

EL CARÁCTER ESTRUCTURAL DE LA NORMA Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

THE STRUCTURAL NATURE OF THE NORM AND THE ADMINISTRATIVE ACT

José Luis MEILÁN GIL*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo el poner de relieve al acto administrativo generado mediante la potestad administrativa del ejecutivo, y por otro lado, la dificultad de atender las demandas sociales exige que el Parlamento necesite de una potestad normativa proveniente del Poder ejecutivo. La norma administrativa forma parte del ordenamiento jurídico y no se reduce a un único reglamento, sino que se desarrolla en otras disposiciones, dependiendo del tema a regular. El acto administrativo, es en cambio, la aplicación de la norma y es por esto mismo que resulta arduo comprobar cuando se está ante un desarrollo o ante una aplicación. Las consecuencias son diferentes, y están reconocidas en los ordenamientos con mayor o menor claridad. En el caso español es patente y en ese sentido se toma como referencia.

PALABRAS CLAVE: potestad administrativa; acto administrativo; normas administrativas; normas complementarias; normas reglamentarias.

ABSTRACT: The objective of this article is to highlight the administrative act generated by the administrative power of the executive, and on the other hand, the difficulty of meeting social demands requires that Parliament needs a normative authority from the executive power. The administrative standard is part of the legal system and is not reduced to a single regulation, but is developed in other provisions, depending on the subject to regulate. The administrative act, however, is the application of the norm and it is for this very reason that it is hard to see when a development or an application is being faced. The consequences are different, and they are recognized in the ordinations with greater or lesser clarity. In the Spanish case is patent and in that sense is taken as a reference.

KEYWORDS: administrative power; administrative act; administrative standards; supplementary standards; regulations.

*Catedrático de Derecho administrativo, miembro de la Comisión General de Codificación, de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, ex Consejero de Estado en España. Contacto: <meilan@udc.es>. Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 10 abril de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 268, Mayo-Agosto 2017

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El ordenamiento jurídico español*. III. *El Derecho de la Unión Europea*. IV. *Rulemaking y adjudication en el Derecho americano*. V. *Dificultad e importancia de la distinción*. VI. *Criterio de la distinción entre norma y acto*. VII. *Problemática en la identificación de la diferencia* VIII. *Reflexión conclusiva*.

I. PLANTEAMIENTO

A estas alturas no ofrece duda admitir que el Derecho administrativo es un *ius commune*.¹ Sus categorías no tienen que ser construidas desde el Derecho civil. El Derecho administrativo no opera solo con la ley sino también con normas de rango inferior y se aplica mediante actos administrativos con fuerza de imponerse a los ciudadanos. La Administración pública tiene potestades para realizar su misión de servir a los intereses generales, que son “rara avis” en el Derecho privado, dominado por la autonomía de la voluntad.

“El Gobierno de las leyes” es insuficiente. No es cuestión de seguir ahora la pista de lo que explica la dualidad ley-reglamento, de subrayar la vertiente constitucional y política que subyace en esa distinción y su correlación con la estructura estatal de la división de poderes”.² Ese par conceptual refleja la evolución del Estado en la Europa continental de los siglos XIX y XX. Pero el singular acuñado por Jellinek en 1887 en su celebrado libro *Gesetz und Verordnungen* no es ya suficiente. De un lado el tradicionalmente poder ejecutivo o gobierno no puede limitarse a aplicar la ley en supuestos concretos. A esa finalidad responde, en último término, el acto administrativo.³ De otro, la dificultad de atender a las crecientes demandas de la sociedad y su variabilidad han hecho que

¹ Cfr. MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Madrid, Istel, 2011, pp. 17 y ss. con bibliografía.

² *Ibidem* pp. 34 y ss

³ *Ibidem* pp. 105 y ss.

cada vez en mayor medida el Parlamento necesite de una potestad normativa del Poder ejecutivo, que ya no será solo el Gobierno, sino que incluye la Administración pública, entendida como un singular que engloba realmente una pluralidad, sea el Estado unitario, federal o compuesto. La Administración pública genera un sin número de normas a las que suele calificarse de normas reglamentarias y en el Derecho positivo español, disposiciones administrativas o generales.

“En el conjunto del sistema normativo -se ha dicho con razón- la Constitución y las normas con rango de Ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de reglamentos”⁴ Sin ese dramatismo, un punto provocador, se había años antes manifestado “la preocupación por el uso sistemático del poder normativo por la Administración contemporánea, que afecta ya muy gravemente a la vida social y al marco personal de desenvolvimiento humano”⁵ No ocurre esto solo en el Derecho de orientación europea. El aumento notorio del poder de las agencias americanas es tanto más destacable cuanto supone una delegación cada vez más amplia e implícita en un país marcado constitucionalmente por una rígida división de poderes.⁶ Lo mismo sucede en el Reino Unido: “*measured merely by volumen, more legislation is produced by the executive government than by the legislature*”,⁷ que desde una perspectiva tradicional ha sido considerado como una inevitable y desafortunada infracción de la separación de poderes.⁸

⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho administrativo I*, 1988, p. 683.

⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial*, Tecnos, 1970, p. XV.

⁶ Cfr. SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, 2ª ed., Boston-Toronto, Little/Brown and company, 1984, pp. 149 y 152. Se ha llegado a hablar de “la era de *rulemaking*”, LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 58-62.

⁷ Cfr. WADE, Sir Willian, *Administrative Law*, 6ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 88.

⁸ Esa separación es lo que explica que la potestad normativa de los entes locales y administrativos en general en el Reino Unido se denomine significa-

Conviene, por ello, tener en cuenta la insuficiencia de lo que, en puridad, se califica como reglamento para identificar las normas que no son ley o no tienen fuerza de ley y que para entendernos pueden llamarse disposiciones administrativas, tomando como referencia el Derecho español, subordinadas al reglamento, del que no le diferencia la naturaleza jurídica, sino el órgano del que emanan, lo que se constata también en la forma en que se producen y con la que se identifican.

Norma y acto han sido elementos estructurales en la construcción del Derecho administrativo,⁹ aunque de diferentes modos, de conformidad con la peculiaridad de los diferentes ordenamientos jurídicos constitucionales. El acto administrativo, en sentido estricto, ha sido reconocido como central, se reconozca con ese nombre abstracto o se identifique con esa categoría mediante una abstracción de sus manifestaciones singulares, como sucede en el mundo anglosajón. Esa función estructurante del acto no ha desaparecido aunque ha sido substituida por manifestaciones del *soft law* y otras que no es del caso desarrollar.¹⁰

De lo que aquí se trata es de una aproximación a esas dos categorías, cuya distinción no tiene solo el interés académico de velar por su pureza, sino también por las consecuencias prácticas que se derivan a la hora de su control judicial. La norma administrativa forma parte del ordenamiento jurídico; con frecuencia no se reduce a un único reglamento, sino que éste se desarrolla en otra u otras disposiciones. Ese desarrollo se explica por la complejidad del tema a regular. El acto es, en cambio, aplicación de la norma

tivamente como *delegated legislation*, en tanto poder delegado del Parlamento y su *judicial review* se lleva a cabo aplicando el test si han actuado ultra vires, que se utiliza de modo general en el *common law*, de modo que el poder delegado solo es válido si se ha ejercido conforme al poder otorgado, pudiendo ser juzgado en otro caso de unreasonableness. Sus formas son muy variadas. Cfr. WADE, Sir W., *Administrative...*, *op. cit.*, pp. 846-847, 856-863.

⁹ Mi primera aproximación al tema se hizo en *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967.

¹⁰ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., *Derecho administrativo revisado*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016.

y esa misma complejidad hace arduo comprobar cuando se está ante un desarrollo o ante una aplicación. Las consecuencias son diferentes, reconocidas en los ordenamientos con mayor o menor claridad. En el caso español es patente y en ese sentido se toma como referencia.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Constitución española de 1978 habla de la potestad reglamentaria que ejerce el Gobierno (artículo 97), pero también referida a la Administración Pública (artículo 106,1) y a las Comunidades autónomas, “normas reglamentarias”, (artículo 153, c). En otros casos se refiere a disposiciones administrativas (artículo 105, a) y simplemente a disposiciones, distinguiéndolas de resoluciones, dictadas por los órganos de las Comunidades autónomas.

El artículo 106 de la CE trata del control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. La diferencia no se circunscribe a que se trate de reglamentos dictados por el Gobierno. El artículo se corresponde con la regulación constitucional de la Administración pública. La diferencia se refiere a la norma y al acto que está incluido, aunque no lo agote, en el término “actuación,” en el que cabe la inactividad y la vía de hecho.

Esa ampliación de la titularidad de la potestad reglamentaria se confirma en la legislación ordinaria, así como su contraposición al acto administrativo frecuentemente expresada, respectivamente, como disposición y resolución. El Título III de la nueva ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) es “De los actos administrativos” y el Título VI “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”. Su artículo 128, encabezado por la rúbrica “Potestad reglamentaria” se refiere en su apartado 2 a reglamentos y disposiciones administrativas, las cuales “se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes”. La ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del

Sector Público (LSP) que dio nueva redacción al Título V de la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre, reconoce en su artículo 23, la existencia de disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Nación y sus miembros, específicamente de los Ministros en el artículo 24. Ni esta, ni su otra coetánea ley recogen lo que figuraba en el apartado 4 del artículo 23, sobre la nulidad de las resoluciones que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya adoptado. El artículo 128,3 de la LPAC se limita a decir que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior”, de acuerdo con el orden jerárquico que la ley LSP establece en la redacción dada al artículo 24 de la Ley del Gobierno.

La LPAC, en su artículo 129, dentro de los principios de buena regulación, adopta el de habilitación de la ley para su desarrollo reglamentario¹¹ que será conferida, con carácter general, al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, pero admite también, con carácter excepcional y debidamente justificada en la ley habilitante, la atribución directa a los titulares de departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno (sic) o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos. No obstante esa redacción, no parece que exista impedimento para esa titularidad normativa en órganos de entes reguladores no sometidos, por su condición de independientes, al principio de jerarquía.¹²

A las disposiciones administrativas, sin distinguir dentro de ellas los reglamentos, se refiere la LPAC que sustituye a la ley 30/1992 y sigue diferenciándolas de los actos administrativos al tratar de la nulidad y la anulabilidad (artículo 47) y revisión de oficio (artículo 106). Disposiciones generales de rango inferior a

¹¹ No es objeto de este trabajo el análisis de esa posición.

¹² Son circulares. Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *Categorías jurídicas... Ad exemplum*, Circular 5/2012 de la CNE que regulaba procedimientos de constitución y reparto de del fondo de pagos compensatorios del mecanismo del uso de hidrocarburos y otros combustibles renovables con fines de transporte. Competencia absorbida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia...

la ley se mencionan en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998 de 13 de julio (artículos 1 y 25).¹³

Desde esta perspectiva carece de sentido hablar de “un concepto hipertrofiado del reglamento”.¹⁴ La propia Constitución, como se apuntó anteriormente, permite englobar reglamento y disposición administrativa dentro de la norma. No es solo aceptar una realidad innegable,¹⁵ sino reconocer “una potestad normativa al complejo Gobierno-Administración”.¹⁶

Además de venir reconocida la diferencia entre norma y acto administrativo en el Derecho positivo, a su conveniencia puede llegarse al considerar una teoría general omnicomprensiva del acto en sede doctrinal: actos legislativos, actos reglamentarios, actos contractuales, acto unilateral, actos jurisdiccionales.¹⁷ Aceptando esa orientación se difuminan categorías como la ley, el reglamento, el contrato, el acto administrativo, la sentencia, que tienen regímenes jurídicos diferentes y no solo de procedimiento, lo

¹³ Esas leyes son continuidad, en lo sustancial, de leyes preconstitucionales: ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957 (artículos 10 y 14) por lo que se refiere a la potestad reglamentaria; el título III se dedicaba a disposiciones administrativas simplemente o de carácter general previendo para estas un procedimiento especial de elaboración en los artículos 129 y 132 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, así como la LJCA de 27 de diciembre de 1956, “disposiciones de categoría inferior a la ley” (artículo I).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ En ese sentido, MENDENDEZ REXACH, Pról. a MELERO ALONSO, E., *op. cit.*, p. 16: “no parece razonable rechazar, por un prurito dogmático, la atribución de una potestad que, seguramente, responde a unas exigencias de buen funcionamiento de unas organizaciones tan complejas como son las Administraciones públicas”.

¹⁶ Cfr. FERNANDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional*, p. 33.

¹⁷ Ad exemplum JÈZE, G., *Les principesgeneraux du Droit administratif*, Dalloz, t. I, 2005, pp. 25 y ss. EISENMANN, Charles, *Droit Administratif Approfondi (Les Actes juridiques du Droit Administratif)*, Cours de Doctorat, 1956-1957, Paris, Cujas, 1957.

que ya constituye una razón para diferenciarlos.¹⁸ Esa diferencia es lo fundamental para individualizar las categorías jurídicas.

Entiendo que no tiene mayor sentido distinguir, por la misma razón, los actos administrativos normativos -reglamentarios- y actos administrativos no normativos que, en realidad, viene a ser una confirmación de la diferencia entre norma y acto. Tampoco aporta claridad considerar el reglamento como fuente de Derecho que por su procedencia sea un acto administrativo y por su contenido norma de derecho objetivo.¹⁹

III. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una referencia al Derecho de la Unión Europea puede servir para constatar hasta qué punto la diferenciación norma-acto es identificable también en aquel, con independencia del modo en que se realice y de que se hable de “actos jurídicos”. La advertencia tiene que ver con su característica de *meeting point* de ordenamientos jurídicos con trayectorias culturales diferentes y su peculiar naturaleza jurídica no identificable con la de un Estado, por lo que su actividad no se realiza de modo idéntico a las categorías utilizadas por los Estados miembros.

Una muestra palmaria es la ley que, a diferencia de lo que sucede en los Estados democráticos, no es elaborada en un Parlamento con competencia exclusiva para ello²⁰. Desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros resulta sorprendente y hasta contradictorio con el concepto de ley lo que

¹⁸ La importancia del procedimiento es subrayada con énfasis, al considerarlo como un “punto de inflexión” en la consideración del Derecho administrativo americano, por SCHWARTZ, *Administrative Law...*, *op. cit.*, pp. 26-27. Es clave para la distinción entre *rulemaking* y *adjudication*., LAVILLA RUBIRA, *La participación...* *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 235.

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., “La ley en la Unión Europea”, *Libramicorum Fausto de Quadros*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 887 y ss.

se dispone en el artículo 289 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): “el procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión de un reglamento, una directiva o una decisión”. En casos específicos eso mismo puede adoptarse bien por el Parlamento con la participación del Consejo o bien por este con la participación del Parlamento. Se añade que “los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos”. Por tanto, se califican como tales reglamentos, directivas y decisiones en virtud del procedimiento seguido para su adopción, más que por su contenido y, sin embargo, el propio TFUE se refiere específicamente a cada uno de ellos.

En la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se utiliza el término acto de un modo genérico, al referirse a la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento y el Consejo, a los del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (artículo 263). Esas instituciones pueden adoptar, según el artículo 288, reglamentos y directivas, tomar decisiones y formular recomendaciones o formular dictámenes. Se trata de actos jurídicos de la Unión.

A pesar de la aparente identidad de naturaleza jurídica sustantiva que tienen reglamentos, directivas y decisiones y de su denominación como “actos legislativos” en virtud de un “procedimiento legislativo”, lo expresado en el TFUE proporciona datos para aproximarse a una distinción entre auténticas normas administrativas –reglamentos– y actos administrativos en sentido estricto,²¹ resolución o acto final²² de un procedimiento, nombre que no

²¹ MEILÁN GIL, J. L., *Categorías...* p. 127 Declaración jurídica que incide en situaciones jurídicas concretas...resultado del ejercicio de una potestad administrativa.

²² *Ad exemplum* Asunto T- 206/07 acto obligatorio distinto del acto preparatorio.

aparece en el Tratado²³ aunque sí se utilice en la jurisprudencia,²⁴ y se opte por el de decisiones que trae su origen de la francesa *decisión exécutoire*, aunque no siempre se utilice en ese sentido.

Al referirse al recurso de anulación, para cuya interposición se reconoce legitimación a toda persona física o jurídica, el artículo 263 del TFUE concreta que procede “contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente”.

La descripción del primer supuesto encaja en la que corresponde a un acto administrativo, aunque se exprese bajo la forma de un reglamento²⁵ que ocurre también en el Derecho positivo español. El segundo supuesto puede entenderse equiparable a la norma de carácter reglamentario, que vendría definida por su carácter general.

El reglamento y la decisión, la norma administrativa y el acto administrativo no se distinguen por el modo de producirse o procedimiento, ni por la legitimación para interponer recursos de anulación o de omisión (artículos 263 y 264), ni por la exigencia de motivación (artículo 296).²⁶ Tampoco el Tratado establece ninguna diferencia en cuanto a los motivos en que han de fundarse

²³ Una cosa es que no aparezca ese término y otra que “es ajeno al Derecho administrativo comunitario” como afirma ALONSO GARCÍA, R., “El acto administrativo comunitario: imprecisión normativa, y luces y sombras al respecto en la doctrina del Tribunal de Justicia” en *O acto no contencioso-administrativo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 43. En parecido sentido se manifiesta inicialmente QUADROS, Fausto de, “O acto administrativo comunitario”, *Ibidem*, pp. 65: “nao existe, nem na doutrina, nem na jurisprudencia, uma teoria geral do acto administrativo comunitario”. No obstante, reconoce la diferencia de regímenes jurídicos de los reglamentos y las decisiones en *Direito da Uniao europeia*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 356.

²⁴ *Ad exemplum*, acto administrativo como decisión en Asunto T- 335/08; T- 396/09; T-333/08.

²⁵ La forma de expresión no es definitiva. El TJ ha reconocido el carácter de reglamento al Estatuto de los funcionarios aunque no se presente como tal. Asunto 64/85.

²⁶ La falta de motivación es un motivo de orden público que debe ser examinado de oficio por el juez comunitario. *Ad exemplum* T- 156/07 y T- 232/107.

los recursos de anulación: incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

Algunas diferencias existen entre ellos, suficientes para lo que aquí interesa. El artículo 264 en relación con la nulidad del acto impugnado, que quedará “sin valor ni efecto alguno”, dispone que en el caso de los reglamentos el Tribunal de Justicia “señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deben ser considerados como definitivos”. Por regla general las decisiones se notifican a sus destinatarios y surtirán efectos a partir de tal notificación (artículo 297).

Los reglamentos, a diferencia de los actos administrativos que se dicten para su aplicación, no se consienten. En ese sentido, el artículo 277 reconoce la impugnación indirecta de un reglamento al recurrir un acto de aplicación. De otra parte, ese mismo artículo confirma la inderogabilidad singular -por un acto- del reglamento, como ha reconocido la jurisprudencia.²⁷

No parece que pueda pedirse al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una decisión -acto administrativo- al referirse el artículo 267 a la “validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE”. Es frecuente que bajo el término acto se cobijen actos administrativos y normas.

Como sucede en el Derecho español tampoco en el comunitario la expresión formal es decisiva para determinar la naturaleza de acto o norma. La jurisprudencia ha reconocido que “para determinar el alcance de un acto, el juez de la Unión no puede contentarse con la denominación del acto, sino que debe tener en cuenta, en primer lugar, su objeto y contenido”. Hay decisiones, así llamadas, que “deben considerarse medidas de alcance general” según la orientación que el Tribunal sigue para diferenciar una y

²⁷ Asunto 133/ 77 STJ de 29. 3. 1979. En ese sentido ALONSO GARCÍA, R., “El acto...”, *op. cit.*, p. 51.

otra categoría.²⁸ Puede encontrar fundamento en el artículo 288 del TFUE según el cual los reglamentos y las decisiones tienen carácter obligatorio “en todos sus elementos”, a diferencia de las recomendaciones y dictámenes, “con un alcance general” en los reglamentos, o “solo para sus destinatarios” en las decisiones. La diferencia es fundamental porque de ella deriva que un determinado recurso sea admitido o estimado en relación con lo impugnado.

Puede comprobarse en una materia especialmente sensible para el Derecho de la Unión Europea como es el medioambiente. En ese sentido el Reglamento 1367/2006 del Parlamento y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 relativo a la Convención de Aarhus, en su artículo 2, 1, g define el acto administrativo como “cualquier medida de alcance individual conforme al Derecho medioambiental, adoptada por una institución u organismo comunitario y que surta efectos jurídicamente vinculante y externo”, en el bien entendido, como se encarga de aclarar la jurisprudencia, que se trata de organismos no legislativos, ni judiciales.

En diferentes asuntos sometidos al Tribunal General se ventila si una determinada decisión de la Comisión es o no conforme a Derecho: en unos casos, si la confirmación por la Comisión de la excepción temporal a las obligaciones establecidas en la Directiva 2008/50/CE del Parlamento y del Consejo de 21 de mayo de 2008 relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, era un acto, como defendían los demandantes o una norma, como decidió el Tribunal.²⁹

Se reconoce que la decisión constituye “un acto administrativo de alcance individual”; no obstante “una decisión dirigida a un Estado miembro específico puede constituir una medida de alcance general si tiene por objeto aprobar medidas que se aplican

²⁸ STJ de 14 de junio de 2010, asunto T-396/09, con citas de otras en especial auto de 16 de febrero de 2005, asunto Fost Plus/ Comisión T-142/03).

²⁹ STJ de 14 de junio de 2010, asunto T-369; ATG de 16 de febrero de 2005 asunto T-142/03.

a una o varias categorías de personas definidas de manera general y abstracta”.

No se trata ahora de discutir el fundamento de la distinción -“medida de alcance general” y “medida de alcance individual”-, sino de subrayar las consecuencias jurídicas de la distinción. La excepción, consistente en la prórroga de los plazos establecidos por la Directiva y expresamente previstos en un anexo de la misma, tiene un carácter normativo y la confirmación por la Comisión de su ejercicio por el Estado miembro participa de la misma naturaleza. En realidad se trata, desde la óptica del Tribunal, de establecer “en términos abstractos y objetivos un régimen general en materia de evaluación de limitación de las emisiones de contaminantes”. El Estado miembro puede prorrogar esos plazos para una zona o aglomeración concreta “con la condición de que haya establecido un plan de calidad de aire” de acuerdo con la normativa.³⁰

La Directiva (art. 288 TFUE) que “es un acto normativo, general y abstracto” (Auto, asunto Asocarne/Consejo, C-10/95) permite que el Estado miembro “conservar un margen de apreciación al elegir la forma y los medios adecuados” para aplicarla. Esas excepciones “forman parte integrante de las disposiciones de conjunto en las que están incluidas y participan... del carácter general de éstas”. Dado que la noción de “actos” en el artículo 9,3 del Convenio de Aarhus no se define, teniendo en cuenta el “objetivo y el fin del mismo”, se concluye que no es un acto administrativo, sino una norma administrativa.

A los efectos que aquí se consideran conviene subrayar que los anexos de una Directiva o Reglamento forman parte de la norma y tienen su misma naturaleza, incluso aunque parte de su con-

³⁰ En análogo sentido es lo que sucede en relación con la Directiva 94/CR/CE del Parlamento y del Consejo de 20 de diciembre de 1994 relativa a envases y residuos de envases cuyo artículo 6,6 dice “la Comisión puede confirmar la producción de un nivel de protección del medio ambiente más elevada, siempre que las medidas del Estado miembro no generen distorsiones del mercado interior” discriminación, restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

tenido tenga un carácter temporal. Es lo que sucede con los límites máximos de residuos.³¹ Y aunque es doctrina jurisprudencial común la anteriormente citada diferenciación de acto y norma administrativos, en una de sus alegaciones el Consejo justifica el margen de maniobra del Estado miembro como la posibilidad de “incorporar al ordenamiento interno” las excepciones, con lo que de un modo inequívoco se reconocería la naturaleza normativa de la Decisión de la Comisión que se había recurrido.

En definitiva, aunque con reconocida ambivalencia, puede admitirse que la distinción entre norma y acto administrativos no es ajena al Derecho de la Unión Europea.

IV. RULEMAKING Y ADJUDICATION EN EL DERECHO AMERICANO

La peculiaridad del ordenamiento americano, desde la perspectiva de los ordenamientos continentales europeos, que responde a sus diferentes bases constitucionales, merece un breve excurso.

El problema de la diferenciación de *rulemaking y adjudication* permanece, pero las soluciones y, sobre todo, el modo de encontrarlas no son equiparables. La cuestión se encuentra ligada a la figura de las Agencias administrativas³² y sus funciones que, para lo que aquí interesa, se refiere a los modos de desarrollar sus políticas (*policymaking*) que, tienden a asemejarse a los poderes del ejecutivo, del legislativo y del judicial en cuanto a la manera de proceder. Y no es infrecuente que en la literatura académica se exprese coloquialmente que las agencias actúan “como un pequeño legislador o como un pequeño tribunal”.³³ En síntesis, de acuerdo

³¹ Cfr. STJ de 14 de junio de 2012, asunto T-338/08 en relación con la modificación del Reglamento CE 396/2005 por el Reglamento 149/2008 adoptado por la Comisión el 29 de enero de 2008, mediante el establecimiento de los anexos II, III y IV que estipulan límites máximos de residuos.

³² Según la APA “agency means each authority ... of the Government of the United States other than Congress, the Courts”.

³³ Cfr. BREYER, Stewart, SUNTEIN, VERMEULE, HERZ, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 7ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer Law, 2011, p. 521.

con las definiciones de la APA, se trata de dos procedimientos (*process*), respectivamente, para formular, modificar o derogar una norma (*rule*) o para dictar un acto (*order*), tratando de establecer puentes con el *common law*.

El *due process of law*, reconocido en la Quinta y Decimocuarta enmiendas a la Constitución, sin el cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad, condiciona el entendimiento de las dos maneras antes citadas en que las Agencias realizan su *policymaking*, que tiene una faceta sustantiva -racionalidad y motivación de la decisión- y otra procedimental - que el afectado tenga noticia y pueda ser oído-. En definitiva, se trata de proteger al ciudadano del ejercicio arbitrario del poder.

Dos casos, a comienzos del siglo XX, suelen ser tomados como referencias para establecer la diferencia entre esas dos maneras de actuar de las Agencias. En *Wolfe Londoner v. City and County of Denver* se resuelve la reclamación contra la tasa que habría de pagarse por la decretada mejora de una vía, en función del beneficio que procuraba a los propietarios afectados. Uno de ellos reclama porque no se le permitió ser oído oralmente, aunque estaba determinada la posibilidad de hacerlo por escrito. El Tribunal Supremo dio la razón al alegante por entender que no se había respetado el “debido proceso”, ya que tiene derecho a “argumentar sus alegaciones, por breves que sean y, si fuese necesario mediante pruebas no obstante informales”.³⁴ Se trata de una *adjudication*, relativa a un caso individual, que tiene en cuenta la faceta procedimental del “debido proceso”.

El segundo caso va a permitir, por contraste, delimitar el sentido y el ámbito de la *adjudication* al optar por *rulemaking*: es el *Bi-Metallic Investment Company v. State Board of Equalization*.³⁵ Se trataba de reclamar contra el incremento de un 40% el valor de las propiedades a efectos fiscales. La compañía arguyó que no se le había dado la oportunidad de ser oída como exige el “debido proceso”. El Tribunal falló en contra: no se trata de *adjudication*,

³⁴ 210 U.S. 373, 1908.

³⁵ 239 U.S. 441, 1915.

sino de *rulemaking*, por lo que no juega el derecho de ser oído tan ampliamente admitido en la anterior sentencia. La explicación es muy sintomática. En primer lugar, una razón pragmática de la que se extraen principios generales: “Cuando una regla de conducta se aplica a más de unas pocas personas, es impracticable que cada una pudiera tener voz directa en su adopción”. Es regla porque todos sus destinatarios son igualmente concernidos, lo que no ocurría en el caso anteriormente expuesto.

En definitiva, esos casos apuntan a que la *adjudication* consiste en un procedimiento de determinación individualizada y el *rulemaking*, generalizada. De acuerdo con la óptica constitucional, en el primer caso la Agencia actuaría al modo judicial, en el segundo al legislativo, por eso en *Bi-Metallic* se llega a afirmar que “la Constitución no requiere que toda todas las leyes se adopten en una reunión ciudadana o en asamblea de la totalidad”. La tesis del juez Holmes es recogida en el caso *Minnesota Bd. for Community Colleges v. Knith*.³⁶ “Es inherente a la forma republicana de gobierno que la participación pública directa *in government policymaking* sea limitada”. Más aún, reconocer esa participación causaría una revolución en las prácticas de gobierno existentes. Los propietarios tendrían, en todo caso, la posibilidad de cambiar en las elecciones a sus representantes si están en desacuerdo con la decisión: “*Disagreement with public policy and disapproval of officials’ responsiveness ...is to be registered principally at polls*”. El caso versaba sobre la procedencia o no de esa participación; no se planteaba el carácter sustantivo de la decisión. En ese sentido cada afectado podría cuestionar la evaluación individual de su propiedad en el momento de recibir la correspondiente factura. En todo caso, no habría que concluir, a la vista de ese asunto concreto, que no procede el *due process* en el *rulemaking*. La clave se encuentra

³⁶ 465 U.S. 271, 1984.

en el modo distinto de proceder la Agencia en uno o en otro caso: al modo de lo judicial³⁷ o del legislativo³⁸ respectivamente.

En el caso *United States v. Florida East Coast Railway*,³⁹ el juez Rehnquist sostuvo que, aunque la línea que divide ambos conceptos no es siempre clara, representan una distinción reconocida en el derecho administrativo entre “procedimientos cuyo propósito es promulgar *policy-type rules* o estándares, de un lado, y procedimientos previstos *to adjudicate facts* en casos particulares, de otro”. Como se ha dicho en sede doctrinal, “*rulemaking* es normalmente *general* y mira solo hacia el futuro, *adjudication* es *particular* y mira también al pasado”⁴⁰.

Lo característico, desde la perspectiva del Derecho administrativo europeo, es la capacidad las Agencias americanas de elegir *adjudication* o *rulemaking*. Esa elección, no tiene tanto que ver con aplicar una norma o establecerla,⁴¹ sino con el objetivo de realizar la política, la misión encomendada a cada Agencia. La regla general que se mantiene, después de algunos intentos de limitarla, es que las Agencias tienen absoluta libertad de elección y no tienen que justificarla. Al menos directamente los tribunales respetan esa libertad de elección, que puede ser reconsiderada de un

³⁷ *Pension Benefit Guaranty Corp. v. LTV Corp.* 496 U.S. 633, 655, 1990. La *adjudication* formal implica con frecuencia, aunque no siempre, una audiencia de ese tipo.

³⁸ Se trata de una aproximación. La diferencia entre lo que es propio del legislador y el de la Administración se explicita en el caso *Southern Railway v. Virginia*, 290, U.S. 190, 1933. El legislador no tiene que haber oído al reclamante, actúa en teoría con el adecuado conocimiento después de una completa consideración y en todo caso a través de representantes del pueblo. El órgano administrativo tiene que otorgar audiencia al interesado para tener evidencia y no puede sin ello resolver por su propia opinión intervenir en la propiedad privada.

³⁹ 410 U.S. 224, 1973.

⁴⁰ Cfr. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 190.

⁴¹ En el caso *NLRB V. Wyman-Gordon Co.* 394 U.S. 759, 1969, el Tribunal rechazó que hubiese sido necesario establecer una “*rule through rulemaking procedure before applying in it any adjudication*”. Se confirma en *NRLB v. Bell Aerospace Co.* 416 US 267, 1974.

modo indirecto, por las consecuencias que derivan de la elección, en la medida que se pruebe la existencia de arbitrariedad.⁴²

En los años 1950 y 1960 las Agencias utilizaron mayoritariamente *adjudication*, para decidir casos individuales.⁴³ A partir de 1970 se detecta un giro hacia *rulemaking*, sin que el vuelco sea total. La utilización depende de la misión de cada Agencia.⁴⁴ Lo más frecuente es que se usen ambos instrumentos. En ocasiones el establecimiento de una regla, de aplicación general, no es la primera opción. Se opta, en cambio, por ir resolviendo casos individuales para comprobar su efectividad, siempre desde la finalidad de *policymaking*, dándoles a veces el valor de precedente,⁴⁵ con una gran flexibilidad.

Un *leading case*, *SEC v. Chenery Corp.*,⁴⁶ conocida como *Chenery II*, resume la cuestión, al establecer que las resoluciones de la Agencia pueden ser recurridas en el contexto de una *adjudica-*

⁴² Cfr. MAGILL, M.E., “Agency choice of policymaking form”, Chicago, *University of Chicago Law Review*, núm. 71, 2004, p. 1383. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2000, pp. 292 y ss. KOCH, Charles H. Jr., *Administrative Law and Practice*, March 2013, y *Federal Practice & Procedure*, April 2013.

En el sentido del texto, *NLRB v. Bell Aerospace Co.*: puede haber situaciones en las que la elección de la adjudication signifique un abuso de discrecionalidad. En el caso de que no esté implicado la due Process Clause y el Estado que regula la actuación de la Agencia no establezca nada sobre el procedimiento a elegir, de acuerdo con la APA deben aplicarse el máximo de las exigencias procedimentales para facilitar la revisión judicial: *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 435 U.S. 519, 1978. Se confirma en *Mobil Oil Exploration & Producing Southeast Inc. v. United Distribution Companies*, 498 U.S. 211, 230, 1991: “An Agency enjoys broad discretion in determining how best to handle related yet discrete issues in terms of procedures...”.

⁴³ Un *leading case*es *US v. Store Broadcasting Co.* 351 US 192, 1956.

⁴⁴ Por ejemplo, la National Labor Relations Board y la Federal Trade Commission utilizan adjudication en la mayor parte de los casos y, por el contrario, la Federal Communications Commission “make policy by promulgating legislative rules”.

⁴⁵ Cfr. *NLRB v. Wyman Co.* 394, U.S., 1969, pp. 759, 765-766.

⁴⁶ 332 U. S. 194, 1947.

tion individual “*regardless of whether those standards previously had been spelled out in a general rule or regulation*”. El tribunal sostiene que una Agencia puede retener la capacidad para proceder caso por caso por problemas inesperados, porque no tiene suficiente experiencia para establecer una regla general, por la variedad de los asuntos a resolver. La elección queda a la discreción de la Agencia.

La discusión de las ventajas o inconvenientes de los respectivos modos de actuar de las Agencias⁴⁷ queda fuera del alcance de esta aproximación, que intenta sólo constatar la importancia del tema en el Derecho administrativo americano.

V. DIFICULTAD E IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN

La distinción de norma y acto implica una dificultad obvia desde la perspectiva de una teoría general del Derecho. La forma que revista o en que se manifieste el resultado del ejercicio de una potestad no es argumento definitivo. Así se reconoce en la jurisprudencia; no ha de estarse “a la forma como la norma se adopte, sino a su contenido”.⁴⁸

Una de las mayores dificultades se refiere a la distinción entre disposiciones y actos con destinatarios no individualmente determinados pero identificables, que en sede doctrinal se han denominado “actos generales de contenido no normativo”⁴⁹ o

⁴⁷ Se muestran favorables al rulemaking prestigiosos autores como Davis, Schwartz, Shapiro, Scala. Se pondera la eficiencia, la participación, la transparencia, mayor flexibilidad que adjudication y permite un mejor conocimiento del Derecho. Algún caso, como *United States v. Storer Broadcasting Co.* 351 U.S. 192, 1956; subrayó, y la fecha es significativa, cómo a través de rulemaking se restringían derechos de los particulares.

⁴⁸ STS de 25 de febrero de 1980, RJ 1980/1055, STS de 21 de marzo de 1986 RJ 1986/2324.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1963, pp 218-220; MARTÍN RETORTILLO, L., “Actos administrativos generales y reglamentos”, *RAP*, núm. 40, 1963, pp. 225-249. En la literatura italiana,

simplemente “resoluciones o actos generales”.⁵⁰ Los destinatarios están determinados cuando se dicta el acto, aunque no estén individualizados o se determinan en el momento de la aplicación del acto. A eso se refiere el artículo 45, 1, a de la LPAC al tratar de la publicación del acto cuando “tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas”. Atendiendo a la forma, pueden tener apariencia de norma, son “falsas normas” por su expresión,⁵¹ “actos camuflados de norma” (*Getarnte Rechtssatz*). La distinción entre disposiciones generales y actos “plúrimos” y su dificultad están reconocidas en la jurisprudencia.⁵² Se llega a afirmar que la aprobación de un catálogo de puestos de trabajo en la Administración Pública “puede considerarse como filo de la balanza entre ambas calificaciones”, de disposición de carácter general o acto con pluralidad de destinatarios.⁵³

La diferencia entre norma y acto administrativo no es solo una cuestión dogmática. Obedece a la realidad ineludible de que, cualesquiera que sean las denominaciones, están sometidas a regímenes jurídicos diferentes.⁵⁴ La importancia de la distinción

ad exemplum SANTANIELLO, *Gliattiamministrativi a contenuto non normativo*, Milán, 1963.

⁵⁰ Cfr. HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 233 y ss. La cuestión se plantea en el Derecho americano en los casos *Londoner v. Denver* y *Bi-Metallic v. Colorado Sate Board of Equalization* sobre contribuciones especiales, dos casos que son paradigmáticos en todas las exposiciones doctrinales americanas. Vid. *supra*.

⁵¹ MAURER, con referencia al artículo 35 de la ley de procedimiento administrativo distingue resoluciones generales orientadas a los destinatarios, coincidente, en mi opinión, con lo expresado en el texto, resolución general orientada a una cosa, regulaciones de uso.

⁵² STS de 4 de julio de 2012 (rec. 1984/2010).

⁵³ STS de 29 de noviembre de 1994, RJ 1994/9336, aunque posteriormente por STS de 5 de febrero de 2014, con votos particulares en contra, se haya decantado, en mi opinión equivocadamente, por su consideración como norma para evitar el acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

⁵⁴ En la tradición francesa, que toma el acto jurídico como referencia, han de reconocerse sin embargo, las diferencias entre el *acte réglementaire* y el *acte individuel* (Rainaud). En ese sentido R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15ª ed., Montchretien, t. I, 2001, p. 524, que distingue entre *décision réglemen-*

puede deducirse de la dificultad histórica del control judicial de los reglamentos, hoy superada, que tenía entre sus fundamentos el poder discrecional de la Administración⁵⁵ y la construcción del contencioso-administrativo sobre la necesidad del acto *préalable*⁵⁶, cuyo eco perdura.⁵⁷ El artículo 106 de la CE reconoce el control judicial de la potestad reglamentaria de un modo explícito, pero a ella alcanza el sometimiento de esa actuación normativa a los fines que la justifican. De ahí la importancia de los principios generales:⁵⁸ el de proporcionalidad⁵⁹ o el de racionalidad o de congruencia, de igualdad como no discriminación.⁶⁰

La diferente naturaleza jurídica de la norma respecto del acto en cuanto a procedimiento y motivación,⁶¹ se manifiesta también en que la norma no es consentida,⁶² como sucede con el acto que,

taire y décision non réglementaire, en el bien entendido que la decisión es una especie del acto unilateral. En análogo sentido LAUBADÈRE...*op. cit.* p. 149. Por ejemplo, la Administración puede abrogar un acto reglamentario, siempre que sea decidida por la autoridad competente (Cfr. CE 173/1911 *apud* GROS, M., *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, París, L'Harmattan, 1988, p. 149). La ley de 1987 deja en el Conseil d'Etat la competencia para resolver el recurso por *excès du pouvoir*.

⁵⁵ Cfr. HAURIOU, M., *Précis...*, *op. cit.*, pp. 351 y ss. Todavía puede leerse en la jurisprudencia: "el ejercicio de la potestad reglamentaria, manifestación como se ha dicho, de uno de los supuestos característicos de actuación discrecional" (STS de 16 de junio de 2003, RJ 200/5681).

⁵⁶ La discrecionalidad de las Agencias en la utilización de *adjudication* o *rulemaking* es proverbial en el Derecho americano. Cfr. EDLER, *Administrative Law*, p. 65; SCHWARTZ, *Administrative Law...*, *op. cit.*, pp. 153.

57 Artículo 24 de la LPAC. Sobre su crítica, Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

⁵⁸ Como principios de buena regulación se incluyen en el artículo 129 de la LPAC los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Sobre su eficacia, Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *Derecho administrativo...* pp. 209 y ss.

⁵⁹ STS de 16 de junio de 2003:

⁶⁰ STS de 19 de febrero de 2008.

⁶¹ STS de 16 de junio de 2003, de 22 de septiembre de 2009.

⁶² En ese sentido STS de 20 de julio de 2012: un Plan especial para planta de tratamiento de residuos es una disposición administrativa; no cabe en relación

devenido firme por consentido al no haber sido impugnado en tiempo, pervive no afectándole la nulidad, declarada por sentencia firme, de la disposición general, de la que era aplicación (artículo 73 de la LJCA).

La consagrada, doctrinal y legalmente, “inderogabilidad singular de los reglamentos”⁶³ viene a reconocer el “plusvalor” de la norma sobre el acto;⁶⁴ la norma es Derecho objetivo.

El acto se encuentra limitado por la norma. Esta, a su vez, vincula a la Administración⁶⁵ que no puede liberarse dictando actos que son aplicación de la norma. En ese sentido se ha acudido al principio *legempatere*,⁶⁶ Desde la perspectiva que proporciona el artículo 106 de la Constitución española esa vinculación se explicaría porque la potestad se encuentra limitada y condicionada al fin que la justifica.

También desde el diferente título para dictar normas y actos. Para lo primero se requiere potestad que se reconoce a unos concretos titulares, estando prevista legalmente una eventual delegación. La producción de actos, que son aplicación de la norma, es propia de la competencia del órgano correspondiente. El titular de la potestad normativa tiene también competencia para aplicarla, dictando un acto; pero no puede con un acto eliminar una norma del ordenamiento jurídico. Potestad y competencia son diferenciables aunque procedan de un mismo titular.

con ella la alegación de acto firme.

⁶³ Cfr. artículo 37 de la LPAC.

⁶⁴ Cfr. VILLAR PALASÍ, J.L., *Curso de Derecho administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 205-206.

⁶⁵ Desde otra perspectiva HAURIU, M., (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., Dalloz, 2002, p. 360.) sostiene que “la réglementation une fois établie, s’objective, fait partie du bloc de la légalité et prend très vite le caractère d’une limite extérieure par rapport aux décisions qui peuvent être entreprises par les administrateurs”.

⁶⁶ Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L., *Curso...*, *op. cit.*, pp. 204-205.

VI. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMA Y ACTO

En la doctrina científica se han expuestos diferentes criterios para distinguir o diferenciar norma y acto.⁶⁷ El ordinamentalista o de “integración en el ordenamiento” es de general aceptación en la doctrina española:⁶⁸ el acto sería “ordenado”, cuyo carácter ordinariamente “puede expresarse en un dato externo, el que su cumplimiento es consuntivo, agota el acto”. En mi primera aproximación a este tema me permití formular una aclaración a esa afirmación que calificué de intuición certera. Puse entonces el acento en la capacidad o fuerza de innovar, que ha sido aceptado por la doctrina dominante.⁶⁹ La no consunción de la norma significa la posibilidad de que sea revivida; lo contrario del acto que está ligado, “encadenado”, a un hecho concreto.

El criterio de la innovación del ordenamiento se reconoce en la jurisprudencia, a veces enlazado al ordinamentalista. Como afirmación general se ha dicho “los reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente”.⁷⁰ De ello existen numerosas muestras jurisprudenciales⁷¹. La diferencia entre norma y acto es “de grado”; el reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia.⁷²

⁶⁷ Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *La distinción...*

⁶⁸ Cfr. Desde el patrocinio de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, *RAP*, núm. 29, 1959.

⁶⁹ Que el Reglamento innova el ordenamiento se reconoce en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 6ª ed., 1993.

⁷⁰ STS de 15 de marzo de 1995 (RJ 1995/ 6701).

⁷¹ STS de 15 de marzo de 1995, de 8 de mayo de 1998, de 20 de marzo de 2012, de 23 de octubre de 2012, de 18 de enero de 2013, entre otras.

⁷² (Rec.1984/2010).

VII. PROBLEMÁTICA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LA DIFERENCIA

La problemática de la identificación de la diferencia apuntada puede proceder de que acto y norma aparecen formalmente juntos, sin diferenciación formal. Un ejemplo son las convocatorias de concursos para la selección de personas. Su naturaleza ha sido controvertida, como se reconoce jurisprudencialmente, terminando por prevalecer su calificación como acto administrativo.⁷³

Las bases de la convocatoria pueden operar como un elemento normativo.⁷⁴ Ayuda a comprenderlo que nos es infrecuente, y desde luego es posible, que las bases por las que han de regirse las convocatorias se aprueben con independencia y anterioridad a éstas.⁷⁵ Como acto que esencialmente es, la convocatoria muere con el concurso para el que se dictó; desaparece al cerrarse el procedimiento que ella abrió. Pero, eventualmente, las bases de la convocatoria pueden constituir un elemento normativo. Sólo en esa parte pueden ser revividas en un concurso posterior.

Una característica del Derecho administrativo es que la regulación del supuesto de hecho no se realiza siempre de golpe, sino mediante una gradación sucesiva de normas, ordenadas según un criterio de mayor concreción. Así ha sido reconocido por la ju-

⁷³ Cfr. STS de 25 de abril de 1985 (RJ 1985/1953). Reconoce que la doctrina ha sido vacilante, unas de ellas calificando “convocatorias y concursos de actos administrativos; otras de normas generales y en fin en su doble condición de norma general y acto”. De disposición general “aunque de naturaleza temporal” en la STS de 16 de mayo de 1986 (Ar. 3605) se califica la convocatoria para el otorgamiento de ayudas específicas a centros docentes privados para un curso escolar.

⁷⁴ Como “un híbrido entre una norma jurídica propiamente dicha y un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos” se califican las bases reguladoras de subvención en STS 15 de noviembre de 2005.

⁷⁵ Es el supuesto contemplado en la STS de 16 de abril de 2012 (rec. 4349/2010). Establecidas en una Orden las bases reguladoras una orden posterior que contiene la convocatoria para el mismo año no puede introducir modificaciones en aquella (exclusión de las ayudas a Universidades privadas sin ánimo de lucro). La última es un acto y la primera norma.

risprudencia.⁷⁶ El urbanismo, con la jerarquización de distintos instrumentos de planificación (plan general, planes particulares o especiales, estudios de detalle) proporciona un ejemplo clásico;⁷⁷ pero también la función pública, la contratación administrativa, o la compleja regulación del sector eléctrico.⁷⁸

La norma, como formulación hipotética, que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho liga unas consecuencias, no siempre se manifiesta de una vez. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradualmente distinta. La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así *escindida* en varias disposiciones, incluidos algunos elementos que aparecen formalmente *desgajados* de la misma.

Tampoco la aplicación de la norma se realiza siempre por un solo acto: muchas veces la resolución final va precedida de una serie de actos en un procedimiento. La naturaleza de acto viene determinada por la relación a un procedimiento.⁷⁹ Ese proceso de concreción gradual de la norma plantea el problema de la línea divisoria de la norma y el acto.⁸⁰

⁷⁶ STS de 7 de noviembre de 1999 (RJ 2000/849).

⁷⁷ STS de 25 de junio de 1986.

⁷⁸ El RD 413/2014 de 6 de junio regula la actividad de producción eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos y la Orden ministerial IET 1045/2014 de 16 de junio aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a instalaciones de producción eléctrica. El asunto ha dado pie a varias sentencias entre ellas la STS de 20 de julio de 2016 (rec. 661/2015).

⁷⁹ La “procedimentalización” de la actividad administrativa es una característica acusada del Derecho administrativo. Ha sido subrayada por la doctrina. *Ad exemplum*, GIANNINI “Diritto amministrativo” en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, pp. 865-866 y ampliamente en *Diritto amministrativo* vol. Segundo, Giuffré, 1988. Un refrendo en el artículo 105 de la CE. Cfr. MEILAN GIL, J.L., *Derecho administrativo...op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁸⁰ En ese sentido, STS de 7 de noviembre de 1999 resalta que “la realidad no está hecha de oposiciones tajantes...es la idea de la gradualidad la que permite establecer la diferencia entre las figuras y situaciones jurídicas... lo que sucede, por poner otro ejemplo, con la diferenciación entre norma y acto, que se difumina con la presencia de lo que se ha dado en llamar *elementos normativos desgajados*, cuyo régimen diverge del de la norma y del que es propio del acto”.

El resultado de esa escisión de la norma da lugar a la producción de elementos de concreción relevante, e incluso, de duración breve en el tiempo, que ha causado perplejidad y problemas de calificación en la doctrina y en la jurisprudencia. Responden a lo que he denominado *elementos desgajados* de la norma. Tal expresión ha sido reconocida por un sector doctrinal ⁸¹ y también jurisprudencial.⁸²

Estos elementos tienen carácter y entraña normativa. No son aplicación de la norma, sino concreción.⁸³ Son elementos integrantes de la norma; aunque desgajados de ella, la completan. Esa función se evidencia en los supuestos de variación prevista en el tiempo, de vigencia temporal predeterminada. La norma quedaría incompleta si no existiese ese elemento.

El elemento desgajado tiene valor normativo por su integración en la norma que completa y en ese sentido innova. La nulidad de la norma lleva consigo la del elemento normativo desgajado que, por ese carácter, no puede entenderse consentido por no haber sido recurrido en tiempo, ya que las normas no se consienten.⁸⁴

La naturaleza normativa de estos elementos, aparentemente “menores”, y su diferencia del acto administrativo como aplicación de la norma, puede comprobarse de un modo claro, no contrapo-

⁸¹ La expresión es deudora del magisterio del profesor Villar Palasí, en un diálogo académico enriquecedor. Se ha hecho eco de ella, calificándola de “feliz expresión” FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control...*, *op. cit.*, p. 55.; SALAS, J., “Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos Algunas consideraciones sobre su respectivo contenido y límites”, *REDA*, 21, 1979, pp. 262 y ss.

⁸² STS de 21 de enero de 1979, de 17 de abril de 1985, de 2 de junio de 1899, de 1 de octubre de 1990, de 30 de abril de 1999 entre otras.

⁸³ Así se ha reconocido en STS de 17 de abril de 1985 (RJ 1985/4806), Ponente Pablo García Manzano: “más que desarrollar (por ello no es rigor Reglamento ejecutivo), concreta en el proceso de gradación sucesiva de la Ley de Funcionarios las previsiones de la Ley 4/1965 de Retribuciones de aquellos”.

⁸⁴ Cfr. *ad exemplum* STS de 20 de julio de 2012 (RJ 2012/8504): Un Plan especial para planta de tratamiento de residuos es una disposición administrativa “no cabe en relación con ella la alegación de acto firme”.

niendo reglamento y acto administrativo, sino en la contraposición de titularidad de la potestad reglamentaria y de la competencia. No todos los órganos que tienen competencia para dictar actos administrativos tienen en cambio potestad reglamentaria, como se deduce fácilmente del ordenamiento español y la distinción no es ajena al Derecho americano.⁸⁵ No tienen que seguir necesariamente todo el procedimiento previsto para el reglamento, cuyo no cumplimiento se ha esgrimido en ocasiones como un argumento para negar el carácter normativo. Pero también sucede que ese elemento que completa la norma tiene un procedimiento específico⁸⁶.

Evidentemente, el concepto de elemento normativo desgajado supone alargar el campo de las normas. Como tal ha sido reconocido en alguna sentencia: es “el escalón último”.⁸⁷ Son “sintagma que la doctrina alude a la rigidez de la total aplicación de las normas legales sobre elaboración de reglamentos...podríamos decir que tienen contenido de norma y envoltura de acto”.⁸⁸ Se acepta, no sin dudas, como una “unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma”⁸⁹, un híbrido contradictorio que desnaturaliza su ca-

⁸⁵ Vid. supra. Las agencias tienen potestad normativa, ejecutiva y jurisdiccional. Sobre la posibilidad de que el Congreso asigne la resolución de casos y controversias a las Agencias en lugar de a los Tribunales, Cfr. TRIBE, L. H., *American...*, op. cit., pp. 292-298.

⁸⁶ Un ejemplo ilustrativo: El RD 1048/2013 de 27 de diciembre en virtud de lo dispuesto en la ley 24/2013 de 26 de diciembre del sector eléctrico establece la metodología de retribución de las empresas distribuidoras, con previsión de propuesta de la CNMC y audiencias de los interesados, que es *desarrollada* por la Orden IET/2660/2015 de 11 de diciembre y que se *aplica* a las empresas identificadas individualmente por la Orden ET/980/2016 de 10 de junio.

⁸⁷ STS de 25 de junio de 1986 (RJ 1986/4889).

⁸⁸ STS de 29 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6714).

⁸⁹ STS de 5 de febrero de 1994, de 3 de noviembre de 1997, de 27 de noviembre de 1998 entre otras.

rácter normativo.⁹⁰ Existe una amplia tipología de la que la jurisprudencia da testimonio aunque no sea uniforme.⁹¹

VIII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La existencia de normas administrativas formalmente completas, de normas complementarias de desarrollo, de elementos normativos desgajados, de supuestos en que norma y acto se combinan de muy diversas maneras, como se ha expuesto, así como las distintas misiones de los actos, muestran la riqueza del Derecho administrativo en un punto de teoría general, como son las fuentes del Derecho, además de la originalidad y flexibilidad de sus técnicas.

Frente a la simplicidad del Derecho civil -ley y autonomía de la voluntad- el Derecho administrativo ofrece una gama que revela una auténtica *gradación de normatividad*, que se continúa muchas veces en la esfera de los actos con su *concatenación procedimental*.

Esa riqueza y flexibilidad responde a la misión y naturaleza propias del Derecho administrativo. Por eso, la tarea científica en este campo debe evitar el empecinamiento en afirmaciones rígidas –o es acto o es norma- desde concepciones apriorísticas. Y mucho menos hacerlo por razones predominantemente procesales.

De ahí la necesidad de estudiar los casos que parecen situarse en el intermedio de las categorías, como el supuesto que se ha denominado elementos normativos desgajados. Sucede, además, que las categorías construidas de cara a la realidad, sin apriorismos ni requerimientos de parte, poseen una notoria virtualidad práctica.

⁹⁰ El Abogado del Estado en asunto de la STS de 11 de octubre de 2011, alegó subsidiariamente que el decreto de calificación de bien cultural es un elemento normativo desgajado, “como una suerte de *tertium genus* en cuya elaboración no se requieren las formalidades legales de las normas reglamentarias.

⁹¹ Tarifas eléctricas (STS de 10 de junio de 2011), precios de especialidades farmacéuticas (STS de 2 de marzo de 1995), retirada de la pulpa azucarada (STS de 29 de septiembre de 1989, con expresa mención a elementos normativos desgajados), fijación del precio o valor de las partidas en máquinas recreativas y de azar (STS de 22 de diciembre de 1999).