

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 31
Octubre 2019

“PLUSVALÍA: PRÓRROGA Y ... ¿PENALTIES?”

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid

(prólogo por José Manuel Ruiz Fernández)

LA MAIN EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DISPOSICIONES
GENERALES

ENRIQUE GARCÍA LLOVET

Magistrado

Juzgado Contencioso-Administrativo Dos A Coruña

Doctor

Profesor Titular Universidad Derecho Administrativo (Excedente)

Palabras clave: MAIN; Evaluación Normativa; Control Judicial; Regulación



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Francisco Pleite Guadamillas



NUEVAMUTUA
SANITARIA

Tu seguro
de Ley

The Santander logo, featuring a red flame icon to the left of the word 'Santander' in a bold, red, sans-serif font.

www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju

ISSN: 2605-2076

RESUMEN VOCES

“PLUSVALÍA: PRÓRROGA Y ... ¿PENALTIES?”

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid
(prólogo por José Manuel Ruiz Fernández)

PRÓLOGO

La final que disputan desde hace tiempo los equipos “PLUSVALÍA SÍ” y “PLUSVALÍA NO” comenzó con un planteamiento muy ofensivo de este último. La doctrina tributaria había calentado intensamente en la banda antes del partido. Nada más saltar al campo de juego, se produjo un ataque desmelenado del equipo “PLUSVALÍA NO”, a través de las

famosas sentencias del Juzgado de lo C-A nº 2 de Cuenca; y la que la confirmó de la Sala de lo C-A del TSJ de Castilla-La Mancha nº 85/12, de 17 de Abril, que estimaron que la fórmula legal de cálculo del impuesto grava valores futuros y no reales de los terrenos sometidos a tributación.

Más adelante, siguieron los ataques de “PLUSVALÍA NO”, en forma de cuestiones de inconstitucionalidad (una de ellos magistralmente llevada por nuestro compañero vitorino Daniel Sancho Jaraiz), que culminaron con remates a portería, en las STC nº 26/17 y 36/17, que se pronunciaron sobre los artículos reguladores del impuesto en la Norma Foral 16/1989 de Guipúzcoa; y 46/1989 de Álava, declarándolos inconstitucionales y nulos, si bien de forma condicionada, únicamente en la medida que sometiesen a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor. Esta presión adelantada del bando “PLUSVALÍA NO” se concretaba únicamente en determinadas áreas del terreno de juego, en este caso en los territorios forales que acabamos de mencionar. Sin embargo, la presión visitante (porque la facción que propugnaba la erradicación en sede de constitucionalidad del IIVTNU jugaba en campo contrario), se extendió a toda la cancha, cuando la STC nº 59/2017 se pronunció en el mismo sentido para el resto del territorio español sujeto al TRLHL.

La salida en tromba del equipo “PLUSVALÍA NO” se concretó en el marcador cuando diversas Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia tradujeron esa doctrina

constitucional en sentencias que entendieron que la declaración de inconstitucionalidad era incondicional y que las citadas sentencias del TC habían expulsado “ex origine” los artículos 107, apartados 1 y 2, así como el 110.4 del TRLHL. La STSJ Madrid, Sala de lo C-A, sección 9ª, de 19-7-2017, recurso nº 783/16 fue definitiva en este sentido, a modo de penalty a favor del equipo visitante y expulsión de las normas del TRLHL comprometidas.

Sin embargo, la alegría del equipo visitante duró poco. El equipo “PLUSVALÍA SÍ” protestó airadamente y el VAR, en forma de Sala Tercera del TS, anuló el penalty y la expulsión, tras revisar la jugada en la STS Sala Tercera nº 1163/18 de 9 de Julio, dictada en recurso de casación nº 6226/2017, Ponente Aguillo Avilés (luego seguida por otras), que puso de nuevo tablas en el marcador. Esta sentencia “reinterpreta” la STC nº 59/2017 y declara que la misma no expulsa del ordenamiento jurídico los citados preceptos, salvo cuando, a través de la prueba oportuna, se evidencie una situación de inexistencia de incremento de valor de los terrenos.

Una nueva ofensiva de “PLUSVALÍA NO” vino por la banda de los diversos recursos de ca-

sación que el TS admitió a trámite a mediados de 2017 (por todos recursos nº 2093/2017; 21 de Julio de 2017, recurso nº 2022/2017; y recurso nº 2815/2017) cuyo objeto era “determinar si la interpretación conjunta de los artículos 104.1 y 107, apartados 1 y 4, TRLHL permite concluir que el importe de la base imponible del IIVTNU puede no ser el resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo por el número de años de generación del incremento y por el porcentaje anual que corresponda”. De nuevo se cercaba el área rival con la misma táctica que originariamente se utilizó en las sentencias de Cuenca y del TSJ de Castilla-La Mancha. Pero, de nuevo, el equipo “PLUSVALÍA SÍ” ha impuesto su defensa y su respuesta ha sido un contraataque descomunal. La Sala Tercera acaba de rechazar recientemente esta nueva ofensiva (vid STS Sala Tercera nº 419/2019, de 27 de Marzo, recurso 4924/2017). Esta última sentencia declara contundentemente que la debatida fórmula legal de cálculo del artículo 107.4 TRLHL no puede ser cuestionada por ningún dictamen pericial y es la fórmula querida por el legislador, que ya estuvo vigente en la legislación anterior y fue sustituida por la actual, no habiéndose declarado inconstitucional, salvo que se pruebe la inexistencia de

incremento del valor de los terrenos con su aplicación, por lo que ninguna otra fórmula puede sustituir a la establecida legalmente.

Esta última resolución judicial del Alto Tribunal parecía ya inclinar la balanza definitivamente a favor del equipo “PLUSVALÍA SÍ”, cuando nuestro querido compañero Francisco Pleite se ha elevado en un salto jurídico prodigioso y, en el minuto 92:48, ha mandado el partido a la prórroga con un cabezazo extraordinario. El TC ha dictado auto de 8-2-2019 por el que admite a trámite cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado nº 32 de lo C-A de Madrid, que sirve Francisco Pleite, en la que nuestro compañero plantea un supuesto en el que existe un incremento de valor, pero la cuota a pagar es superior al incremento real experimentado por la venta del terreno, por lo que el contribuyente ve como el incremento le es “expropiado” de facto, lo que podría tener carácter confiscatorio.

A continuación, Francisco Pleite nos ofrece un resumen de la cuestión que ha planteado y que ha admitido el TC. La prórroga de este partido está servida. Veremos si llega a la tanda de “penalties”.

POSIBLE CARÁCTER CONFISCATORIO EL IMPUESTO DEL IMPUESTO SOBRE INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

Francisco Pleite Guadamillas
Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid.

En la aplicación del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana puede suceder que el incremento real del valor generado por la compraventa del inmueble sea inferior al importe de la cuota a pagar por el valor calculado por el ayuntamiento al girar la liquidación. Por lo tanto, las normas que disciplina el impuesto pueden contravenir la doctrina constitucional sobre prohibición del carácter confiscatorio de los tributos y afectar al derecho de propiedad garantizado por la Constitución y por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

La Sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional declaró que “los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del texto refundido de la Ley reguladora de las

haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 212004, de 5 de marzo, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.” La nulidad del artículo 110.4 del TRLHL es total, esto supone que se expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico la imposibilidad que hasta ese momento tenían los sujetos pasivos de acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración contenidas en los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL y, en consecuencia, de demostrar la improcedencia de liquidar y venir obligado al pago del IIVTNU.

En el FJ 5.c) de la STC 59/2017 el Pleno del Tribunal afirma que, declarados contrarios al texto constitucional los preceptos denunciados del TRLHL, “la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto”.

El Tribunal Supremo, precisando el alcance de esta declaración de inconstitucionalidad, en la sentencia número 1163/2018 de 9 de julio, recurso de casación número 6226/2017, considera que la nulidad de los citados preceptos no se extiende a los supuestos donde existe un incremento del valor del terreno, afirmando en el FJ 4 que: “Atribuyendo en exclusiva y en todo caso al legislador la forma de determinar la existencia o no de un incremento de valor del terreno susceptible de ser sometido a tributación y negando al aplicador del Derecho la posibilidad de valorar la prueba aportada por el contribuyente (de existencia de una minusvalía o decremento de valor del terreno enajenado), se desnaturaliza completamente el fallo de la Sentencia, pues únicamente si se permite al contribuyente probar la inexistencia de plusvalía y al aplicador del Derecho valorar la prueba aportada por el contribuyente el fallo de la STC 59/2017 puede cumplirse en sus términos estrictos; en particular, resulta posible inaplicar el IIVTNU únicamente en la medida en que se someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”.

Concluía el Tribunal Supremo en el FJ 5 que : “La STC 59/2017 -ya lo sabemos- ha dejado en

vigor los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL en las situaciones de existencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido por el contribuyente, debiéndose entender, a la luz del fallo del pronunciamiento constitucional, que dicho incremento de valor debe corresponderse con una plusvalía real y efectiva, supuesto éste cuyo gravamen es el único que resulta compatible con el principio de capacidad económica (STC 59/2017, FJ 3). Y para acreditar la existencia o no de esa plusvalía real -ya lo hemos dicho también- tanto el contribuyente como la Administración habrán de acudir a los medios de prueba y, más genéricamente, a las reglas generales que en relación con la prueba se contienen en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la LGT (artículos 105 y siguientes)”.

Tras esta sentencia los órganos judiciales entran a valorar si se produce el hecho imponible y calculan los incrementos de valores bajo unos criterios fijados por el Tribunal Supremo. Hay que tener en cuenta que, con carácter general, en el expediente administrativo la Administración no realiza prueba alguna sobre el incremento del valor del terreno, siendo obligada a realizar esta prueba en el procedimiento contencioso administrativo,

con ello se desvirtúa el carácter revisor de la actuación administrativa, es en el acto del juicio con la documentación aportada por las partes donde se procede a determinar si existe o no un incremento, sin que las partes en el procedimiento administrativo que dio lugar a la liquidación hayan aportado prueba alguna.

Ahora bien, al dejar abierta la posibilidad de acreditar el incremento del valor del inmueble se pueden plantear supuestos en los que el incremento del valor generado por la compraventa sea inferior a la cuota a pagar resultante de la liquidación practicada por el Ayuntamiento. Este supuesto es diferente al resuelto por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, puesto que se plantea que, existiendo un incremento de valor, la cuota a pagar es superior al incremento real experimentado por la venta del terreno, por lo que el contribuyente ve como éste (el incremento) le es “expropiado” de facto, lo que podría tener carácter confiscatorio. Esta circunstancia no está prevista en la normativa que regula el impuesto, ni se ha resuelto por el Tribunal Constitucional.

El artículo 31 de la Constitución Española establece que el sistema tributario “en ningún caso,

tendrá alcance confiscatorio”. La consagración del derecho a la propiedad privada, también, se encuentra en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, puesto que según el Tribunal de Justicia de ésta, los principios generales o derechos fundamentales que derivan de las Constituciones de los Estados miembros forman parte también del Derecho de aquélla. A ello se añade la consagración del derecho a la propiedad privada en la Carta europea de derechos fundamentales en el apartado 1 del artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

En la STC 150/1990, en su FJ 9, se afirmaba que “la prohibición de confiscatoriedad supone incorporar otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible -sustrato, base o exigencia de toda imposición- so pretexto del deber de contribuir” y que, con ese razonamiento sería “evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100% de la Renta”.

Este ejemplo del TC podría ser un supuesto extremo, en principio, no habría que deducir del mismo que el límite de la no confiscación opere sólo con un tipo de gravamen del 100%. Así, en la STS de 10 de julio de 1999, p. ej., se llegó a anular una

subida de la retención de los rendimientos profesionales (del 15% al 20%), indicando a este respecto que “la norma reglamentaria impugnada ha ido, por tanto, más lejos de la capacidad económica del contribuyente y puede alcanzar efectos confiscatorios en los profesionales de rendimientos más bajos, pues en la medida en que las retenciones rebasan las cuotas del impuesto y obligan a los sujetos pasivos a satisfacerlas acudiendo a recursos diferentes de los rendimientos de su actividad, es manifiesto que quebrantan también el artículo 31.1 de la Constitución Española al producir efectos confiscatorios”. En países de nuestro entorno, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán declaró en 1995 que los impuestos patrimoniales no pueden superar el 50% de la renta dado que “el uso de la propiedad sirve por igual al beneficio privado y al interés nacional”. Es decir, la “solidaridad” tendría, según este Tribunal, como límite la mitad de lo ganado porque de lo contrario pasarías de ser “solidario” a trabajar para los demás.

Recientemente el Tribunal Constitucional en el Auto 69/2018 de 20 Jun. 2018, Rec. 503/2018 afirmó que:

“c) A este respecto, el principio de no confiscatoriedad “obliga a no agotar la riqueza imponible —sustrato, base o exigencia de toda imposición—

so pretexto del deber de contribuir, lo que tendría lugar si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución [el derecho a la propiedad privada]” [SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9; 14/1998, de 22 de enero, FJ 11 B); y 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 23, y AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 6; 120/2008, de 6 de mayo, FJ 1, y 342/2008, de 28 de octubre, FJ 1].

Acerca de este principio también hemos aclarado recientemente que “aunque el art. 31.1 CE haya referido el límite de la confiscatoriedad al “sistema tributario”, no hay que descuidar que también exige que dicho efecto no se produzca “en ningún caso” lo que permite considerar que todo tributo que agotase la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (en sentido parecido, STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ) o que sometiese a gravamen una riqueza inexistente en contra del principio de capacidad económica, estaría incurriendo en un resultado obviamente confiscatorio que incidiría negativamente en aquella prohibición constitucional (art. 31.1CE) (STC 26/2017, FJ 2).

De lo anteriormente expuesto se desprende que el carácter confiscatorio puede ser doble, por una parte, de cada tributo que agotase la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (en sentido parecido STC, 150/1990, de 4 de octubre, FJ9) o que sometiese a gravamen una riqueza inexistente en contra del principio de capacidad económica, (STC 26/2017) y, por otra, si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades”.

Por lo tanto, aunque el sistema tributario, lógicamente, afecta a la propiedad privada, sus figuras no podrían incidir sobre ésta de tal manera que la que dejen sin contenido, en palabras del Tribunal Constitucional “obliga a no agotar la riqueza imponible”. En consecuencia, se plantea si el impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tiene alcance confiscatorio en aquellos supuestos en los que la cuota que se tiene que pagar por el Impuesto es superior al rendimiento que se obtiene. Es decir, si el impuesto, por sí solo, en este supuesto podría vulnerar el principio de interdicción de la confiscatoriedad. También, puede suceder que sobre el rendimiento

que se obtiene sea mayor la cantidad que se abona a las administraciones vía impuestos a la que se queda el contribuyente, siendo en este supuesto preponderante el carácter público de la propiedad sobre el privado, es decir, se vulneraría el art. 31 de la Constitución española y artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La concurrencia de este impuesto con otras figuras tributarias vigentes puede hacer privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades. En efecto, el contribuyente que vende un inmueble, además del impuesto de plusvalía, debe soportar tributar por el IRPF la ganancia obtenida por su transmisión. De este modo, constituye una renta sometida a gravamen del IRPF la obtención de una ganancia patrimonial como consecuencia de la venta de un inmueble. Esta renta se entiende devengada cuando se produce la alteración patrimonial. Con carácter general, la ganancia se determinará por diferencia entre los valores de transmisión y de adquisición. En el presente supuesto, y en todos, el demandante deberá tributar por la citada renta, a lo que hay que sumar el “impuesto de plusvalía”, lo que podría resultar confiscatorio, al destinar a pagar los tributos mayor cantidad que el beneficio obtenido por la transmisión del inmueble.

LA MAIN EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

ENRIQUE GARCÍA LLOVET

Magistrado

Juzgado Contencioso-Administrativo Dos A Coruña

Doctor

Profesor Titular Universidad Derecho Administrativo (Excedente)

Palabras clave: MAIN; Evaluación Normativa; Control Judicial; Regulación

INTRODUCCIÓN: *La Memoria de Análisis de Impacto Normativo, MAIN, se incorpora definitivamente a nuestro ordenamiento por Ley 2/2011, si bien se contemplaba ya respecto de las disposiciones reglamentarias estatales en el RD 1083/2009, hoy derogado por el Real Decreto 931/2017 por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y no es causal que se produzca en un cuerpo normativo que tiene como telos último según su preámbulo*

“incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva, más innovadora, capaz tanto de renovar los sectores productivos tradicionales como de abrirse decididamente a las nuevas actividades demandantes de empleos estables y de calidad” y que se desarrolla en la redacción del Título V de la Ley 59/1997, del Gobierno por la Disposición de Final Tercera de la LRJSP y singularmente la nueva redacción del artículo 26, conviene no ol-

vidar sin embargo primero que la MAIN pretender dar respuesta a demandas bien complejas y que se mueven en múltiples planos que podemos nuclear en una doble exigencia de transparencia y proporcionalidad en la acción de los poderes públicos limitativa de derechos e intereses y que se concreta en lo que ahora interesa en la obligación para todo poder normocreador de motivar racionalmente una disposición general: dar razón transparente de los fines que se persigue con la misma, los objetivos que se pretende alcanzar, los costes públicos y privados y la ponderación de los mismos con los objetivos y todo ello en un procedimiento participativo, la STS de 27 de octubre de 2016 (rec. 929/2014) realiza una síntesis acabada del contenido y las funciones de la MAIN, y segundo que esa vocación de motivar las disposiciones generales es bien anterior en nuestro ordenamiento, aunque sólo sectorialmente obligada, y si bien el antecedente inmediato aunque limitado en razón de su objeto no es otro que la Memoria de Impacto por razón de Género que contemplaba el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, incorporado por el artículo primero de la Ley 30/2003, referido tan sólo a los Proyectos de Ley, en todo caso la exigencia de un informe o memoria de la necesidad y oportu-

nidad y una memoria económica se incorporaban ya como trámites obligados en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias que acogía el artículo 129 de la LPA.

El examen de la doctrina referida al impacto normativo se aborda desde tres planos distintos: el control de la exigencia formal de elaboración de la MAIN y la sanción de nulidad por incumplimiento o insuficiencia de la misma, la constatación de vicios de procedimiento en la elaboración, la MAIN como parámetro de control judicial de la propia disposición general y la Evaluación de Impacto Normativo como objeto del proceso contencioso administrativo.

1. El control formal de la MAIN

El incumplimiento de la obligación de elaborar la MAIN y la derivada nulidad puede conocer escenarios procesales bien diversos, así en primer lugar el debate sobre la exigencia o no de dicha obligación o de alguna de las fases de elaboración de la misma y en concreto el trámite de consulta pública previo a la elaboración del texto de la disposición, un resumen de los resultados de la misma deberá incorporarse a la MAIN, pues la misma no es obligada en situaciones de urgencia o cuando no se produce una afectación significativa de la actividad, no se impone obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales, o el trámite de audiencia mediante la publicación del texto en la página web del que deberá quedar constancia en la MAIN no sólo de las aportaciones recibidas sino también de su reflejo en el texto final de la disposición, artículo 2.1.i) 2º del RD 931/2017 dejando a salvo siempre la libertad de decisión del órgano normocreador, STS de 27 de octubre de 2016 (rec. 929/2014).

La suficiencia de la MAIN tiene como primer parámetro de control si bien que limitado la Guía Meto-

dológica aprobada el 11 de diciembre de 2009, por el Consejo de Ministros de acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1083/2009, ahora Real Decreto 931/2017, y que sistematiza las pautas orientativas para la realización del análisis de impacto normativo y la redacción de la Memoria de los proyectos normativos si bien la Guía no tiene naturaleza normativa sino que es un instrumento metodológico para la elaboración de la Memoria, por lo que su contenido, que se desarrolla con la amplitud necesaria para reflejar todas las posibilidades, habrá de acomodarse al caso concreto de cada proyecto normativo, STS de 27 de octubre de 2016 (rec. 929/2014), pero el control judicial alcanza desde luego a la suficiencia de la MAIN en todos sus contenidos obligados y además a la congruencia de los mismos con los hechos que puedan acreditarse en el litigio así STS de 12 de diciembre de 2016 (rec. 903/2014) por la que se declara la nulidad del RD 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista, que funda dicha nulidad en la

insuficiencia de la Memoria de Impacto Normativo de la citada disposición en lo relativo al análisis de los aspectos económicos y presupuestarios a la vista de los informes solicitados por el Tribunal Supremo como diligencia final a las distintas Comunidades Autónomas.

Y por último conviene no olvidar la naturaleza dinámica de la MAIN que va integrando los informes preceptivos o no que se incorporen al procedimiento y su incorporación a la MAIN puede validar su ausencia material en el trámite de audiencia que contempla el artículo 26.6 de la Ley de 50/1997, SSTS de 16 de marzo de 2017 (rec. 674/2014) y 4 de diciembre de 2017 (rec. 3812/2015), así como en un plano distinto aunque conexo la naturaleza igualmente dinámica del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales lo que comporta que en los distintos trámites de informes preceptivos puedan modificar el contenido de la norma sin que por ello sea obligada una nueva audiencia, así SSTS de 9 de mayo de 2017 (rec. 368/20126) y 30 de octubre de 2017 (rec. 1216/2016).

2. La constatación de vicios de procedimiento. La MAIN abreviada

La MAIN se integra en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales con los contenidos ya referidos pero además la MAIN tiene una funcionalidad complementaria pues la misma ha de recoger el cumplimiento de los trámites preceptivos en la totalidad el procedimiento o en su caso de los motivos que amparan el no cumplimiento de los mismos, así la MAIN se conforma también como Memoria del propio procedimiento de elaboración de la disposición general, debiendo dejar constancia en la misma igualmente de aquellos informes que se entienden innecesarios por no concurrir los presupuestos que contempla para su obligatoriedad, pero los razonamientos en la misma sobre la innecesaridad de alguno o algunos de los Informe preceptivos que admiten excepciones no está exenta de control jurisdiccional, así STS de 15 de marzo de 2019 (rec. 618/2017) y en el mismo orden de razonamiento la opción por la elaboración de una Memoria abreviada conforme contempla el artículo 3 del RD 931/2017 y con anterioridad el RD 1083/2009 puede ser combatida en sede jurisdiccional.

3. La MAIN como parámetro de control judicial de la disposición general

La MAIN al operar como motivación de la disposición general, más allá de la envoltura formal de la misma, ofrece al órgano jurisdiccional un medio singularmente apto para el examen de una denuncia de arbitrariedad al permitirle enjuiciar tal denuncia confrontando los informes obrantes y las conclusiones que alcanza la Memoria y a su vez la misma en sus sucesivas elaboraciones con el texto articulado, la valoración y estudio realizadas por la Administración y la congruencia de la misma, así en ocasiones se transcriben los antecedentes y conclusiones de algunas de las secciones o apartados de la Memoria, STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 378/2017), asumiendo los mismos el órgano jurisdiccional, pero no puede olvidarse que, si bien se reconoce en el ejercicio de la potestad reglamentaria un margen de decisión bien extenso, la interdicción de la arbitrariedad así como el obligado enjuiciamiento desde los principios que han de presidir el proceso regulatorio y que acoge y desarrolla el artículo 129 de la LPAC integran título revocatorio suficiente y basta la lectura del desarrollo de los mismos

para constatar que el instrumento idóneo a disposición del órgano jurisdiccional para abordar dicho examen no es otro que la MAIN.

4. La Evaluación de Impacto Normativo como objeto del proceso contencioso administrativo

La implementación de los principios de buena regulación en la disciplina del ejercicio de la potestad reglamentaria no se agotan con la aprobación de la disposición general sino que lejos de ello y atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad, eficacia y eficiencia y la máxima que de ellos se deriva inmediatamente: toda la regulación pero sólo la regulación necesaria y en la intensidad necesaria y proporcional a los fines el artículo 130 de la LPAC impone una revisión periódica de las normas, que debe permitir depurar el ordenamiento de disposiciones obsoletas, ineficaces o ineficientes, en una ponderación de costes o cargas públicos y privados y el cumplimiento de los fines previsto y alcanzado, o que llanamente no atienden a los precitados principios.

Y se impone así para cada disposición general una evaluación normativa que ha de contemplar

la MAIN fijando su periodicidad así como la obligación de incorporar al Plan Anual Normativo la previsión de las evaluaciones correspondientes, artículo 25.2 de la Ley 50/1997, evaluaciones que han de dar cuenta de la eficacia de la norma medida en términos de consecución de los fines pretendidos con su aprobación, eficiencia tomando en consideración las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias y sostenibilidad de la disposición artículo 28.2 de la Ley 50/1997, previsiones que se desarrollan respecto de la Administración General del Estado en lo que atiene al contenido de la Evaluación en el Real Decreto 286/2017 por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa y en lo que atiene a su incorporación a la MAIN en el artículo 2.1.j) del RD 931/2017.

La exigencia de Evaluación Normativa de las disposiciones generales plantea inmediatamente diversos escenarios de pretensiones, así desde la impugnación de la disposición general combatiendo la insuficiencia de la MAIN por no contemplar dicha Evaluación Normativa, no fijar pla-

zo o periodicidad o los objetivos y fines a tomar en consideración en esa evaluación, o bien una pretensión de condena a la Administración a incorporar al Plan Anual Normativo la evaluación de una o varias disposiciones generales por vencer el plazo que las Memorias contemplaban para dicha evaluación, hasta el incumplimiento del Plan Anual Normativo por inejecución del mismo al no haberse realizado la evaluación de una o varias normas cuya evaluación se contemplaba en el mismo y en estos dos últimos escenarios la acción a ejercitar bien puede ampararse en el artículo 29 de la LJCA pero más allá incluso puede plantearse de una pretensión de revocación de la disposición general al acreditar la Evaluación Normativa la ineficacia de la misma o la ineficiencia atendiendo al grado o nivel cumplimiento de objetivos y los costes públicos y/o privados que impone o toman causa de la regulación, el orden de motivación de una eventual sentencia estimatoria opera desde la secuencia: principios de la regulación/interdicción de la arbitrariedad; pero en tanto que esa secuencia se proyecta no sobre la norma sino sobre la eficacia de la misma en puridad nos encontraríamos ante un supuesto de invalidez sobrevenida, debiendo de notarse en orden acotar una hipotética estimación de una

pretensión de esta naturaleza que al juez contencioso le está vedada la función normocreadora, dogma secular en nuestro ordenamiento y que acoge de nuevo el artículo 71.2 de la LJCA, pero si releemos esa prohibición “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados” bien parece posible extender la doctrina de la reducción a cero de la discrecionalidad que ampara una facultad de sustitución del juez contencioso en el contenido de actos discrecionales para alcanzar idéntico apoderamiento en aquellos escenarios en los que la Evaluación Normativa impusiera una y sólo una opción reguladora.

STS de 9 de mayo de 2017 (rec. 368/20126)

STS de 30 de octubre de 2017 (rec. 1216/2016)

STS de 4 de diciembre de 2017 (rec. 3812/2015)

STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 378/2017)

STS de 15 de marzo de 2019 (rec. 618/2017)

JURISPRUDENCIA

STS de 27 de octubre de 2016 (rec. 929/2014)

STS de 12 de diciembre de 2016 (rec. 903/2014)

STS de 16 de marzo de 2017 (rec. 674/2014) y