

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

**SISTEMA DE FUENTES  
DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

La dirección de la Administración  
a través del Derecho

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

	Pág.
<b>ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>NOTA PREVIA</b> .....	11
<b>PRESENTACIÓN. EL DERECHO COMO UNA DE LAS FORMAS DE DIRIGIR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA; Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DECISIÓN RELATIVA A QUIÉN PUEDE DIRIGIR JURÍDICAMENTE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN</b> .....	13
<b>CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .....	17
1. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CREACIÓN Y APLICACIÓN DE DERECHO .....	17
2. LA CONSTITUCIÓN COMO <i>PROGRAMA</i> PARA LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO E <i>INTERFAZ</i> PARA LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE SISTEMAS EXTERNOS. LA (SOLO) RELATIVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES .....	20
3. LA DISOLUCIÓN DE LA ESTATALIDAD DEL SISTEMA DE FUENTES .....	21
4. ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL DE LA NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA .....	23
4.1. La proyección del principio de territorialidad sobre el ámbito de vigencia de las normas jurídico-administrativas .....	23
4.2. La ruptura del territorio nacional como límite al ámbito de vigencia de las normas a través del principio europeo de reconocimiento mutuo...	27
4.3. El fracaso del intento de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de 2013 de imponer el principio de eficacia nacional de las normas y actos de las Comunidades Autónomas .....	30
5. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS NORMAS .....	33
5.1. Presentación: entrada en vigor, derogación y Derecho intertemporal ...	33
5.2. La publicación, la <i>vacatio legis</i> y la entrada en vigor de las normas .....	35

	Pág.
6. PROHIBICIONES O LÍMITES EN RELACIÓN CON LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS .....	40
6.1. Presentación: el tratamiento constitucional de la retroactividad ha simplificado un problema doctrinal casi irresoluble.....	40
6.2. La descripción constitucional de la retroactividad: tópicos con fuerza de convicción, no conceptos con perfiles dogmáticos definidos .....	42
6.3. La retroactividad en el art. 2.3 del Código Civil .....	43
6.4. El contenido de los cuatro preceptos constitucionales relativos a prohibiciones o límites en relación con la retroactividad de las normas ....	44
6.4.1. Un derecho fundamental a la irretroactividad.....	45
6.4.2. La regla constitucional que prohíbe la retroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE).....	45
6.4.3. El principio de protección de la confianza legítima [art. 9.3 CE (seguridad jurídica)] como límite a la retroactividad.....	47
6.4.3.1. Contenido del precepto.....	47
6.4.3.2. Retroactividad (de norma con rango legal) contraria al principio de protección de la confianza: ¿inconstitucionalidad o responsabilidad patrimonial del Estado legislador? .....	50
6.4.4. La garantía constitucional de la propiedad y de la expropiación forzosa (art. 33 CE) como regla especial frente a la prohibición (derrotable) de retroactividad derivada del principio de protección de la confianza [art. 9.3 CE (seguridad jurídica)].....	54
6.4.4.1. La regulación de los arts. 33.2 CE (función social) y 33.3 CE (expropiación) desplaza los límites a la retroactividad para las situaciones patrimoniales protegidas por el art. 33.1 CE .....	54
6.4.4.2. Tres tópicos constitucionales sobre la distinción entre la regulación restrictiva de la propiedad para el futuro y la expropiación de situaciones jurídicas patrimonializadas .....	57
6.5. La retroactividad de los reglamentos .....	60
7. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LAS NORMAS .....	62
7.1. Planteamiento.....	62
7.2. La derogación de las normas.....	67
7.3. La pérdida de vigencia de la norma por su declaración de nulidad.....	67
7.3.1. Validez de las normas, causas de nulidad y vías procesales para su declaración .....	67
7.3.2. Los efectos de la declaración de nulidad de las normas.....	69
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. CRITERIOS PARA LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES INTERNORMATIVAS: JERARQUÍA, COMPETENCIA, PREVALENCIA, SUPLETORIEDAD Y PRIMACÍA APLICATIVA .....</b>	<b>79</b>
1. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA .....	79
2. LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE NORMAS CONFORME AL DENOMINADO PRINCIPIO DE COMPETENCIA .....	86
3. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL SOBRE EL AUTONÓMICO (ART. 149.3 CE) .....	92

	Pág.
4. LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL (ART. 149.3 CE) .....	99
5. LA PRIMACÍA APLICATIVA PARA LAS NORMAS DE SISTEMAS EXTERNOS (ARTS. 93 Y 96 CE) .....	103
<b>CAPÍTULO TERCERO. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNO</b> .....	107
1. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN .....	107
2. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LEY. LA LEY CONCRETA Y SINGULAR .....	110
3. LA LEY ORGÁNICA .....	113
4. EL DECRETO LEGISLATIVO .....	116
5. EL DECRETO-LEY .....	119
6. EL REGLAMENTO .....	123
6.1. Idea general: interpretar sobria y estrictamente la regulación positiva constitucional y legal de la potestad reglamentaria .....	123
6.2. La reserva de ley como estándar constitucional mínimo de dirección de la actividad administrativa por la ley, y como criterio de ordenación constitucional de la relación entre la ley y el reglamento. La reserva legal de ley .....	127
6.3. La potestad reglamentaria del ejecutivo estatal y autonómico .....	129
6.4. El poder normativo municipal .....	131
6.5. Las normas de las corporaciones de Derecho público .....	133
7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS Y LA EVALUACIÓN NORMATIVA .....	136
7.1. Introducción: mejor información para regular mejor .....	136
7.2. El procedimiento administrativo de aprobación de las normas, en especial de los reglamentos .....	140
7.3. La evaluación normativa .....	145
<b>CAPÍTULO CUARTO. OTRAS PIEZAS DEL SISTEMA DE FUENTES</b> .....	149
1. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	149
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	150
3. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA .....	153
4. EL <i>SOFT LAW</i> ADMINISTRATIVO. INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO. NORMAS TÉCNICAS DE ORIGEN PRIVADO .....	157
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	165
<b>ÍNDICE ANALÍTICO</b> .....	177

## NOTA PREVIA

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 inauguró un nuevo método para la construcción del sistema de fuentes del Derecho administrativo. Durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, los años de la «constitucionalización» del Derecho administrativo, como consecuencia, sobre todo, de la existencia de una jurisdicción constitucional, surgieron magníficas exposiciones del sistema de fuentes que, en gran medida, tenían como destinatarios tanto a los juristas del ámbito del Derecho constitucional como del administrativo. Desde los años ochenta del siglo xx, una serie de fenómenos sociales, políticos, económicos y jurídicos han modificado profundamente ese sistema. Los conceptos de globalización, internacionalización y europeización, por ejemplo, identifican el origen de numerosos y fundamentales cambios en las fuentes del Derecho administrativo, cuya complejidad se ha acentuado de forma notable. En el ordenamiento jurídico-administrativo interactúan progresivamente con mayor normalidad y frecuencia normas procedentes de diversos sujetos o sistemas (tratados internacionales, Derecho de la Unión Europea, estatal, autonómico y local), lo que obliga, por ejemplo, a prestar atención más detallada a los diversos criterios de ordenación de las relaciones entre normas (jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad y primacía aplicativa).

En esta obra se presenta un sistema de fuentes del Derecho administrativo del que forman parte cuestiones clásicas (la derogación o la retroactividad de las normas), temas nuevos (el *soft law* o la evaluación normativa) y temas viejos tratados con planteamientos modernos (el ámbito de vigencia territorial de las norma jurídico-administrativa y el principio europeo de reconocimiento mutuo, por ejemplo). Una parte del trabajo ha sido ya publicada en el volumen I del *Tratado de Derecho administrativo* (2021) que coordino con Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez. Es nuevo el contenido de los §§ 22-63 (la norma jurídico-administrativa en el tiempo y en el espacio), 127-170 (la pérdida de vigencia de las normas), 286-291 (normas corporativas) y 293-318 (procedimiento de elaboración de las normas y evaluación normativa). Cuando alguna otra parte procede sustancialmente de una publicación anterior se da la información pertinente a pie de página.

A lo largo de la obra se presta especial atención a la jurisprudencia constitucional sobre fuentes del Derecho. El 26 de enero de 2021 se cumplió el cuarenta aniversario de la primera sentencia del Tribunal Constitucional, donde yo tuve el honor de trabajar como letrado con el magistrado Javier Delgado Barrio de 2002 a 2006. Quisiera que este libro fuera un modesto homenaje a ese tribunal en el que pasé algunos de los mejores años de mi vida profesional.

## PRESENTACIÓN

# EL DERECHO COMO UNA DE LAS FORMAS DE DIRIGIR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DECISIÓN RELATIVA A QUIÉN PUEDE DIRIGIR JURÍDICAMENTE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *El Derecho es una de las formas de dirigir la actividad de la Administración, pero no es la única*<sup>1</sup>. Piénsese en el siguiente ejemplo. Tras unas elecciones municipales, un partido político de reciente creación y que ha obtenido unos resultados inesperadamente positivos, con el apoyo de otro partido tradicional que estaba en la oposición empieza a gobernar en un municipio de gran población. En los primeros meses del nuevo consistorio, debido a la alta contaminación, la Junta de Gobierno adopta en varias ocasiones medidas extraordinarias de restricción parcial del tráfico, de prohibición del estacionamiento de vehículos y de limitación de la velocidad en una parte del término municipal (actuación A). En el mismo periodo, la Junta de Gobierno decide, también, reservar dos importantes vías públicas, antes de denso tráfico rodado, como zona peatonal y carril bici (actuación B). Y cuando llegan las navidades, el mismo órgano municipal decide modificar el contenido temático de la tradicional cabalgata de Reyes (actuación C).

Una asociación de automovilistas interpone recurso contencioso-administrativo frente a la actuación A (contra la contaminación), densamente regulada en una ordenanza municipal<sup>2</sup>, pero el recurso es desestimado. Frente a la actua-

---

<sup>1</sup> Sobre la idea de la dirección (*Steuerung*) como uno de los elementos metodológicos centrales de la denominada (en el panorama académico alemán) «Nueva Ciencia del Derecho administrativo», por ejemplo, Andreas VOSSKUHLE (2006), «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I, München, C. H. Beck, pp. 20-26. Una crítica general a esa corriente metodológica alemana se encuentra en Rainer WAHL (2013), *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, pp. 139-148; otra, más concreta, en Luis MEDINA ALCOZ (2016), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, pp. 236-238.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, el art. 88 bis de la Ordenanza de movilidad para la Ciudad de Madrid de 26 de septiembre de 2005.

ción B (zona peatonal) (que solo cuenta con una programación estratégica en un plan de movilidad urbana sostenible) se promueve un enérgico movimiento de protesta ciudadana. Después de encendidos debates en el pleno municipal, el partido tradicional que apoya el gobierno del partido de nueva creación, y que teme perder votos en las próximas elecciones, amenaza con retirar ese apoyo si no se revoca la actuación B, que, finalmente, se deja sin efecto. La actuación C (cabalgata de Reyes) provoca que disminuya la participación de asociaciones privadas en la cabalgata y, en consecuencia, las modificaciones previstas tienen que reducir su alcance, pues la correspondiente partida presupuestaria no permite realizar al ayuntamiento por sí solo el cambio pretendido.

2. La actuación A (contra la contaminación) tiene un elemento político, sin duda, pero está dirigida y controlada fundamentalmente por el Derecho. La actuación B (zona peatonal) no cuenta apenas con regulación jurídica (partamos de ese supuesto en un determinado municipio) y ha sido dirigida y controlada por medios de la política democrática. La actuación C (cabalgata), también de corte político y sin marco jurídico regulador, se ha visto limitada por la dirección de la actividad administrativa a través de los presupuestos. *Política, Derecho y presupuestos han sido formas tradicionales de dirigir (y dotar de legitimidad democrática a) la actividad administrativa* que cuentan con un reconocimiento constitucional: el Gobierno dirige (también políticamente) la Administración (art. 97 CE); la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE); y lo que gasta la Administración debe ser autorizado por el Parlamento a través de los presupuestos (arts. 66.1 CE en relación con el 134.2 CE). La reforma constitucional del art. 135 CE en 2011<sup>3</sup> ha acentuado extraordinariamente el peso de la dirección de la actividad de la Administración también por la economía: desde entonces, puros datos económicos, como el producto interior bruto, el déficit público o el volumen de deuda pública, dirigen rigurosamente la actuación administrativa, a través del «principio de estabilidad presupuestaria» (art. 135.1 CE)<sup>4</sup>.

3. Elegir *el Derecho* como forma de dirigir la actividad de la Administración significa valerse de una serie de técnicas o instrumentos articulados, precisamente, para garantizar el sometimiento de la actividad administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Por lo pronto, significa que la actuación administrativa regulada por el Derecho se somete al *control judicial* (art. 106.1 CE). En la misma medida en que el Derecho dirige la actuación administrativa, aquel ofrece a los órganos judiciales parámetros para controlar las decisiones de la Administración. Los tribunales solo controlan la *legalidad* de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), no la dirección de la actividad de la Administración a través de criterios de otro tipo, como los políticos, técnicos o, en general, de oportunidad. La dirección *jurídica* (a través del Derecho) de las decisiones administrativas permite a los órganos judiciales no solo declarar la conformidad o disconformidad a Derecho de aquellas, sino también imponer forzosamente la decisión judicial dictada en ejercicio de la función de control de la actividad de la Administración (arts. 103 y ss. LJCA). El ordenamiento jurídico-administrati-

---

<sup>3</sup> Reforma del art. 135 de la Constitución Española de 27 de septiembre de 2011, desarrollada a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

<sup>4</sup> Sobre esto, por ejemplo, María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (2020), «El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su jurisdicción», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2, pp. 161-206.

vo regula qué sanción reciben las decisiones administrativas contrarias al Derecho [invalidez: nulidad de pleno Derecho (art. 47 LPAC) o anulabilidad (art. 48 LPAC)]; identifica quién está legitimado para poner en movimiento el proceso de control judicial de la actividad administrativa (art. 19 LJCA); establece las vías para devolver, en la medida de lo posible, la situación de un afectado por la ilegal actuación administrativa al estadio anterior a la infracción jurídica, como si nada hubiera pasado (tutela primaria o restitutoria); y, si esa actuación ha causado un daño, los requisitos para su reparación (tutela secundaria o resarcitoria, art. 106.2 CE)<sup>5</sup>, etc. Dirigir la actividad de la Administración a través del Derecho implica, en definitiva, valerse para esa dirección de estos y otros instrumentos de sometimiento de la actividad administrativa a los parámetros jurídicos establecidos por el órgano competente para ello.

4. Hablar de las *fuentes del Derecho administrativo* es, por tanto, hablar de quién puede elegir y utilizar el Derecho como forma de dirigir la actividad de la Administración; o, expresado de otra manera, *quién puede imponer a la Administración sus decisiones como mandatos jurídicos*, que desencadenan todas las consecuencias de aquellos (control judicial, invalidez de la actuación disconforme, etc.). La Constitución impone que haya un mínimo de regulación por el legislador de la actividad administrativa en un largo listado de materias (reserva de ley, *infra*, §§ 272-276); aunque, cubierto ese mínimo que impone la reserva de ley, el legislador estatal puede regular la actividad de la Administración estatal con la densidad normativa adicional que quiera (*infra*, § 275); en algunas materias las decisiones del legislador deben contar con un especial grado de consenso (ley orgánica, *infra*, § 245); el Gobierno también puede dirigir *jurídicamente* la actividad de la Administración a través del reglamento (por cierto, más regulado como fuente del Derecho en la propia ley que en la Constitución, § 264); las fuentes de la Unión Europea determinan la conducta de la Administración (medioambiental, por ejemplo) con primacía con respecto a las fuentes del Derecho administrativo interno (§§ 225-227), etc. De todas estas cuestiones (y de otras) se debe ocupar un estudio de las fuentes del Derecho administrativo, que es —por lo dicho— un estudio relativo a una peculiar y eficaz forma de dirigir la actuación administrativa.

5. Caer en la cuenta de que hay otras formas de dirigir a la Administración (no solo el Derecho) no obliga a ampliar el contenido del sistema de fuentes<sup>6</sup>. *No es fuente del Derecho todo lo que tiene eficacia directiva de la Administración*. Se repite lo que ya se ha dicho al principio: el Derecho es una de las formas de dirigir la actividad de la Administración, pero no es la única. Por ejemplo, unos criterios políticos impuestos a los cargos subordinados por un ministro (en el marco de indeterminación que deja una norma) a través de una instrucción u orden de servicio (art. 6 LRJSP) no son fuente del Derecho (*infra*, § 344), aunque puedan tener una eficaz fuerza directiva. No se trata de analizar aquí quién puede dirigir la actividad de la Administración, sino quién puede hacerlo con las formas del Derecho.

<sup>5</sup> Sobre estos conceptos, por ejemplo, Silvia Díez Sastre (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 69 y ss.

<sup>6</sup> Confuso sobre este punto, Matthias Ruffert (2006), «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann y Andreas Voßkuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I, München, C. H. Beck, pp. 1098-1100 y 1125-1126.

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

**SUMARIO:** 1. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CREACIÓN Y APLICACIÓN DE DERECHO.—2. LA CONSTITUCIÓN COMO PROGRAMA PARA LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO E INTERFAZ PARA LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE SISTEMAS EXTERNOS. LA (SOLO) RELATIVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES.—3. LA DISOLUCIÓN DE LA ESTATALIDAD DEL SISTEMA DE FUENTES.—4. ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL DE LA NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.—4.1. *La proyección del principio de territorialidad sobre el ámbito de vigencia de las normas jurídico-administrativas.*—4.2. *La ruptura del territorio nacional como límite al ámbito de vigencia de las normas a través del principio europeo de reconocimiento mutuo.*—4.3. *El fracaso del intento de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de 2013 de imponer el principio de eficacia nacional de las normas y actos de las Comunidades Autónomas.*—5. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS NORMAS.—5.1. *Presentación: entrada en vigor, derogación y Derecho intertemporal.*—5.2. *La publicación, la vacatio legis y la entrada en vigor de las normas.*—6. PROHIBICIONES O LÍMITES EN RELACIÓN CON LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS.—6.1. *Presentación: el tratamiento constitucional de la retroactividad ha simplificado un problema doctrinal casi irresoluble.*—6.2. *La descripción constitucional de la retroactividad: tópicos con fuerza de convicción, no conceptos con perfiles dogmáticos definidos.*—6.3. *La retroactividad en el art. 2.3 del Código Civil.*—6.4. *El contenido de los cuatro preceptos constitucionales relativos a prohibiciones o límites en relación con la retroactividad de las normas.*—6.4.1. *Un derecho fundamental a la irretroactividad.*—6.4.2. *La regla constitucional que prohíbe la retroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE).*—6.4.3. *El principio de protección de la confianza legítima [art. 9.3 CE (seguridad jurídica)] como límite a la retroactividad.*—6.4.4. *La garantía constitucional de la propiedad y de la expropiación forzosa (art. 33 CE) como regla especial frente a la prohibición (derrotable) de retroactividad derivada del principio de protección de la confianza [art. 9.3 CE (seguridad jurídica)].*—6.5. *La retroactividad de los reglamentos.*—7. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LAS NORMAS.—7.1. *Planteamiento.*—7.2. *La derogación de las normas.*—7.3. *La pérdida de vigencia de la norma por su declaración de nulidad.*—7.3.1. *Validez de las normas, causas de nulidad y vías procesales para su declaración.*—7.3.2. *Los efectos de la declaración de nulidad de las normas.*

#### 1. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CREACIÓN Y APLICACIÓN DE DERECHO

6. Debe entenderse por *norma jurídico-administrativa* todo *criterio jurídico de decisión* impuesto a la Administración por alguna de las fuentes reconocidas en el sistema<sup>1</sup>. Que sea jurídico significa que para imponer ese criterio decisorio se utilizarán los instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-administrativo —conforme a lo que se ha dicho— se vale para la dirección jurídica de la

---

<sup>1</sup> La definición (*rechtliche Entscheidungsmaßstab*), aunque no referida, en concreto, a la actuación administrativa, es de Franz REIMER (2016), *Juristische Methodenlehre*, Baden-Baden, Nomos, p. 29.

Administración: la sanción de invalidez de los actos contrarios<sup>2</sup>, su utilización como parámetro del control judicial de la actividad de la Administración, etc. Si una norma de ese ordenamiento prevé que una directiva de actuación que se impone a la Administración no será utilizada como criterio de validez del acto que la contradiga, como hace, por ejemplo, el art. 6.2 LRJSP para las instrucciones y órdenes de servicio, parece que se está disponiendo con ello que el sistema no reconozca esa forma como fuente del Derecho.

7. Los ordenamientos jurídico-públicos de la Europa continental (desde luego, es el caso del español) parten de la diferencia categorial o cualitativa entre *creación de Derecho* (por la *norma*) y *aplicación de Derecho* (por el *acto*). No ha cristalizado en el Derecho positivo la tesis kelseniana de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, que niega esa diferencia. En la línea descendente que, por ejemplo, parte de la Constitución y, pasando por la ley estatal de régimen del suelo, la ley autonómica de urbanismo y el plan urbanístico, llega a la licencia de obras, esa tesis de la construcción escalonada descubriría en todos los escalones creación y aplicación del Derecho en relación de progresiva concreción<sup>3</sup>. Si acaso, se destacaría que en la dirección ascendente va ganando peso (en una relación solo gradual)<sup>4</sup> la libertad creativa, y en la descendente la vinculación aplicativa. Pero en ningún punto de la escalera hay una cesura. La tesis mayoritaria descubre en esa línea, sin embargo, un proceso de progresivo desarrollo normativo (de creación de Derecho), que va de la Constitución al plan urbanístico, y un salto cualitativo entre el plan urbanístico (que todavía sigue siendo considerado mayoritariamente como una norma administrativa)<sup>5</sup> y la licencia de obras, que es el primer acto de aplicación del Derecho.

8. El órgano competente para *crear Derecho* delimita nuevos supuestos de hecho normativos (en su caso, desglosando los de otras normas que son objeto de desarrollo) para vincularles consecuencias jurídicas<sup>6</sup>. *Aplicar el Derecho*, por su parte, supone resolver un caso real conforme a las previsiones de un programa normativo dado: vincular para un caso que puede subsumirse en el supuesto de hecho de una norma la consecuencia jurídica que esa regla establece para aquel supuesto de hecho<sup>7</sup>. Es cierto que, si la norma aplicada reconoce a la Administración algún tipo de discrecionalidad, el órgano administrativo tendrá

<sup>2</sup> Así, Santiago MUÑOZ MACHADO (2006), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. II, Madrid, BOE, p. 25.

<sup>3</sup> Véase Hans KELSEN (1960), *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, Mohr Siebeck, pp. 418 y ss.

<sup>4</sup> Así, *ibid.*: 422.

<sup>5</sup> Últimamente varios autores han sostenido la tesis de que hay decisiones resolutivas (actos) y decisiones normativas en el plan urbanístico. Así, por ejemplo, José María BAÑO LEÓN (2009), *Derecho Urbanístico Común*, Madrid, Iustel, p. 129; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, pp. 159-162, y Luciano PAREJO ALFONSO (2017), «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza», *Práctica urbanística. Revista mensual de urbanismo*, núm. 144. La tesis la sostuvo hace ya más de cuarenta años Adolfo CARRETERO PÉREZ (1970), «Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 16, pp. 87 y ss.

<sup>6</sup> Comparto, en gran medida, la tesis expuesta sobre esta cuestión clave por José Luis MEILÁN GIL (2018), «La distinción acto-norma», en José Luis MEILÁN GIL y Marta GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Madrid, Iustel, pp. 97 y ss., que utiliza el criterio (para la norma) de la «innovación del ordenamiento jurídico»: «creación o modificación del Derecho», «la norma como fuente del Derecho», «su fuerza de innovar», la norma introduce «alguna novedad objetiva», etcétera.

<sup>7</sup> Sobre la diferencia entre norma y acto, por ejemplo, Alfredo GALLEGO ANABITARTE *et al.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 29 y ss.

que completar en sede aplicativa, con sus propios criterios, el margen de indeterminación<sup>8</sup>, pero eso no significa crear una norma vinculante para el futuro<sup>9</sup>.

**9.** Desde luego, la línea conceptual que separa la norma del acto no es aquella según la cual la norma es abstracta y general y el acto concreto y singular. Por lo pronto, el Derecho positivo conoce actos que tienen como destinatarios una pluralidad indeterminada de personas [arts. 45.1.a) y 117.5 LPAC].

Puede, obviamente, crearse Derecho a través de normas abstractas y generales. El calificativo «abstracta» se refiere a una *estructura del supuesto de hecho* que permite la subsunción de indeterminados casos reales en el futuro; y el adjetivo «general» alude a los *destinatarios* de la norma. Pero, como se explicará más adelante con detalle (§§ 238-242), el legislador también puede crear Derecho a través de normas concretas (con un supuesto de hecho bajo el que se subsume un solo caso real o algunos determinados) y/o singulares (un solo destinatario o varios determinados). La propia Constitución prevé normas de este tipo: el Gobierno necesita de una concreta ley autorizatoria (creadora de la competencia) para emitir deuda pública (art. 135.3 CE). Otro ejemplo: cuando se constata que un grupo de concretos afectados por la rotura de la presa de Tous no ha recibido indemnización en aplicación de la ley abstracta y general, el legislador crea un supuesto de hecho en el que se subsumen esos afectados y vincula a él la consecuencia jurídica del derecho a recibir una compensación<sup>10</sup>. Se ha creado Derecho (no se ha aplicado ninguna norma previa) de forma concreta y singular.

**10.** El ejecutivo también puede, en alguna ocasión, dictar normas concretas y singulares. Es el caso, por ejemplo, de la calificación urbanística de una finca (atribución de uso, intensidad y tipología edificatoria) perteneciente a un propietario. Si se acepta que esa decisión del plan tiene carácter normativo<sup>11</sup>, es necesario concluir que, además, la norma resultante es concreta y singular. Debe aceptarse, no obstante, que, salvo previsión legal expresa, la idea de que el ejecutivo se separe de una regulación abstracta y general para crear Derecho de forma concreta y singular es contraria al principio que está detrás de la regla que establece la inderogabilidad singular de las disposiciones de carácter general (art. 37.1 LPAC). Es cierto que el art. 37.1 LPAC se refiere literalmente a la relación entre actos y disposiciones de carácter general, pero la *ratio* prohibitiva se deja extender con naturalidad para impedir que el bloque Gobierno-Administración cree normas particulares, que equivaldrían al privilegio del Antiguo Régimen<sup>12</sup>.

**11.** La jurisprudencia utiliza para trazar la mencionada distinción el denominado *criterio ordinalista*<sup>13</sup>: la norma «forma parte del ordenamiento y

<sup>8</sup> Así, Mariano BACIGALUPO (1997), *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, tesis doctoral, Madrid, UNED, pp. 188 y ss.

<sup>9</sup> Por eso dice BACIGALUPO (*ibid.*: 184) que el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración es una tarea «materialmente *normativa*» (cursiva original).

<sup>10</sup> Véase la disposición adicional decimocuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Otro buen ejemplo reciente de norma concreta y singular es el Real Decreto-ley 6/2014, de 11 de abril, por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada «Aznalcóllar».

<sup>11</sup> Esa es mi opinión. Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 160-162).

<sup>12</sup> Sobre esto véase GALLEGO ANABITARTE *et al.* (2001: 34) y Juan Antonio CHINCHILLA (2016), «Actos administrativos: forma, validez y eficacia», en Francisco VELASCO (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales: la aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Madrid, Instituto de Derecho Local, pp. 104-105.

<sup>13</sup> Otros criterios utilizados por la jurisprudencia en MEILÁN GIL (2018: 86-95).

el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del ordenamiento jurídico»<sup>14</sup>. Así expresada, la tesis tiene algo de petición de principio<sup>15</sup>. Si lo que se quisiera decir es que la norma, por definición, permanece en el ordenamiento para su aplicación repetida en el futuro<sup>16</sup>, no puede aceptarse el criterio, que desconoce que hay leyes (normas) que solo serán aplicables a un caso singular.

**12.** Que es necesario un criterio dogmáticamente correcto (y manejable en la práctica) de distinción entre norma y acto lo ponen de manifiesto las numerosas reglas de la legislación jurídico-administrativa que vinculan importantes consecuencias a una u otra calificación jurídica<sup>17</sup>: las normas administrativas no pueden ser recurridas en vía administrativa (art. 112.3 LPAC), contra los actos siempre cabe interponer o recurso de alzada o de reposición (art. 112.1 LPAC); el acto deviene firme e inatacable si transcurre el plazo del recurso procedente sin que este se formule, la disposición administrativa siempre podrá atacarse por la vía del recurso indirecto (art. 26 LJCA); los actos normalmente se notifican, aunque, a veces, deben publicarse (arts. 40-46 LPAC), la publicación de las normas es una exigencia constitucional (art. 9.3 CE), etc. Sería ridículo negar que, en algunos casos (planes, relaciones de puestos de trabajo, convocatorias, medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria durante la pandemia de covid-19, etc.), la calificación en uno u otro sentido exige sofisticadas argumentaciones<sup>18</sup>.

## **2. LA CONSTITUCIÓN COMO PROGRAMA PARA LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO E INTERFAZ PARA LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE SISTEMAS EXTERNOS. LA (SOLO) RELATIVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES**

**13.** Las normas de Derecho interno son válidas en la medida en que hayan sido elaboradas por unos sujetos, se hayan observado unos procedimientos y se hayan respetado unos contenidos materiales regulados por la Constitución, directamente o con la mediación de otras normas que se dejan reconducir a aquella<sup>19</sup>. La Constitución contiene, así, el «programa» (la «secuencia de instrucciones», si se admite la imagen informática) que determina la *validez o invalidez* de las normas del poder público español. La Constitución, sin embargo, no se ocupa de la validez de normas pertenecientes a sistemas externos, como los tratados internacionales o las normas del Derecho de la Unión Europea, que

<sup>14</sup> Por todas, SSTS de 13 febrero 2001 (rec. núm. 840/2000), 20 de febrero de 2001 (rec. núm. 1040/2000), 10 de julio de 2013 (rec. núm. 2598/2012), FD 4.º, y 4 de abril de 2017 (rec. núm. 2067/2015), FD 2.º

<sup>15</sup> De forma parecida, Francisco VELASCO CABALLERO (2017), «El acto administrativo: concepto, clases y contenido», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1765.

<sup>16</sup> Así, aunque referida la expresión solo a los reglamentos y no a las leyes, Manuel REBOLLO PUIG (2017), «La potestad reglamentaria», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (dirs.), *Derecho administrativo. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, t. I, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, p. 226.

<sup>17</sup> Sobre esto, Marta GARCÍA PÉREZ (2018), «El régimen jurídico de las normas y actos administrativos», en José Luis MEILÁN GIL y Marta GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Madrid, Iustel, pp. 149 y ss.

<sup>18</sup> Sobre esto, con muchos ejemplos y abundante jurisprudencia, MEILÁN GIL (2018: 47-147). Véase también GALLEGO ANABITARTE *et al.* (2001: 33) y REBOLLO PUIG (2017: 226).

<sup>19</sup> Así, Juan Luis REQUEJO PAGÉS (2016), *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK, p. 128.