buena regulación *no regulan las fases del procedimiento administrativo de elaboración de normas ni siquiera establecen la estructura general del iter procedimental. Se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo.* No se comparte dicha afirmación, pues su incorporación en el Derecho positivo les otorga fuerza normativa suficiente, aunque tengan que ser conectados con otros principios, incluso de rango constitucional.

Parece que surgen ciertas dudas sobre los efectos jurídicos de su transgresión. La STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 529/2020 de 30 de noviembre recuerda que el artículo 129 LPACAP no prevé directamente consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los mandatos derivados de la buena regulación. Sí incide en que habrá que acudir al sistema general sobre vicios de nulidad o anulabilidad y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lamentablemente los principios de buena regulación no parecen surgir la fuerza jurídica deseada por el legislador. Los órganos judiciales se resisten a emplearlos de manera aislada, y los aplican como técnicas complementarias a las de control de la potestad reglamentaria, como las expuestas en capítulos anteriores de este trabajo. Ha de ser reconocido que de la lectura de la juris-

prudencia parece dar la sensación de que su empleo como instrumento de litigación es todavía deficiente por muchos operadores jurídicos, pues construyen alegatos sobre la vulneración de los principios de buena regulación con escaso valor probatorio o sin la suficiente conexión con los principios generales enunciados en este trabajo. Dado el escepticismo aplicativo que los órganos jurisdiccionales trasladan en relación con este principio, es fundamental construir un buen relato fáctico y jurídico que justifique la nulidad de la norma ilegal, desproporcionada o innecesaria en conexión con principios superiores, mejor si son de rango constitucional.

Aun así, resoluciones judiciales como la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 222/2020, de 22 de mayo reconocen que los principios de buena regulación actúan como parámetros objetivos para el control de la potestad reglamentaria como potestad discrecional. Los ha llegado a calificar como un *elemento objetivo para efectuar el control jurisdiccional*.

En las líneas siguientes se expondrán los aspectos más importantes de los principios de buena regulación, haciendo hincapié en los principios de necesidad, proporcionalidad, transparencia y su correlato de participación ciudadana. Una vez realizadas esas referencias se expondrá la relevancia de la Memoria de Análisis de Impacto normativo en el control de la potestad normativa de la Administración.

3.3.1. *Principios de necesidad y proporcionalidad*

El principio de necesidad exige que la iniciativa normativa deberá estar justificada por una real razón de interés general acreditada. La norma deberá ser el instrumento más adecuado para la consecución de los fines previstos por la Administración Pública⁹¹. La observancia del principio de necesidad impone que ha de ser identificado el problema público, la realidad social o el compromiso político que requiera la intervención normativa⁹². Algunas razones que permiten apreciar la necesidad son *el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*⁹³.

⁹¹ Artículo 129.2 LPACAP.

⁹² Orden ADM/1835/2010, de 15 de diciembre, por la que se aprueba la guía metodológica de mejora de la calidad normativa, en aplicación del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa.

⁹³ Guía de Medios de Intervención Administrativa en la Actividad de los Ciudadanos y Empresas,

Una norma jurídica es innecesaria si: i) hay otra de contenido idéntico o similar, ii) si los efectos de la norma van a ser imperceptibles por falta de trascendencia de sus previsiones, o iii) va a tener efectos perniciosos sobre el sector en que se dirigen. Tampoco es necesaria si no están adecuadamente delimitados sus fines⁹⁴. La necesidad de la norma en cuestión se acredita a partir de documentos e informes internos que conforman el expediente administrativo y la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. En la STSJ de Navarra, núm. 29/2022, de 17 de febrero expone como la Administración aportó prueba documental y pericial para avalar la corrección fáctica y jurídica de una Orden Foral que pone de relieve su necesidad.

En virtud del principio de proporcionalidad la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios⁹⁵. No toda limitación normativa rompe con el principio de proporcionalidad. La STSJ de Galicia núm. 415/2021, de 20 de septiembre señala que no hay vulneración de la proporcionalidad si no se establecen medidas limitativas directas, sino que se encauza mediante una norma y un procedimiento, un conflicto relativo a una zona donde coexisten distintos tipos de recursos naturales en orden a garantizar la convivencia armoniosa y el respeto de bienes jurídicos protegidos.

El establecimiento de requisitos rigurosos para el ejercicio de una determinada profesión no vulnera el principio de proporcionalidad. La STS núm. 765/2022, de 16 de junio recuerda que no es ilegal establecer requisitos rigurosos para obtener un título de especialista, *no es arbitrario ni irrazonable, máxime si se tiene presente que la duración de la experiencia requerida en este caso básicamente coincide con la de la formación de los MIR*.

3.3.2. Principios de eficacia y eficiencia

En aplicación del principio de eficacia la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. Tiene un marcado carácter economicista, directamente vinculado al principio de simplificación administrativa reconocido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado⁹⁶.

Ayuntamiento de Madrid, aprobada por Acuerdo de 6 de febrero de 2020 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

⁹⁴ DEL GUAYO, I. (2017). Regulación, Madrid, Marcial Pons, p. 144.

⁹⁵ Artículo 129.2 LPAC.

⁹⁶ MORA RUIZ, M. (2016). "Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria", en La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común), Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 521-523.

3.3.3. Principio de seguridad jurídica

El Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 46/1990, de 15 de marzo, señala que la seguridad jurídica en conexión con el artículo 9.3 CE: *implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas.*

La iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el Ordenamiento jurídico en su conjunto para que se genere un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y cierto. Un Ordenamiento jurídico de estas características facilita su conocimiento y comprensión. Un espectro normativo de estas características ayuda a que la toma de decisiones de personas y empresas sea más sencilla⁹⁷. El principio de seguridad jurídica entra en conexión directa con la confianza legítima como parámetro de control, que ha sido expuesta con anterioridad.

3.3.4. Principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

Si la normativa afecta a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, éstos deberán ser cuantificados. Las repercusiones y efectos han de ser valorados en cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁹⁸. El sistema de buena regulación genera la dificultad de valorar los ingresos y gastos derivados del ejercicio de la potestad reglamentaria, incluidos los futuros⁹⁹. Mayor confusión se genera en este punto a raíz de la lectura del artículo 130.2 LPACAP, que obliga a las Administraciones Públicas a promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas.

3.3.5. Principio de transparencia y su correlativo de participación

El principio de transparencia como principio de buena regulación implica que las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, uni-

⁹⁷ 129.4 LPAC.

⁹⁸ 129.7 LPAC.

⁹⁹ ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016). "Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica Real*. Nueva Época, núm. 6, pp. 105-121.

versal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰⁰.

Las Administraciones Públicas definirán de forma clara los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas¹⁰¹. La transparencia en la elaboración de normas jurídicas conecta de manera directa con la participación ciudadana en la elaboración de los textos normativos que les afecten.

Una Administración cristalina asegura la adecuada participación de los principales afectados por la norma. El ciudadano podrá conocer no sólo los motivos que impulsan a actuar a la Administración Pública, sino también las opciones que se han valorado antes de alcanzar una solución final¹⁰². La aplicación del principio de transparencia se pone de manifiesto a través de los procedimientos de consulta previa, el trámite de audiencia, la incorporación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo en los Portales de Transparencia y el establecimiento del contenido de expediente normativo, entre otros.

A la Administración Pública ha de respetar la forma legalmente establecida de realización de los trámites de consulta previa y audiencia, que ha de posibilitar que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, *poniendo a su disposición los documentos necesarios, que sean claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia* (STSJ de Castilla y León, núm. 1067/2018, de 26 de noviembre).

En la tramitación de un proyecto normativo, si se producen modificaciones sustanciales que afectan a espacios esenciales del Reglamento, la Administración ha de volver a someter a información pública el proyecto, ya que de lo contrario se omitirían trámites esenciales del procedimiento. El trámite de información pública es inexcusable por imperativo legal y constitucional (STS núm. rec. 7450/2007, de 10 de diciembre y STSJ de Cataluña, núm. 874/2019, de 25 de octubre). El trámite de información pública es ineludible tal y como ha remarcado la jurisprudencia de manera unánime, para una mejor garantía y protección de los intereses generales a partir de los arts. 9.2 CE y 105 CE (STS núm. rec. 4384/2005, de 28 de junio de 2012).

¹⁰⁰ 129.5 LPACAP.

¹⁰¹ 129.5 LPACAP.

¹⁰² Orden ADM/1835/2010, de 15 de diciembre, por la que se aprueba la guía metodológica de mejora de la calidad normativa, en aplicación del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa.

3.3.6. *El papel de la memoria de impacto normativo en el control de la potestad reglamentaria*

Las Memorias Justificativas ofrecen funciones análogas a la motivación de los actos administrativos. El control de fondo que se deriva del empleo de estas memorias se encuentra respaldado por el artículo 106.1 CE, que prevé el enjuiciamiento de la potestad reglamentaria y su sometimiento a los fines que la justifican¹⁰³. La incorporación de los principios de buena regulación en la LPACAP implica que el ejercicio de una potestad discrecional como la reglamentaria se somete a un control adicional ya que se despliega una obligación de motivar la observación de los principios de buena regulación¹⁰⁴. Una adecuada motivación en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) y en el Preámbulo de una norma promueve que la norma impugnada sea dotada de certeza sobre su alcance y respeto a la Ley que desarrolla (STS núm. 760/2019, de 3 de junio).

La MAIN tiene una relevancia notoria en el proceso de elaboración de una norma reglamentaria en aspectos formales y sustantivos. Es el único documento que recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, en el que se justifica su oportunidad y necesidad. Éste incluye una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad que supondrá su eventual aprobación¹⁰⁵.

Cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la Memoria que ha de acompañar a las disposiciones reglamentarias, *sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos (...) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente*, tal y como señala la STS núm. 5373/2016, de 12 de diciembre.

Cuando la Memoria de Análisis de Impacto Normativo recoge información detallada sobre el proyecto normativo, se entiende que no se produce una vulneración de los principios de buena regulación (STS núm. 203/2021, de 16 de febrero). Los órganos judiciales en ocasiones validan el contenido de la MAIN si es prolija en explicaciones, en el caso de que se preserven los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica (STS núm. 773/2022, de 16 de junio).

¹⁰³ REINOSO CARRIEDO, A. (2016). Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015, El consultor de los Ayuntamientos (Opinión), núm. 18, p. 2035.

¹⁰⁴ RUIZ OJEDA, A. (2001). "Hermenéutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos", *Thémata*, núm. 27; MORA RUIZ, M., (2016). "Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria", en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 521-523.

¹⁰⁵ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2017). "La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36.

No ha de ser desdeñado el alcance de la MAIN en el control judicial de la potestad reglamentaria. La obligación de justificar los reglamentos es un imperativo legal que obliga al Juez a comprobar que ha venido el proyecto precedido de un estudio y ponderación, que justifica la adopción de una medida. La comprobación debe trascender los elementos formales y procedimentales para tener en cuenta el contenido del reglamento y en especial el núcleo decisorio¹⁰⁶.

Los órganos judiciales acuden al contenido de la MAIN para valorar si la norma en cuestión se acomoda a los principios de buena regulación. En ella resulta especialmente importante acreditar el principio de necesidad y los motivos que justifican una decisión normativa. Así la STS núm. 854/2020, de 22 de junio considera que no cabe alegar déficit de motivación si de la Memoria se exponen las razones objetivas por las que resulta necesario y oportuno la adopción de una medida regulatoria: *Cabe considerar suficiente la precedente motivación, en la que se exponen los criterios objetivos determinantes de la modificación operada y las razones que llevan a introducir el nuevo producto de menor potencia, que toma en consideración los principios de buena regulación y de necesidad y la consecución de un mayor ahorro para el sistema.*

Cabe declarar la nulidad de una norma reglamentaria cuando carece de estudio económico y presupuestario, pero también en aquellos casos en los que la Memoria que justifica la decisión regulatoria resulte del todo punto insuficiente, de tal manera que no permita a la Memoria cumplir con el deber de motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la Administración y a sus destinatarios y sobre todo, facilitar el necesario control de la actividad regulatoria en cuestión (STS núm. 5273/2016, de 12 de diciembre).

El Juez tiene una labor inexcusable en el control de la potestad reglamentaria. En la medida en que la obligación de justificar los reglamentos es un imperativo legal respaldado por la jurisprudencia, los órganos judiciales han de entrar en el núcleo de la decisión discrecional a partir de las herramientas que les proporciona la Memoria de Análisis de Impacto normativo. Tienen un gran papel en el procedimiento reglamentario y en el control judicial del reglamento junto con un cada vez mayor número de instrumentos legales que facilitan el principio de plenitud de control de la Administración¹⁰⁷.

¹⁰⁶ REVUELTA PÉREZ, I. (2014). "Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria" núm. 193.

¹⁰⁷ REVUELTA PÉREZ, I. (2014). "Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria" núm. 193.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN: NEC MAGIS NEC MINUS

Se ha expuesto en el presente trabajo como la Administración Pública abusa del ejercicio de la potestad reglamentaria, en un mundo de normas desbocadas. Bajo este punto de vista se ha sugerido recoger los postulados de la dinámica del Estado regulador y garante, que propone la aplicación del principio de subsidiariedad en la intervención del Estado, y por ello, en la potestad reglamentaria. El Estado regulador, vigente en nuestros días a partir de la realidad de los hechos, permite moderar el ejercicio de la potestad reglamentaria de los poderes públicos.

Se han expuesto los principios generales del Derecho más importantes en el control de la potestad reglamentaria de la Administración, discrecional por excelencia. En el recorrido jurisprudencial que se ha realizado se ha puesto de manifiesto como los principios generales se conectan entre sí y que, salvo excepciones, para que un órgano judicial anule una norma o preceptos de una norma reglamentaria, es necesario un relato completo, una carga probatoria importante y, sobre todo, un alegato fundamentado sobre los principios generales del Derecho.

La jurisprudencia avanza poco a poco en el control de la potestad reglamentaria. Cabe destacar cómo resoluciones judiciales recientes equiparan la Memoria de Impacto Normativo con la motivación de los actos administrativos. En los casos en los que aquella se encuentra profundamente incompleta el Poder Judicial comienza a valorar la falta de motivación y por ello, considera que se está infringiendo el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Los defectos graves en la elaboración de la MAIN pueden justificar la expulsión de una norma o precepto del Ordenamiento jurídico.

El citado es un ejemplo de otros muchos posibles sobre la virtualidad práctica de los principios generales del Derecho en el control de potestades discrecionales, y en especial, de la reglamentaria. Si se realiza una aproximación a los principios de buena regulación consagrados en la LPACAP parece que no han alcanzado la eficacia esperada por el legislador. Aunque las decisiones judiciales los tienen en cuenta, en la mayor parte de ocasiones, es en conexión con los principios clásicos del control del poder público. Todavía queda tiempo para que los principios de buena regulación alcancen la operatividad esperada por todos para promover una mejor legislación de los poderes públicos para el desarrollo de un Derecho administrativo, como afirmaba un prestigioso jurista, comprendido como un Derecho del poder para la libertad.

La clave, en mi opinión, para una adecuada dinámica en el ejercicio de la potestad reglamentaria, se basa en la cláusula del interés general entendida bajo el prisma del principio de subsidiariedad. Esta idea implica otorgar mayor fuerza e intensidad a los criterios de necesidad y proporcionalidad en la elaboración de una norma jurídica.

Tomás Moro en Utopía, recordaba que los pueblos con más normas no eran los más felices. No ha de ser confundidos los criterios cuantitativos de los cualitativos, y se debe apostar por menos normas jurídicas, pero de más calidad. Se propone que la potestad reglamentaria se base en el aforismo latino *nec magis nec minus*, es decir, ni más ni menos de lo necesario para garantizar un interés público que se ha de construir de forma colaborativa con la sociedad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2017), “La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36.
- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016), “Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica Real*. Nueva Época, núm. 6.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1999), “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3.
- ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2016), *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- BASSOLS COMA, M. (2008), “El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33.
- BAUMAN, Z. (2003), *Modernidad líquida*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- BROUSSEAU, E. La evolución de la regulación sectorial: ¿qué determinantes? ¿Qué modalidades?, *Gob. Reg Notas*, Fundación Paris-Dauphine.
- CALLEJA PUEYO, P. (2016), ¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad? *Legal Prestigia*, disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx>
- CASADO CASADO, L. (2017), “La incidencia de la ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 107.
- CASSAGNE, J. C. (2019), “Las transformaciones del Derecho público y su proyección al modelo de Estado”, Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

- CASSAGNE, J. C. (2016), *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Madrid, Reus.
- CASSAGNE, J. C. (2015), “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157.
- CORDÓN MORENO, F. (2003) “Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 1.
- COTINO HUESO, L. (2007), *Los reglamentos en España: la fuente del Derecho más común y quizá la más desconocida*, *Revista Iusta*, núm. 26.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015), “Estado y mercado en un mundo global”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25.
- DEL GUAYO, I. (2017), *Regulación*, Madrid, Marcial Pons.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.
- DÍAZ G. M. (2016), “La reforma de las potestades normativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid, Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2015), *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- ESTEVE PARDO, J. (2014), “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad”, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8.
- ESPÍN TEMPLADO, E. (1985), “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, p. 183.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J.A. (1990), “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo VII.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Navarra, Aranzadi.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (2022). “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60.
- GARCÍA MEXÍA, P., RODRÍGUEZ-ARANA, J. (Dirs.), HERNANDO MASDEU, J. (Coord), (2010), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo CEU.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999), *Curso de Derecho Administrativo* vol. I, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984), *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959), “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30.
- GARCÍA RUBIO, F. (2017), “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 44.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1983), “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”, *Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como académico de número*.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1963), “El procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40.
- HERCE MAZA, J. I. (2023), “Principio de subsidiariedad y colaboración público-privada: una apuesta por la participación de la sociedad en asuntos de interés general”, en Ruocco, G. & Vázquez, C. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- HERCE MAZA, J. I. (2017), “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública”, *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 11.
- LASSERRE, B. “El Estado regulador”, Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf
- LARENZ, K. (2010), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- LETORNEUR, M. (1951), “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *Etudes et Documents du Conseil d’Etat*, núm. 3.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2018), “El control de la potestad reglamentaria”, en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica Tomo II*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- MEILAN GIL, J. L. (2011). *La argumentación en el contencioso-administrativo*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade A Coruña, núm. 15.
- MELERO ALONSO, E. (2004), “La flexibilización de la reserva de ley”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10.
- MORA RUIZ, M. (2016). “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado
- MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Regulación y confianza legítima”, Revista de Administración Pública, núm. 200, p. 141 y ss.
- PONCE SOLÉ, J. (2005) “Good Administration and Administrative Procedures”, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 12, núm. 2.
- PONCE SOLÉ, J. (2003), “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, Revista de Administración Pública, núm. 162.
- PONCE SOLÉ, J. (2023) “Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora María de Benedetto, “Corruption from a Regulatory Perspective”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 24, p. 379.
- PONCE SOLÉ, J. (2009), “¿Mejores normas? Directiva 2006/123&/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, Revista de Administración Pública, núm. 180, Madrid.
- PRIETO ROMERO, C. (2016), “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, Revista de Administración Pública, núm. 201, p. 372.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A. (2007), “Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos” en ALENZA GARCÍA, J. F, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., (coords.) Organización y Procedimientos Administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Pamplona, Aranzadi.
- REINOSO CARRIEDO, A. (2016), “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015, El consultor de los Ayuntamientos (Opinión), núm. 18.
- REVUELTA PÉREZ, I. (2014), “Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria”, Revista de Administración Pública, núm. 193.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2014), “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 1, núm. 2.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 16.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015), Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales, Madrid, Global Law Press.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2022), “Calidad regulatoria y buena regulación”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 26.

- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008), *Derecho Administrativo Español*. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, A Coruña, Netbiblo.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I. (2019), “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. ext.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J. (1996), “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomías*, núm. 21.
- REBOLLO PUIG, M. (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons.
- REBOLLO PUIG, M. (1991), “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125.
- RUIZ OJEDA, A. (2001), “Hermenéutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos”, *Thémata*, núm. 27.
- SAINZ MORENO, F. (1979), “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 89.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2022), *Derecho Administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos.
- SARMIENTO ACOSTA, M. “El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos” 2011/12, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 16-17.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2020), “El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016), “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- STIGLER, G. J. (1961), *Private Vice and Public Virtue*, *The journal of law and economics*, núm. 4.
- SUAY RINCÓN, J. (2016), “El control de la potestad reglamentaria”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 26.
- SUNSTEIN, C.R. (2017), *Paternalismo Libertario*, Barcelona, Pensamiento Herder.
- SEBASTIÁN, C. (2014), “Sobre la producción normativa en España”, *Hay Derecho*, acceso disponible a través de: <https://www.hayderecho.com/2014/10/21/sobre-la-produccion-normativa-en-espana/>
- TORNOS MÁS, J. (1983), “La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017), “Auge y problemas de la meta-regulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en PONCE SOLÉ, J & CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.