

# El dictamen del Consejo de Estado sobre el nuevo arancel de los procuradores de los tribunales: algunos apuntes sobre la importancia de la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN)

FERNANDO JIMÉNEZ COLORADO  
*Letrado del Consejo de Estado*

1. **Introducción**
2. **Finalidad de la MAIN: justificación de las normas**
3. **El dictamen número 1237/2023, de 29 de febrero**
  - 3.1. Resumen de la consulta
  - 3.2. Observaciones del dictamen a la MAIN
  - 3.3. Balance de la norma finalmente aprobada
4. **Otras observaciones del Consejo de Estado sobre la importancia de la MAIN**

## 1 Introducción

La presente crónica tiene por objeto el dictamen número 1237/2023, de 29 de febrero, del Consejo de Estado, que versó sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el arancel de los derechos de los procuradores de los tribunales. Específicamente, se comentarán las observaciones relativas a la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN, y singularmente, al análisis de impacto económico) para, después, traer a colación otros dictámenes del Alto Cuerpo Consultivo que analizaron esta figura.

La elección del objeto deriva de la importancia creciente que tanto la doctrina consultiva del Consejo de Estado como la jurisprudencia contencioso-administrativa reconocen a la correcta realización de este acto de instrucción del procedimiento reglamentario. En efecto, ya no se considera

aceptable (como sucedió en los primeros tiempos de la implantación de la MAIN en el derecho español) un cumplimiento puramente formal o formulario, a modo de listado de verificación (*checklist*) de determinados requisitos procedimentales, sino que la validez de las normas depende de que este instrumento esté dotado de un contenido material suficiente. Este cambio de perspectiva da fe de la progresiva sustantivación de las formas del procedimiento administrativo, por cuanto su incumplimiento puede (y está) dando lugar a pronunciamientos judiciales de nulidad.

Las reflexiones que a continuación se ofrecen orbitan en torno a la regulación de la MAIN aplicable al procedimiento reglamentario de la Administración General del Estado<sup>1</sup>, normativa estatal que no es directamente aplicable al ejercicio de la potestad reglamentaria local<sup>2</sup>. Ciertamente, el actual marco normativo estatal no deja suficientemente claro si los entes locales están obligados o no a incluir en sus procedimientos reglamentarios una MAIN o un informe de similar contenido que justifique sus medidas normativas<sup>3</sup>, lo que sería más que deseable en términos de seguridad jurídica, entendida como certeza de lo que es derecho en el presente. Este panorama de incertidumbre regulatoria ha dado lugar a recientes e importantes pronunciamientos judiciales que anulan normas locales a causa de su insuficiente justificación, como ha sucedido con las ordenanzas de movilidad sostenible de Madrid y Barcelona, que implantaban sendas zonas de bajas emisiones<sup>4</sup>.

1. Fundamentalmente, los artículos 26.3 y concordantes de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo; y también, siquiera indirectamente, pues no se refiere específicamente a la MAIN, pero esta contribuye a su plasmación, los principios de buena regulación del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Si bien se ha argumentado que es exigible indirectamente el cumplimiento de los requisitos estatales de la MAIN a los entes locales, en cuanto que obligados a observar en el ejercicio de su potestad reglamentaria los citados principios de buena regulación del artículo 129 de la LPAC. En este sentido, respecto de la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas independientes, *vid.* dictamen número 626/2020, de 19 de noviembre, del Consejo de Estado (citado más adelante), y el sugerente artículo de José María Jover Gómez-Ferrer, "La potestad normativa de la CNMC", publicado en la *Revista de Administración Pública*, n.º 211, pp. 71-110.

3. Algunos, como Madrid, se han dotado de su propia regulación al respecto, que exige específicamente una MAIN. Así, *vid.* las Directrices sobre la memoria de análisis de impacto normativo y la evaluación normativa, aprobadas por Acuerdo de 3 de mayo de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

4. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó al respecto seis sentencias; por todas, *vid.* la número 969/2022, de 21 de marzo. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó tres sentencias sobre Madrid Central, la zona de bajas emisiones implantada por el Consistorio de la alcaldesa Manuela Carmena; por todas, *vid.* la sentencia número 446/2020, de 27 de julio. Fue sustituida por Madrid 360 (Consistorio del alcalde José Luis Martínez-Almeida), cuya ordenanza también ha sido recientemente anulada por STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2024.

Desde luego, esta situación es innecesariamente indeseable, pues coloca tanto a las Administraciones locales como a los ciudadanos en una duda constante sobre la vigencia temporal de importantes disposiciones que, como las zonas de bajas emisiones, suelen tardar años en gestarse, despiertan una considerable oposición ciudadana (al imponer obligaciones o restringir derechos individuales), y tardan en implantarse efectivamente para, años después, ser anuladas por los tribunales, devolviéndonos a la casilla de salida.

De este modo, las observaciones del Consejo de Estado pueden ser de interés local, al aportar algunos criterios interpretativos sobre una correcta justificación de las normas que puede ser de utilidad a los entes locales, al dictar sus normas con mayor seguridad jurídica (así como para examinar las dictadas por otras Administraciones, pero que afectan a sus ámbitos de competencia).

## 2

### Finalidad de la MAIN: justificación de las normas

Antes de abordar la glosa del dictamen escogido, cabe hacer algunas consideraciones preliminares para centrar la cuestión.

Se trata de un importante mecanismo de racionalización de la actividad normativa o, en palabras de la memoria del Consejo de Estado de 2009: “[...] un instrumento esencial para la mejora de la calidad regulatoria, no sólo para asegurar la mejora técnica y de la redacción de los textos normativos sino también para evitar una proliferación innecesaria de normas y para asegurar la necesidad, la adecuación y la coherencia de las regulaciones proyectadas para la consecución de las políticas que se proponen desarrollar”.

Su fundamento constitucional puede rastrearse sin dificultad hasta la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española –CE–), íntimamente ligada a la cláusula del Estado de derecho del artículo 1.1, que supone que el poder público está sometido al imperio de la ley, y no al revés. Proscribe el mando basado en el mero deseo o capricho del gobernante<sup>5</sup>, lo que exige que las decisiones públicas (sean o no normativas)<sup>6</sup> se adopten no solo conforme a lo que el ordenamiento

5. En los preliminares de su *República de Oceana* (1656), James Harrington reflexiona: “[...] gobierno (para definirlo de iure, o sea, según la prudencia antigua) [...] es el imperio de las leyes y no de los hombres”. Esta obra, dedicada al Lord Protector Cromwell, constituye la réplica del pensamiento republicano al alegato absolutista del *Leviatán* (1624) de Thomas Hobbes.

6. Así, las sentencias deberán ser motivadas (artículo 120.3 CE), los actos administrativos deben estar suficientemente motivados (artículo 35 LPAC), los proyectos normativos de leyes y

exige (es decir, sean jurídicamente *racionales*), sino que también sean *razonables*, explicando sus argumentos mediante una motivación o justificación suficiente que pueda ser comprendida por sus destinatarios. En este sentido, si bien en muchos supuestos los poderes públicos tienen un amplio margen de apreciación o discrecionalidad para elegir, de entre las varias opciones que permite el ordenamiento, una determinada, están obligados a motivar adecuadamente esa elección.

Así las cosas, podemos esbozar un doble efecto racionalizador de la MAIN: interno y externo.

Internamente, permite al órgano público que se propone dictar una norma jurídica la recopilación de una gran cantidad de información para “garantizar el acierto y la legalidad de la norma”, por recurrir a la expresión del artículo 26.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Es decir, le posibilita adoptar una decisión normativa informada, teniendo en cuenta multitud de factores que gravitan en torno a la misma, como sus antecedentes, competencias europeas, autonómicas o locales afectadas, precedentes de litigiosidad ante el TJUE, el Tribunal Constitucional o la jurisdicción contencioso-administrativa, además de los impactos en diversos dominios: económico, presupuestario y otros, por solo citar algunos de los muchos aspectos que debe ponderar la MAIN<sup>7</sup>.

Externamente, la MAIN constituye (junto con la parte expositiva de la norma, con la que tiende a solaparse) la motivación o justificación de la disposición (la *ratio legis*), sirviendo tanto de criterio hermenéutico de sus reglas de derecho como de exposición pedagógica dirigida a sus destinatarios<sup>8</sup> para no abusar del artículo 6.1 del Código Civil, hoy excesivamente optimista, dados el volumen, la complejidad, la profundidad y la fugacidad

---

reglamentos deben incluir una memoria de análisis de impacto normativo que explicita, entre otros muchos criterios, la oportunidad y necesidad de la norma (artículo 26.3 LGob).

7. Memoria del Consejo de Estado de 2011: “Así, en las memorias se debe dejar constancia de la ponderación de la concurrencia de ciertos principios que, expresados en forma de preguntas, pueden y deben guiar la redacción de las normas: ¿está definido correctamente el problema?, ¿está justificada la intervención del Estado?, ¿constituye la regulación la mejor forma de intervención pública?, ¿tiene la regulación un fundamento jurídico?, ¿cuál o cuáles son los niveles administrativos apropiados para esta acción?, ¿son suficientes los beneficios para compensar los costes?, ¿es una norma clara, coherente, comprensible y accesible a los usuarios? y ¿han tenido posibilidad de expresar sus opiniones las personas afectadas?”.

8. Ya decía Francisco Suárez en *De legibus* que las leyes (hoy normas jurídicas en sentido amplio) tienen una naturaleza mixta, pues son al mismo tiempo un acto de voluntad (mandato de quien tiene jurídicamente reconocida la potestad de mandar: *imperium, maiestas*, soberanía) y un acto de entendimiento, pues tienen un fundamento racional que permite su comprensión por sus destinatarios, dirigiéndolos hacia el bien común (todo el bien del hombre y el bien de todos los hombres). En sentido similar, Silvio Barile indicaba que la parte expositiva de las normas es su *preludio platónico*: discurso racional dirigido a convencer a sus destinatarios de la bondad de sus postulados.

del ordenamiento jurídico actual<sup>9</sup>. En este sentido, mal puede obedecerse lo que no se comprende. Así, supone un avance respecto del principio de publicidad de las normas en su acepción clásica: ya no basta con publicar las normas —para poder *conocerlas*—, sino que es necesario también dar publicidad a las razones que llevaron a su dictado —para poder *entenderlas*—. Como garantía de todo ello, la justificación de las normas consignada en la MAIN permite el control judicial de la potestad reglamentaria (artículo 106.1 CE), y esto es precisamente lo que interesa a efectos de la presente crónica consultiva.

### 3

## El dictamen número 1237/2023, de 29 de febrero

### 3.1

#### Resumen de la consulta

La finalidad del proyecto normativo sometido a consulta era sustituir el arancel de la procura (fijado por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre) por el nuevo arancel exigido por la Unión Europea. Se pasaba de un arancel fijo y obligatorio (cuyo importe solo era limitadamente negociable por las partes<sup>10</sup>) a un arancel máximo, por debajo del cual regiría la libertad de precios entre cliente y procurador<sup>11</sup>. Además, se proponía actualizar las cuantías, fijadas en 2003 y no revisadas desde entonces.

9. La memoria del Consejo de Estado de 1992 hizo una serie de interesantes reflexiones sobre la seguridad jurídica, y decía sobre esto: "Actualmente, hasta para un experto profesional del Derecho es difícil señalar con certeza cuáles son las normas vigentes sobre determinada materia administrativa en un momento dado. El principio *iura novit Curia* ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico".

10. El artículo 2 del Real Decreto 1373/2003 introducía una tímida libertad de precios, al permitir negociar un 12 % al alza o a la baja respecto de la cuantía del arancel.

11. Esta reforma del arancel responde al compromiso del Gobierno de España para archivar el procedimiento de incumplimiento ante el TJUE iniciado por la Comisión Europea, por entender que el sistema español de aranceles fijos y obligatorios suponía una restricción injustificada de las libertades de establecimiento y prestación de servicios en el mercado interior, en vulneración de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Dicho compromiso se plasmó primero en la Ley 15/2021, de 23 de octubre, por la que se modifica la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, así como la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; y después, a nivel reglamentario, en el Real Decreto 307/2022, de 3 de mayo, que modificó el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre. Este Real Decreto 307/2022 modificó sustancialmente el régimen de aranceles con una mínima modificación normativa, pues apenas se limitó a convertir los aranceles fijos y obligatorios en máximos. Se trataba de una reforma provisional, en espera de dictarse un texto de nueva planta, que terminaría siendo el proyecto de Real Decreto cuya consulta despachó el Dictamen 1237/2023, de 29 de febrero.

Como se reseña en los antecedentes del dictamen (punto tercero), la MAIN de la primera versión del proyecto de Real Decreto remitida al Consejo para su dictamen preveía aumentos distintos para cada arancel, y según se consignaba en la MAIN, el aumento medio era del 40 %. Informó en contra del proyecto la CNMC, censurando que la MAIN no reflejaba con la claridad necesaria los criterios que motivaban el aumento de los aranceles, aumento que cifró en una horquilla de entre el 20 % y el 169 %, según el caso. También informó en contra el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, apuntando que la MAIN no explicaba claramente el cálculo de las nuevas cuantías, pues si bien invocaba genéricamente diversos factores tenidos en cuenta (como, entre otros, los costes de implantación del sistema LEXNET, el aumento de las primas de los seguros de responsabilidad civil, la formación del personal, la digitalización o el aumento del precio de los carburantes), no especificaba cómo se habían cuantificado en cada caso. Este informe estimaba que el incremento medio respecto a 2003 era muy superior al 40 % consignado en la MAIN, señalando por ejemplo que, en los procedimientos de cuantía determinada, se apreciaban incrementos de entre el 60 % y el 800 %.

El Consejo de Estado se hizo eco de esta deficiente justificación económica de la norma proyectada, devolviendo el expediente a la autoridad consultante para que redactase una nueva MAIN que aclarase los criterios empleados para calcular las cuantías propuestas de los aranceles, así como los aumentos reales desde 2003.

La respuesta del Ministerio a este requerimiento fue sorprendente: en lugar de clarificar los dos extremos apuntados, se remitió una nueva MAIN con un criterio distinto, pasando a incrementar linealmente todos los aranceles de 2003 en un 35 %, indicándose que esa cifra correspondía al alza experimentada en el periodo 2003-2018 por los módulos del beneficio asistencia jurídica gratuita de la procura.

### 3.2

#### Observaciones del dictamen a la MAIN

En su apartado II.-B, el dictamen razonaba:

“En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo reconoce una importancia capital a la suficiencia de la memoria, documento que plasma la justificación de las normas. En la temprana Sentencia de 27 de noviembre de 2006 (recurso n.º 51/2005) -que terminó anulando el real decreto impugnado por considerar insuficiente la memoria económica-, se decía:

‘Tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) LGO pero deben cumplir la finalidad a que responden. La memoria económica, proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa, pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común’.

Con el paso de los años, este control judicial de la memoria se ha ido haciendo cada vez más exigente, hasta el punto de considerar en múltiples ocasiones que puede constituir un requisito esencial del procedimiento reglamentario, de modo que su omisión o redacción gravemente defectuosa puede constituir un vicio de nulidad de pleno derecho de la disposición administrativa resultante. Así, la STS 508/2018, de 22 de marzo (recurso n.º 458/2016) anuló la orden ministerial impugnada porque su memoria no había analizado el impacto de la medida en las familias y la STS 350/2019, de 15 de marzo (recurso n.º 618/2017) anuló el real decreto impugnado porque la memoria había omitido la valoración de impactos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, limitándose a consignar que la norma proyectada no tendría impacto, sin añadir ninguna motivación al respecto.

En lo que se refiere específicamente a la valoración del impacto económico -más relevante a estos efectos dado el objeto de la presente consulta y en conexión con lo que se apuntará en la observación V.C. *ut infra* -, cabe citar la STS 2.569/2016, de 12 de diciembre (recurso de casación n.º 203/2014). Esta resolución anuló el reglamento impugnado por considerar manifiestamente insuficiente la justificación económica de la memoria (defecto que ya había sido advertido, como recuerda el Tribunal Supremo, por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de la norma). En su fundamento jurídico séptimo, decía:

‘Según nuestra jurisprudencia, que también citamos más arriba, cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria económica que debe 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 este caso, de naturaleza económica o presupuestaria) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente.

Cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad)’.

En el mismo sentido se ha pronunciado este Alto Cuerpo Consultivo, señalando la importancia de redactar la memoria con un grado de precisión suficiente, que refleje cabalmente los criterios manejados por la Administración al adoptar sus decisiones normativas (entre otros, dictamen número 626/2020, de 19 de noviembre). En los casos más graves, ha llegado incluso a formular como esencial la observación relativa a la necesidad de rehacer una memoria insuficiente (así, en el dictamen 465/2018, de 7 de junio)”.

Más adelante, en su observación V.-C, el dictamen indicaba:

“La actualización del arancel de los procuradores de los tribunales es una operación compleja y que implica un considerable grado de discrecionalidad, pues la normativa no ofrece una fórmula matemática para tal fin, ni tampoco criterios o elementos de juicio que deban emplearse para llevarla a cabo. Además, reviste una especial complejidad para la Administración la ponderación exacta del impacto económico de una medida que incide sobre profesionales del sector privado, si bien sujetos a una intervención administrativa singularmente intensa. A la vista de estas peculiares complicaciones, este Consejo de Estado considera que el nuevo criterio escogido por la autoridad consultante se enmarca dentro del margen de apreciación del que goza el Gobierno para fijar estas cantidades. Se trata de un criterio objetivo y claro, pues permite conocer cabalmente su origen (el aumento de los módu-

los de la justicia gratuita) y su efecto en las cantidades fijadas en 2003 (evitando la incertidumbre sobre el aumento real existente en versiones anteriores del Proyecto). Asimismo, un aumento del 35 % tiene en cuenta la evolución del contexto socioeconómico de los últimos años, en el que, por ejemplo, el IPC, según datos del Instituto Nacional de Estadística, se incrementó en un 53,3 % entre noviembre de 2003 (fecha de publicación de Real Decreto 1373/2003) y octubre de 2023 (la Memoria está fechada el 10 de octubre de 2023).

No obstante, y por un doble motivo, debería revisarse la Memoria para detallar mejor la elección de este criterio. Por un lado, el criterio lineal del 35 % es uno de los varios que el Gobierno puede emplear y que se incluyen en el margen de discrecionalidad del que goza. Por otro lado, el arancel y los módulos de la asistencia jurídica gratuita son figuras de distinta naturaleza: este es una tarifa oficial que limita el precio de ciertos servicios profesionales abonados por el cliente y aquellos una compensación abonada por la Administración por el cumplimiento de una obligación de servicio público (con cuantías, por otra parte, mucho más modestas que las del arancel). Por ello, el aumento de los módulos no resulta automáticamente trasladable a los aranceles. Ambas razones aconsejan incluir en la Memoria más datos que justifiquen la elección del criterio del aumento lineal del 35 % y su preferencia respecto de otras posibles opciones. En este sentido, deberían añadirse los indicadores que se consideren significativos a propósito de la evolución socioeconómica de España desde 2003, y que sean relevantes para fundamentar que ese aumento del 35 % es proporcionado con dicha evolución. A título de ejemplo, podrían incorporarse la evolución del IPC (antes reseñada), la variación del salario mínimo interprofesional, la evolución del salario medio de los trabajadores o la progresión del poder adquisitivo.

Finalmente, cabría precisar que, si bien la Memoria no indica expresamente que el incremento del 35 % es el incremento medio de los módulos de la asistencia jurídica gratuita de los procuradores, así lo da a entender. Examinados dichos incrementos en el periodo 2003-2018, resulta que el incremento medio de los cuatro referidos módulos es del 27,5 %, si bien el incremento máximo (que se produce en dos módulos) es del 34,99 %. Por ello, cabría precisar en la Memoria que el incremento aplicado corresponde al aumento máximo de los citados módulos.

La necesidad de completar la Memoria en el sentido apuntado en la consideración II.C., tercer apartado, y en esta consideración V.C., tiene el carácter de observación esencial a los efectos prevenidos en el artículo

130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio”.

### 3.3

#### Balance de la norma finalmente aprobada

Fue el Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura, aprobado “de acuerdo” con el Consejo de Estado, según indica su fórmula de aprobación<sup>12</sup>.

Revisado el texto del mismo, se constata que se atendió a la totalidad de las observaciones particulares relativas al articulado, lo que incluye, además, todas las sugerencias de redacción alternativa de algunos preceptos que se hicieron. Asimismo, las cuantías de los aranceles son, en todos los casos, las mismas que las recogidas en el proyecto consultado al Consejo de Estado (empleando el criterio de alza del 35 % respecto de las cifras de 2003). El único cambio respecto del proyecto consultado consiste en la sustitución, tanto en el título de la norma como en su texto, de todas las referencias al “procurador” por las de “profesional de la procura”.

No obstante, resulta imposible saber si se atendió la observación esencial relativa a la necesidad de completar la MAIN —antes transcrita—, pues tal cosa figuraría en una hipotética nueva versión de la MAIN, pero esta no se comunica (ni generalmente ni tampoco en este caso) al Consejo de Estado, ni tampoco figura en el sitio web del Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. En este sentido, debe recordarse que la función consultiva del Consejo de Estado consiste fundamentalmente en un control preventivo de legalidad de la actuación administrativa, y que ninguno de sus dictámenes (con la excepción relativa de la revisión de oficio) es vinculante, siendo libre la autoridad consultante de seguir o no sus observaciones.

Así, el control represivo o posterior de la suficiencia de la MAIN queda en manos de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, que, como se ha consignado en la introducción, muestran una creciente exigen-

---

12. Mención que el artículo 7 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, reserva a aquellas disposiciones o actos dictados de conformidad con el dictamen (es decir, si la autoridad consultante se conformó con el dictamen, aceptando sus observaciones). Si la decisión se separa del dictamen, se debe emplear la fórmula “oído”. Aplicado conjuntamente con el artículo 130.3 del mismo reglamento, significa que, si el dictamen contiene observaciones calificadas expresamente como esenciales, la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado” solo podrá emplearse si la disposición o el acto consultado aceptaron dichas observaciones esenciales.

cia respecto de su correcta tramitación. Cuando se trata de normas que afectan a sectores económicos (y pocas no lo hacen), el número de interesados que gocen de legitimación activa para recurrirlas será potencialmente muy elevado, disparando el riesgo de impugnación. De este modo, la sanción de nulidad constituye un poderoso incentivo para que los órganos públicos se tomen en serio la correcta instrucción de la MAIN.

Desbordando el ámbito estricto de la consulta, cabe destacar que la prolija argumentación desplegada en este dictamen y la importancia que el Consejo dio a esta cuestión (de lo que es buena muestra la devolución del expediente a la autoridad consultante) no fueron bizantinas. Poco después de su aprobación por la Comisión Permanente, se dictó la STS número 592/2024, de 9 de abril, que anuló íntegramente el Real Decreto 307/2022, norma que introdujo el sistema de aranceles máximos a nivel reglamentario modificando el arancel de 2003. Pues bien, el pronunciamiento de nulidad del Tribunal Supremo se basa exclusivamente en los defectos de la motivación económica de la memoria. Específicamente, el alto tribunal reprocha a la Administración que la MAIN del Real Decreto 307/2022 no contuviera su propio análisis de impacto económico, sino que se remitiese al análisis realizado por la memoria de la Ley 15/2021 (memoria de la ley que no obraba en el expediente remitido al Tribunal Supremo, lo que le impidió conocerla directamente)<sup>13</sup>.

#### 4

### Otras observaciones del Consejo de Estado sobre la importancia de la MAIN

Hilando con lo anterior, se reseñan a continuación algunos dictámenes que contienen observaciones singularmente relevantes sobre la correcta cumplimentación de la MAIN.

Frecuentemente, los dictámenes censuran que las MAIN incluidas en los expedientes normativos se cumplan como un trámite puramente for-

13. El Dictamen 612/2022, de 28 de abril, tuvo por objeto el proyecto de Real Decreto que luego fue aprobado como 307/2022. Formuló una observación esencial contra la disposición adicional segunda, que preveía la actualización de los aranceles conforme al IPC para el periodo 2003-2022 y su indexación en el futuro, medida que, como indicó el dictamen, era diametralmente opuesta al nuevo sistema de aranceles propugnado por la UE. Además, se trataba de una adición realizada en la fase final del procedimiento, de modo que no pudo ser conocida por los interesados en el procedimiento. Para más inri, la MAIN concluía genéricamente que, respecto del impacto económico, el proyecto fomentaría la competitividad y la protección de los usuarios, sin más detalle (cuando era evidente que una actualización de cuantías tendría algún impacto económico significativo). Esta objeción hizo que, finalmente, el texto aprobado no incluyese esa cláusula de actualización.

mulario, consistente en una mera descripción del contenido del proyecto, con escaso o nulo análisis. En ocasiones, el análisis de impactos se limita a reproducir (con alguna variación, casi siempre jurídicamente irrelevante) la parte expositiva de la norma proyectada, convirtiéndose en una redundancia inútil. En otras, se despacha someramente mediante fórmulas estereotipadas que valdrían para cualquier norma, que no dicen absolutamente nada y que casi siempre consisten en declarar escuetamente que la norma examinada no tendrá tal o cual impacto, sin añadir razonamiento alguno que respalde tal conclusión. Pareciera entonces que el análisis de la MAIN es puro trámite formal, cuya corrección se da por cumplida con la inserción de fórmulas rituales yermas de contenido material alguno. Evidentemente, esto no es suficiente para entender cumplidas las exigencias de justificación de las normas<sup>14</sup>.

Dictamen número 465/2018, de 7 de junio.

Citado en el Dictamen 1237/2023, de 29 de febrero, incluía la siguiente observación:

“No obstante lo anterior, ha de hacerse de nuevo hincapié en las deficiencias que presenta la valoración del impacto económico del Proyecto, en particular en lo relativo al impacto presupuestario y a las cargas administrativas. Por lo que se refiere al impacto presupuestario, se estima que no se producirá en la Administración General del Estado y que no ‘debe producirse necesariamente’ en las comunidades autónomas (que son las autoridades sanitarias competentes previstas en el Proyecto). Pues bien, el Consejo de Estado considera que carece de lógica afirmar, como hace la memoria, que se estima que se aprobarán, a resultas de la publicación del Proyecto en el Boletín Oficial del Estado, hasta 132 planes sanitarios del agua (proyectado artículo 21 bis), que ello implicará una dedicación horaria y de personal concreta (y aun de contratación de consultores externos), pero que ello no implicará impacto presupuestario ni mayor gasto en las Administraciones autonómicas, a las que se imponen nuevas obligaciones por la disposición en proyecto”.

Como se aprecia, en este caso el proyecto normativo incurría en una de las más groseras incongruencias que pueden presentar las MAIN: consignar que la medida carece de impacto presupuestario, cuando por su propia configuración es evidente que lo tendrá.

14. Dictamen número 720/2022, de 12 de mayo: “[...] en el desempeño de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha venido observando que las Administraciones públicas suelen concebir los instrumentos de buena regulación como meros trámites que se limitan a cumplimentar de manera superficial, vaciándolos de contenido e impidiendo, con ello, que puedan desplegar la virtualidad que les es propia”.

Dictamen número 238/2021, de 10 de junio.<sup>15</sup>

En este caso, se reflexionaba en términos suficientemente expresivos por sí mismos:

“Contiene el expediente varias versiones del texto y sus correspondientes memorias del análisis de impacto normativo. La MAIN que acompaña al proyecto consultado (fecha el 16 de abril de 2021) es abreviada. Si bien figuran en ella la mayoría de las cuestiones que debe comprender, resulta bastante escueta y poco elaborada en su análisis.

En relación con los impactos, niega su existencia en todos los órdenes. Se limita a afirmar lacónicamente que la norma no tiene efectos o que estos no son significativos. Señala que no afecta a las cargas administrativas de las empresas puesto que la obligación de comunicar electrónicamente los datos no implica imposición de nuevas cargas, ya que se trata de datos incluidos en la hoja de ruta que deben cumplimentar ya los servicios VTC conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Orden FOM/36/2008, estando prevista la supresión de la hoja de ruta cuando esté operativo el nuevo registro de comunicaciones de los servicios de arrendamiento con conductor y se modifique el régimen sancionador de la LOTT en relación con las autorizaciones VTC.

Sin embargo, teniendo en cuenta los antecedentes de la anulación por el Tribunal Supremo del régimen actual contenido en el Real Decreto 1076/2017 por entender que impone cargas desproporcionadas respecto de la finalidad de control perseguida, así como las dudas nuevamente expresadas por la CNMC respecto a la regulación proyectada y las preocupaciones manifestadas en ciertas alegaciones formuladas en el trámite de información pública, habría sido deseable desarrollar un mayor esfuerzo argumentativo para sostener el planteamiento del nuevo real decreto y las afirmaciones de la MAIN, resultando cuestionable la suficiencia de su texto actual, que debería completarse.

Igualmente, sin perjuicio de que la Dirección General de Transporte Terrestre ha argumentado en el expediente la aceptación o rechazo de ciertas propuestas de los informes y alegaciones realizadas en su tramitación, hay aspectos sensibles que han quedado sin explicación suficiente, entre otros, la no alusión al régimen transitorio de cuatro

---

15. Tuvo por objeto el proyecto de Real Decreto sobre el control de la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, después aprobado como Real Decreto 785/2021, de 7 de septiembre. La STS número 739/2023, de 6 de junio de 2023, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil UBER B.V. contra dicha norma. Cabe notar que no se impugnó la insuficiencia de la MAIN, sobre la que, por otra parte, la sentencia no hace ninguna consideración.

años previsto en el Real Decreto-ley 13/2018. Por tal razón, el Consejo de Estado considera necesario que la MAIN sea desarrollada de forma más completa en cuanto a la justificación de tales puntos.

[...]

Como ha recordado en numerosas ocasiones este Consejo, la MAIN no es una mera formalidad, sino que constituye un instrumento básico para el desarrollo de las políticas públicas, siendo decisiva como apoyo y eventual defensa de la corrección jurídica de la norma, por lo que debe cuidarse especialmente su contenido más allá de su emisión ritual”.

Dictamen número 417/2022, de 28 de abril.

Este dictamen abordaba la particular cuestión de la justificación de la MAIN cuando la norma española se dicta en trasposición de una directiva europea, lo que puede tentar al órgano proponente para fiarse del análisis de impactos llevado a cabo por la autoridad europea correspondiente, dando por cumplida esta exigencia a nivel nacional. Para el Consejo de Estado no es aceptable este proceder de justificación por remisión, indicando el dictamen citado lo siguiente, pues la realización de tal estudio por otra Administración no releva al Estado de su deber de justificación:

“Es cierto que en aquellos sectores en los que el Derecho nacional está muy condicionado por el Derecho de la Unión Europea el análisis de los impactos de las disposiciones proyectadas suele ser más laxo, en la medida en que tales impactos ya han sido evaluados por los órganos comunitarios europeos al tomar las decisiones regulatorias correspondientes, pero no es menos cierto que tal relajación de los estándares exigibles no puede traducirse en una total dejación de funciones de las autoridades nacionales, puesto que el Derecho interno suele completar, e incluso a veces reforzar, determinados aspectos de la disciplina recogida en los actos jurídicos de la Unión Europea y que tales cuestiones necesariamente han de tener un impacto -positivo, negativo o neutro- en determinados ámbitos que ha de ser analizado por el ministerio proponente o disponente.

En este caso concreto, se da la circunstancia de que la propuesta no solo establece medidas para la aplicación del Derecho de la Unión Europea aplicable a los desplazamientos entre Estados miembros de los productos reproductivos de determinados animales terrestres en cautividad, sino que también se ocupa de la comercialización de tales productos en el territorio nacional, dentro del margen de libertad regulatoria que aquel le reconoce. Y aunque es posible que aquellas medidas que ya estuvieran contempladas en el Real Decreto 841/2011, de 17 de junio, carezcan de relevancia económica, parece evidente que la regu-

lación *ex novo* de la comercialización de los productos reproductivos procedentes de conejos y camélidos y del espermatozoide de ave tiene que tener alguna incidencia sobre el sector primario de la economía”.

Dictamen número 691/2023, de 26 de junio.

En esta consulta, se recordó que, si bien no es necesario que la MAIN realice un análisis exhaustivo de todos los impactos (lo cual sería materialmente imposible), la memoria del proyecto consultado era mejorable en su aspecto económico:

“Con relación a la Memoria, no obstante, hay que indicar en lo atinente al impacto económico que se limita a señalar lo siguiente: ‘dado que el objeto del presente real decreto es dar respuesta a la necesidad de una nueva regulación se prevé un impacto económico general, al redundar en la mejora de la formación y en la productividad de las personas tituladas universitarias de mayor grado de cualificación que pueden incorporarse al mercado laboral, lo que redundará en la actividad de nuestras propias universidades y también en empresas. No tiene impacto presupuestario en los Presupuestos General del Estado ni en las propias universidades’.

A este respecto conviene recordar, en primer lugar, que, de conformidad con lo previsto en el apartado d) del artículo 2.1 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, debe realizarse un análisis independiente para cada uno de estos impactos, el económico y el presupuestario.

Por otro lado, en cuanto al impacto económico el apartado 1.º del artículo 2.1.d) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, exige evaluar las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma. También la Ley 2/2011, de 3 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, inciden en la necesidad de que las iniciativas normativas de la Administración se justifiquen de manera suficiente, no solo para suministrar al titular de la potestad reglamentaria la información precisa para tomar la decisión de que se trate, sino para que la expresión detallada de sus razones pueda, en su caso, facilitar el control judicial. En este sentido, la Memoria debería haber atendido y explicado las repercusiones del Proyecto en la economía y en el empleo (sería muy conveniente aportar datos sobre la situación laboral del personal investigador que realiza tesis doctorales), razonando su impacto y valorando si es significativo.

A juicio del Consejo de Estado la Memoria carece de un mínimo estudio económico que, en este caso, resulta capital tal y como ha subrayado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 27 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2016) por cuanto proporciona al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. Respecto a la Memoria económica -ha dicho el Alto Tribunal- que es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer una norma reglamentaria, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquella, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse”.