

# **ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES ADMINISTRATIVAS Y PAUTAS JURISPRUDENCIALES PARA NO CONVERTIRSE EN REGLAMENTOS.**

**Jorge Ortiz Ramírez**

Abogado ICAM

## **I.- LA PROBLEMÁTICA DIFERENCIACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES Y LOS REGLAMENTOS**

Nadie duda de que son actos de naturaleza jurídica diversa, como se evidencia en el actual artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que hereda la redacción del anterior artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>1</sup>, en el que se dispone:

“Artículo 6. Instrucciones y órdenes de servicio.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”.

---

<sup>1</sup> Artículo 21. Instrucciones y órdenes de servicio.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

Conforme al mismo, se atribuye a los órganos administrativos la potestad de dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio, pudiendo ser objeto de publicación en el boletín oficial cuando una disposición así lo especifique o bien cuando se estima conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que pueda producir, y en caso de incumplimiento genera responsabilidad disciplinaria sin que afecte a la validez del acto administrativo dictado por el órgano administrativo inferior.

El Tribunal Supremo en sentencias de 31 de enero de 2018 (rec. 2289/2016), 29 de abril de 2021 (rec. 7190/2019) y 19 de abril de 2022 (rec. 443/2021), ha manifestado que:

*“Hay que distinguir las normas reglamentarias de las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de auto-organización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de <dirigir la actividad> interna de la Administración dando órdenes e instrucciones sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, ni trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos”.*

Es muy claro el Tribunal Supremo al señalar que las instrucciones y órdenes de ejecución tienen por objeto dirigir la actividad de la Administración en el cumplimiento de la normativa a la está sujeta, sin poder innovar el ordenamiento jurídico ni trascender a los ciudadanos, pero reconoce que tienen vocación de regir la relación de los órganos administrativos con los ciudadanos.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2022 (rec. 8701/2021), declaró igualmente que:

*“Las instrucciones, circulares u órdenes de servicio son las que los superiores jerárquicos de las Administraciones dirigen a sus inferiores en uso de su potestad de autoorganización. Sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo y su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación, o aclarar algún concepto oscuro, sin que quepa rebasar el ámbito de la norma que interpreta. No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria”.*

Clarifica un poco más el Tribunal Supremo al señalar que el fin de las instrucciones u órdenes de servicio dada por un órgano superior a otro inferior, es dar pautas interpretativas en la aplicación de las normas que garanticen una unidad de actuación de

la Administración o aclarar algún concepto oscuro pero sin rebasar el ámbito de la norma que interpreta, sin poder afectar a los ciudadanos.

A pesar de la claridad conceptual de que las instrucciones y los reglamentos son instituciones jurídicas diferentes, sin embargo, se suscitan numerosas impugnaciones judiciales por entender que las instrucciones enmascaran verdaderas disposiciones reglamentarias, excediéndose de su ámbito propio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que la determinación de la naturaleza de la norma reglamentaria no queda condicionada a la denominación que como tal le dé la Administración al acto, sino que es su contenido el que permite discernir si se trata realmente de una instrucción o de un reglamento (SSTS de 31-1-2018, rec. 2289/2016 y 29-4-2021, rec. 7190/2019).

Igualmente considera que no depende de la clase de materia sobre la que verse sino del alcance y significación que su autor otorga a dicha decisión, al decir que:

*“El carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende sólo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión” (STS de 7-6-2006, rec. 3837/2000, y 19-7-2007, rec. 7559/2002)*

De ahí, la importancia de analizar el contenido de la instrucción dada, para desentrañar si contiene en realidad o no disposiciones de rango reglamentario, al innovar el ordenamiento jurídico o bien por trascender más allá de la organización administrativa afectando a los ciudadanos, lo que comporta una inevitable labor casuística de análisis del contenido de cada instrucción u orden de servicio.

¿Puede la Administración a través de la interpretación de la norma, innovarla?, y ¿puede su interpretación afectar a los ciudadanos?

Son los Tribunales de Justicia los que analizando caso por caso, han venido arrojando luz sobre los límites de las instrucciones para que no se convierta en un cauce indiscriminado para la modificación del ordenamiento jurídico.

## **II.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS LÍMITES DE LAS INSTRUCCIONES Y PAUTAS PARA DIFERENCIAR LAS INSTRUCCIONES DE LOS REGLAMENTOS.**

En este apartado analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las impugnaciones de instrucciones por encubrir disposiciones reglamentarias, con el objetivo de extraer pautas que definan los límites de la Administración en su potestad de organización de su funcionamiento interno y búsqueda de una unidad de actuación sin afectar a los ciudadanos.

### **1) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2018 (REC. 2289/2016)**

En esta sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso que la Fundación Raíces interpuso contra la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la Aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (conocidos como MENA).

La parte recurrente pretende la nulidad del protocolo, entre otros motivos, por contravenir lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se estudia en su fundamento de derecho segundo, siendo la determinación de la naturaleza jurídica de la disposición si instrucción o reglamento el primer óbice formal, para aclarar si es susceptible o no de recurso directo, diciendo:

*“Ahora bien, resulta que para la declaración del óbice formal acogido por la sentencia de instancia, la Sala sentenciadora ha debido proceder a determinar la naturaleza de dicha resolución; es decir, determinar si nos encontramos con una norma reglamentaria, en cuyo supuesto sí procedería su impugnación directa, que es la pretensión de la Fundación recurrente; o si por el contrario nos encontramos con una mera circular de ámbito interno de la Administración que, por carecer de ese carácter reglamentario, no es susceptible de dicho recurso directo y, por tanto, el recurso sería inadmisibles”.*

El Tribunal reconoce que suscita contornos de difícil solución *“cuando se trata de distinguir los reglamentos de aquellas otras resoluciones que propiamente no comporta una norma en el sentido de innovar el ordenamiento jurídico, sino una manifestación del poder autoorganizativo que es propio de las Administraciones Públicas y su manifestación en la potestad de dar instrucciones a los órganos jerárquicamente vinculados en cómo actuar en una determinada actividad administrativa, sin afectar a la propia normativa general de dicha actividad”.*

Reconoce que es difícil alcanzar unos criterios generales desvinculado del caso a caso, siendo de apreciar una abundante casuística que no se puede desconocer a la hora de examinar el debate concreto.

Lo que se plantea es si el protocolo es propiamente una disposición general que tiene acceso al recurso directo del artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción, reconocido con relación a las normas de rango reglamentario, o bien una decisión administrativa que no puede acceder a esa vía de impugnación directa.

Se recuerda que la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido declarando reiteradamente que para determinar la naturaleza de una norma reglamentaria debe prescindirse de la denominación que se haya dado a la disposición general, *“por lo que la regla general en nuestro Derecho es que las instituciones tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se la haya dado”*.

Se define el reglamento diciendo que *“debemos partir de la idea básica de que el reglamento es una norma y que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico y su aplicación no solo no lo agota, sino que lo hace patente en su eficacia y permanencia, circunstancias que lo diferencia del acto administrativo que no participa de esas circunstancias”*. Agrega además que el reglamento *“no es una manifestación de la Administración, sino que va más allá y responde a un mandato general del legislador, expreso o implícito, de integrar el ordenamiento jurídico, de completarlo, que es la función tradicional de estas normas jurídicas”*.

Se definen las instrucciones como *“órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad " interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos”*.

El Tribunal Supremo, siguiendo el criterio previo de la Audiencia Nacional, entiende que el Protocolo Marco no se trata de una norma reglamentaria y no es susceptible de ser revisado en vía contencioso-administrativa por el recurso directo.

Estima que el Protocolo es el instrumento adecuado que permita la coordinación de varias instituciones públicas y que contiene directrices de actuación para los órganos inferiores respecto a los menores extranjeros no acompañados (MENA) en nuestro País, diciendo que *“la finalidad del Protocolo no es otra que la de dar las concretas instrucciones a cada cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, y con la confesada finalidad de coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia”*.

Reconoce que el Protocolo afecta no sólo a autoridades o funcionarios sino a terceros como son los menores extranjeros no acompañados (MENA), pero no innova el Reglamento. Así, por ejemplo, el deber de someterse a pruebas sobre la edad se impone en el artículo 190 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEx), lo que legitima que puedan referirse a terceros.

Se plantea igualmente el carácter reglamentario del Capítulo V del Protocolo *“extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”*, en el que se regula un auténtico procedimiento a seguir en los supuestos en los que las fuerzas de seguridad localizan a un menor de edad extranjero indocumentado, interviniendo autoridades y funcionarios de las más variada especialidad y dependencias jerárquicas, interviniendo el Ministerio Fiscal. Sin embargo, el Tribunal no considera que se trata de un reglamento por cuanto que el Protocolo clarifica que los expedientes de determinación de edad tramitados por el Ministerio Fiscal seguirán las formas de las diligencias procesales reguladas en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y con las Circulares e Instrucciones ordenadas por el Fiscal General del Estado, por lo que no se afecta ni se innova la normativa, y el resto de la regulación está motivada en *“en la necesidad de una norma de coordinación interna”*.

Declara la inadmisibilidad del recurso por entender que el Protocolo, una vez analizado los apartados que lo integran, no es un reglamento sino una instrucción y como tal, no admite recurso directo sólo previsto en el artículo 71 de la LJCA para los reglamentos que son normas e impone costas.

**2) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2021  
(REC. 7190/2019)**

La STS de 29 de abril de 2021 enjuició las liquidaciones del canon de aprovechamiento hidroeléctrico, de la energía gratuita y de compensación por energía reservada al Estado en el aprovechamiento de Domeño, en el salto del pie de presa del embalse de Loriguilla y en el embalse de Benagéber.

IBERDROLA RENOVABLES ENERGÍA, S.A. y de IBERENOVA PROMOCIONES, S.A. recurrieron las liquidaciones puesto que éstas basan el método de actualización del Canon de Producción en la variación trimestral del IPC sin haberse respetado y aplicado los factores de actualización establecidos en la Instrucción de la directora general del Agua relativa a los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional.

La Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo admitió precisando que la cuestión que presenta ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es la siguiente:

*"Determinar si una instrucción dictada por la titular de la Dirección General del Agua y dirigida a las distintas confederaciones hidrográficas de cuenca, que tienen la consideración de organismos autónomos adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio competente en materia de medio ambiente, tiene naturaleza jurídica de una verdadera instrucción, circular u orden de servicio o, por el contrario, se trata de una disposición de carácter reglamentario, atendidas las circunstancias del caso, su contenido y finalidad, en especial, su repercusión sobre el canon por producción del aprovechamiento hidroeléctrico".*

El debate se centra, en primer lugar, en la naturaleza de las Instrucciones de 2014 y 2015 que regulan la forma de realizar la liquidación.

El Tribunal considera que la naturaleza de una instrucción no viene determinada por su denominación o forma, sino que requiere del análisis de su contenido<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> "Con todo y con eso, las dudas sobre su naturaleza no quedan despejadas, puesto que la mera denominación como instrucciones, no excluye que puedan tener carácter normativo y eso es lo que se desprende de su contenido. Como señala la STS de 31 de enero de 2018, rec. cas. 2289/2016, hay que distinguir las normas reglamentarias de "las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de auto organización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigirla actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, ni trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del

Lo decisivo, por tanto, no es *nomen iuris*. Tanto da como se llame (instrucción o circular) lo relevante es su contenido. La teoría está clara, tal como se desprende de la consolidada doctrina jurisprudencial, las dificultades para decantarse por una u otra opción surgen en la práctica, de suerte que la solución vendrá dada en función del concreto contenido de la "instrucción".

Las instrucciones controvertidas carecen de carácter normativo cuando, como es el caso, *"su vocación es la de simple mandato dirigido a los funcionarios públicos a los que establece criterios de actuación meramente interpretativos de las disposiciones reglamentarias, que aun pudiendo incidir en los intereses de los particulares, no innovan el ordenamiento jurídico"* (cr. STS de 31 de enero de 2018, (rec. cas. 2289/2016).

Efectivamente, las Instrucciones 2014 y 2015 no introducen ningún requisito nuevo, no innovan el ordenamiento y van dirigidas, desde el punto de vista subjetivo, a los órganos administrativos destinatarios de las mismas, no a terceros ajenos a dicho ámbito.

Las instrucciones controvertidas al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no regulan derechos y deberes de los concesionarios. No contienen previsiones *ad extra* que vinculen o afecten a terceros (los concesionarios) incidiendo en su situación jurídica al fijar en determinados aspectos las condiciones de la concesión y, entre ellas, la actualización del importe del canon concesional.

---

*ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos". Se ha dicho que "el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo, no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ/PAC" (STS de 21 de junio de 2006, rec. 3837/2000)".*



### **3) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2021 (REC. 3439/2021)**

El T.S. conoce del recurso de casación interpuesto por la "Agrupación de Profesionales Taurinos Luchadores, Asociación Profesional de Matadores y Apoderados Unidos y Asociación Profesional de Matadores, Rejonadores, Subalternos y Mozos de Espada", frente a la Circular 1/2014-ET, de 15 de enero de 2014, de la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil, de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, sobre el requisito del visado de los contratos profesionales del toreo en el procedimiento de autorización de los espectáculos taurinos.

El auto de admisión del recurso de casación precisa que la cuestión sobre la que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar *“si la impugnación del contenido de la Circular en vía jurisdiccional exige la existencia de un previo acto singular de aplicación, como se desprende del criterio de la Sala de instancia. E identifica como normas jurídicas que debemos interpretar las contenidas en los arts. 25.1 y 69.c) LJCA, 9.3, 24.1, 37.1CE y 21.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*.

La respuesta a la cuestión debe abordarse partiendo del contenido de la Circular cuestionada por los recurrentes, pues *“es su contenido el que nos revelará cuál sea su naturaleza jurídica, esto es, si se acomoda a cuanto se regula en el art. 21 de la Ley 30/1992 (actual art. 6 de la Ley 40/2015) -como sostiene la Junta de Andalucía- o se trata, realmente, de una disposición de carácter general, como sostienen los recurrentes”*.

La "Circular 1/2014-ET, sobre el requisito del visado de los contratos de profesionales del toreo en el procedimiento de autorización de los espectáculos taurinos", se refiere al requisito contenido en el art. 16.2.f) del Reglamento Taurino de Andalucía, aprobado por Decreto 68/2006, de 21 de marzo. En virtud de este precepto reglamentario, en los procedimientos de autorización de los espectáculos taurinos, las solicitudes de autorización presentadas por las empresas taurinas deberán acompañar, entre otros documentos: "Copia de los contratos, con precio u honorarios convenidos, suscritos con los profesionales actuantes o empresas que los representen, visados por la Comisión de Seguimiento, Vigilancia y Control del Convenio Colectivo nacional taurino legalmente constituida u órgano que en su caso la sustituya en sus funciones o, si no existieran las

anteriores, el órgano competente en materia de inscripción y registro de convenios colectivos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y certificación de la Seguridad Social en la que conste la inscripción de la empresa organizadora, el alta de los actuantes, así como de encontrarse la referida empresa al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social correspondientes a las dos últimas anualidades".

EL TS no aprecia tal carácter normativo en la Circular cuestionada cuyo contenido se mantiene dentro de los márgenes que a las instrucciones o circulares atribuye el art. 21 de la Ley 30/1992 (actual art. 6 de la Ley40/2015). En efecto, el objeto de la circular es ofrecer "a los órganos y unidades dependientes" de la Dirección General que la dicta, que son sus destinatarios, unas pautas de interpretación del requisito relativo al visado contenido en el art. 16.2.f) del Reglamento, tras su reforma por el Decreto 278/2011, aclarando alguno de los conceptos que el precepto utiliza ("Comisión de Seguimiento, Vigilancia y Control del Convenio Colectivo nacional taurino legalmente constituida u órgano que en su caso la sustituya en sus funciones") para lograr "una aplicación homogénea en Andalucía". La circular no establece ni impone ningún nuevo requisito entre la documentación que deben aportar los solicitantes de la autorización del espectáculo taurino que no se encuentre previsto en el Reglamento, se limita a interpretar o aclarar uno de esos requisitos que el Reglamento establece en lo que se refiere al concepto antes citado: "convenio colectivo nacional taurino".

Se trata, por tanto, de un contenido propio de una circular como es el de fijar unos criterios o pautas interpretativas, aclarando o ilustrando a los funcionarios sobre la interpretación del Reglamento efectuada por el superior jerárquico, a fin de unificar los criterios de su aplicación por los órganos y unidades que él dependen y conseguir una interpretación y aplicación homogénea de la norma. Ofrece, por tanto, una interpretación para exclusivo uso interno, pues sólo los órganos dependientes de la Dirección General que la emite son sus destinatarios, sin que tenga incidencia ni vinculación alguna para los terceros administrados que en absoluto están sometidos a esta interpretación efectuada por la Dirección General y que, si la consideran desacertada, pueden expresar tal disconformidad al impugnar los actos de aplicación del reglamento que la asuman.

#### **4) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2019 (REC. 1364/2018)**

El recurso fue interpuesto por el Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, contra el decreto de 2 de marzo de 2017, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, por el que aprueba la Instrucción 1/2017, aclaratoria sobre los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid - BOAM- de 22 de marzo de 2017), siendo parte demandada el Ayuntamiento de Madrid.

La sentencia de instancia señala que: *"La Jurisprudencia es unánime y uniforme al indicar que dichas instrucciones o circulares tiene una simple eficacia ad intra de la organización administrativa, por lo que se dirigen a los inferiores jerárquicos, no a los particulares. Ello impide que puedan considerarse normas reglamentarias. De ahí que su eventual incumplimiento, por sí solo, como disponía ese artículo 21.1 de la Ley30/1992 y el vigente 6.2 de la Ley 40/2015, no afecta a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir. En tal sentido, SSTs 21 de junio de 2006, 2 de marzo de 2007 y 17 de octubre de 2007".*

Pues bien, partiendo de tal doctrina jurisprudencial la sentencia de instancia rechaza el planteamiento del Ayuntamiento recurrido en el sentido de que *"la instrucción impugnada no es una disposición general, sino que es un instrumento de organización interna dirigida a los funcionarios de la corporación para aclarar algunas expresiones de concretos artículos de las NNUU del plan general en lo referente a los patios de manzana".*

A la misma conclusión llega el TS, quien en su Fundamento Jurídico Quinto dice que *"el grupo municipal recurrente está legitimado para ejercitar una acción pública en materia urbanística ante esta jurisdicción, y con el resultado que luego se concretará, contra lo que es, bajo la apariencia y denominación de una instrucción meramente organizativa, en la realidad, a tenor de todo el contenido arriba valorado, una disposición de carácter general que modifica una parte integrante (normas urbanísticas) de otra como es un instrumento de planeamiento urbanístico, sin seguir el procedimiento legalmente previsto para ello, y dictada, además, por un órgano manifiestamente incompetente a tenor de la normativa igualmente reseñada.*

*Respecto de la nulidad de la misma, en modo alguno podrían existir dudas, a la vista de las conclusiones a las que llega la sentencia de instancia ---declarando su nulidad de pleno derecho---, con base en la auténtica naturaleza del acto y de sus consecuencias jurídicas.*

*En síntesis, debemos ratificar:*

1º. *Que lo aprobado en modo alguno puede ser considerado como una mera Instrucción con apoyo en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público (LSP).*

2º. *Que, en realidad, se trata de una modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General de Madrid, con una finalidad de alteración de las mismas concreta y específica, y que su funcionalidad no puede quedar limitada, por las razones que expresa la sentencia de instancia, a una simple función interpretativa.*

3º. *Que tal modificación normativa del PGOU, obviamente, es llevada a cabo con evidente incumplimiento del procedimiento bifásico legalmente establecido al efecto (destacando sus trámites de aprobación inicial y provisional municipales, así como definitiva, autonómica), y, todo ello, mediante la decisión de un concejal del Ayuntamiento (si bien, por delegación de funciones), sustrayendo la definitiva competencia autonómica”.*

Agrega el TS que “*la supuesta Instrucción no va dirigida a los funcionarios o técnicos municipales -finalidad, que ya de por sí, dado su contenido técnico resultaría discutible-, sino que incide en los particulares o entidades titulares de inmuebles en patio de manzana de Madrid; por otra parte, la misma Instrucción desarrolla preceptos, más allá de su simple aclaración, con carácter vinculante y regulador”.*

## **5) SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE 27 DE ABRIL DE 2023 (REC. 27/2021)**

Se presentó escrito de interposición de recurso contencioso administrativo por la representación de la ASOCIACION DE PROMOTORES CONSTRUCTORES DE EDIFICIOS DE ASEMPAL-ALMERIA, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar que acordó aprobar la Instrucción interpretativa de la altura de edificación señalada en el Plan General de Ordenación Urbanística de Roquetas de Mar, publicada en el BOP de Almería de fecha 23 de noviembre de 2020.

En la Instrucción aprobada se determinó que "*El parámetro objeto de comprobación para la determinación de la altura de la edificación es el número de plantas fijado en la representación gráfica del Plan.*".

La Instrucción pretendía resolver lo que se "*había suscitado en diversas ocasiones, y en relación con diferentes tipologías permitidas por el planeamiento municipal, si es posible la edificación sin alcanzar la altura máxima establecida en el PGOU o si, en su literalidad, ha de edificarse hasta la altura máxima para lograr la armonización de la edificación con la manzana.*

*Y ello ya que la definición de este parámetro en el plan viene señalada como altura máxima, con condiciones particulares en relación con las construcciones permitidas por encima de esa altura, pero sin indicar expresamente una altura mínima, o las circunstancias que bajo ese parámetro serían admisibles para minimizar el efecto en la imagen urbana, la adaptación al ambiente en que estuvieren situadas o desde luego el impacto físico de un abanico de posibilidades para cada parcela, hasta alcanzarla"*

Señalando la Instrucción que *"La solución a las posibles discrepancias entre las previsiones del planeamiento aplicable y algunos aspectos de los proyectos de obras se ciñe pues, en esta materia, a la dimensión vertical del volumen definido por el planeamiento, sobre la base de que, para la determinación de la altura de la edificación, conforme está redactada el Plan tal y como se ha indicado, el único parámetro es el de las plantas permitidas en la documentación gráfica, y es precisamente ésta la identidad más expresiva de su límite constructivo"*

Pues bien, siendo como es la Instrucción aprobada por el Ayuntamiento un mandato para el actuar de los órganos y empleados municipales, no deja de tener trascendencia para los terceros interesados en este caso, pues la misma se aplica en la tramitación de licencias de obras en el municipio de Roquetas de Mar.

Las pruebas aportadas, informe técnico de Arquitecto, e informe del Jefe de Servicio de Urbanismo de la Delegación Territorial de Almería de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, de fecha 31.05.2021, que señala que no existe en la normativa del PGOU una determinación de altura mínima, ni exigencia de que este sea equiparado a la altura máxima como pretendió la Instrucción, señalando que *"(...) la referida Instrucción no es la herramienta para conseguir resolver la problemática que exista respecto a los márgenes en que se pueda mover, según el PGOU de Roquetas de Mar, la altura de la edificación en una parcela determinada (...)".*

Por tanto, si el PGOU dejó libertad en cuanto a la altura mínima no puede imponerse por vía de Instrucción una determinación distinta en esta. La consecuencia de estas consideraciones es la nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada, pues se trata, pese al nombre de esta, de una modificación del PGOU al margen del procedimiento previsto para su innovación, dándose la causa de nulidad prevista en el art.47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *"Los dictados prescindiendo total y absolutamente del*

*procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados."*

**6) SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 4 DE ABRIL DE 2023 (REC. 441/2021)**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia nº 210, de 14 de abril de 2023, rec. 441/2021, conoció de la impugnación de la Orden 899/2021, de 29 de abril, de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad, por la que se dictan instrucciones generales sobre la innecesidad de someter algunas actuaciones en suelo no urbanizable de protección al procedimiento de calificación urbanística, con el fin de agilizar y facilitar la implantación de actividades propias en el medio rural.

Esta instrucción se aprobó en ejercicio de la competencia atribuida al Consejero competente en materia de ordenación urbanística para aprobar mediante Orden, instrucciones técnicas, facultad reconocida en el artículo 31.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid,

La instrucción fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 30-4-2021.

Según el Tribunal no estamos ante una instrucción u orden de servicio que un superior jerárquico de la Administración dirige a sus inferiores, sino que, por el contrario, vincula a terceros ajenos como son corporaciones locales y a los propietarios, diciendo:

*«En definitiva, no es una interpretación para uso exclusivo interno, por cuanto tiene incidencia y vinculación para terceros administrados». (...) «En efecto, si se examina el contenido de la Orden impugnada, al establecer toda una serie de actuaciones exentas de la calificación urbanística, se comprueba claramente que los destinatarios de la misma no son los órganos jerárquicamente dependientes, sino que por el contrario, sus disposiciones están dirigidas a la colectividad, que en este caso son tanto los órganos de las entidades locales de la Comunidad de Madrid como los propietarios y usuarios de los suelos en los que se desarrollan estas actividades». (...) «Existe una clara vocación de generalidad en la disposición impugnada».*

#### IV.- CONCLUSIONES

A la vista de la jurisprudencia expuesta, el Tribunal Supremo concluye que la diferenciación entre instrucciones y reglamentos no depende del nombre dado ni tampoco de la materia tratada, sino que hay que atender al contenido concreto de la Instrucción, la cual debe de cumplir dos requisitos:

- Que no innove el ordenamiento jurídico.
- Que afecte exclusivamente a los propios órganos o funcionarios inferiores de la Administración sin trascender a terceros. En caso de hacerlo, debe de tener su fundamento en una norma jurídica que aplica.

La posible publicación de la instrucción en un Boletín Oficial, le otorga una indudable apariencia de norma reglamentaria y una vocación de eficacia general más allá del ámbito interno de una Administración Pública, lo que requiere el enjuiciamiento de su contenido caso por caso por el Tribunal Supremo.

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo evita una posible mala práctica administrativa de poder utilizar las instrucciones para modificar el ordenamiento jurídico al margen del procedimiento legal establecido, recordando que su fin es dar pautas interpretativas de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación administrativa y aclarar conceptos oscuros sin rebasar el ámbito de la norma que interpreta, y sin trascender a terceros ajenos a la Administración.