

Pre-Print Series in EU Law
3/24

EL *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Luis Arroyo Jiménez



**Cofinanciado por
la Unión Europea**

Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

EL *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Luis Arroyo Jiménez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Cita sugerida: L. ARROYO JIMÉNEZ, *El soft Law administrativo*, 3/24 Preprints Series in EU Law, Center for European Studies “Luis Ortega Álvarez”- Jean Monnet Center of Excellence, 2024.

De próxima publicación en: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Marcial Pons, 2025.

EL *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Luis Arroyo Jiménez

ÍNDICE: I. EL FENÓMENO DEL *SOFT LAW*: 1. Los orígenes y la expansión del *soft law*; 2. El *soft law* como instrumento de regulación; II. EL CONCEPTO DE *SOFT LAW*: 1. El dilema del concepto de *soft law*; 2. Los elementos del concepto de *soft law*; III. LAS MODALIDADES DE *SOFT LAW*: 1. Utilidad y limitaciones de una ordenación tipológica; 2. Tipos de *soft law* según los sujetos relevantes; 3. Tipos de *soft law* según su relación con el *hard law*; 4. Tipos de *soft law* según su función institucional; IV. LOS EFECTOS DEL *SOFT LAW*: 1. Efectos jurídicos interpretativos; 2. Efectos jurídicos invalidantes indirectos; 3. Efectos jurídicos resarcitorios; 4. Efectos jurídicos sancionadores; 5. Efectos prácticos; V. EL CONTROL DEL *SOFT LAW*: 1. El control político; 2. El control judicial supranacional; 3. El control judicial interno; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL FENÓMENO DEL *SOFT LAW*

1. Los orígenes y la expansión del *soft law*

1. La noción de *soft law* se emplea con carácter general para aludir a reglas mediante las cuales los poderes públicos pretenden dirigir la conducta de sus destinatarios y que escapan del sistema de tipos normativos tradicionales por carecer de naturaleza jurídica vinculante. Tanto la realidad sobre la que se proyecta dicha noción, como los esfuerzos dirigidos a comprenderla mejor y a racionalizarla normativamente son sorprendentemente recientes, lo cual hace que sea aún más notable la enorme expansión y la considerable diversificación que el fenómeno ha sufrido en muy pocas décadas.

2. El concepto de *soft law* aparece en el ámbito del **Derecho internacional** a principios de los años setenta para aludir a una serie de prácticas que no se dejaban encerrar en la relación de fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, precisamente por carecer de naturaleza jurídica vinculante¹. A lo largo de la década siguiente la presencia del *soft law* en las relaciones internacionales aumenta considerablemente como consecuencia de la progresiva ampliación de las organizaciones internacionales y de la creciente intervención de actores privados en su funcionamiento, pues ambas circunstancias dificultan la adopción de normas y actos secundarios formalizados y vinculantes. La categoría también se **expande** de la mano de la definición de estándares globales carentes por sí mismos de naturaleza jurídica vinculante, pero de indudable eficacia práctica, por parte de organizaciones públicas, privadas e híbridas (Leñero/Darnaculleta, I, 9, §§ 62-70). Las expresiones del fenómeno se **diversifican** por medio de un catálogo muy numeroso de instrumentos y denominaciones diversas (resoluciones, declaraciones, guías, códigos de conducta, etc.). Paralelamente, el **interés académico** por estas nuevas formas de regulación, que se delimitan por contraposición a las normas y actos de carácter vinculante², se incrementa considerablemente en el marco de la discusión acerca del *new public management* y de

¹ R. J. DUPUY (1975: 132-148).

² T. FAJARDO DEL CASTILLO (2024: 35-46).

la buena gobernanza, primero³, y del proyecto del Derecho administrativo global, después⁴.

3. La presencia del *soft law* en el **Derecho de la Unión Europea** es al menos tan antigua como en el propio Derecho internacional público; no solo en forma de recomendaciones, expresamente contempladas en los tratados constitutivos desde 1957 como actos no vinculantes típicos (art. 288 V TFUE), sino también mediante instrumentos atípicos como las denominadas “Comunicaciones de navidad” de 1962, relativas a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales y a los acuerdos de licencias de patentes⁵. La década de los ochenta también supuso una **expansión** considerable de los instrumentos de *soft law* en el Derecho de la Unión Europea, donde suscitó un interés académico notable⁶. Sin embargo, el impulso definitivo a esta forma de ejercer el poder en el sistema institucional de la Unión tuvo lugar a partir del año 2000 con motivo de la denominada *estrategia de Lisboa*, que impulsó un cierto reemplazo de los instrumentos de regulación vinculantes adoptados mediante el tradicional método comunitario, en favor del llamado método de coordinación abierto y de otros mecanismos de gobernanza multinivel caracterizados por dar lugar a productos carentes de naturaleza jurídica vinculante⁷. La expansión del *soft law* en la práctica de las instituciones europeas fue en ese periodo tan asombrosa que en 2004 se calculaba ya que más de un 10% de los actos y normas de la Unión pertenecían a esta categoría⁸. Aunque no hay datos relativos a su evolución posterior, todo parece indicar que su presencia no ha hecho sino aumentar. El proceso, además, ha dado lugar a una cada vez mayor **diversificación** del *soft law* producido no solo por las instituciones, sino también por las numerosas agencias que han ido poblando el sistema institucional de la Unión. En paralelo se ha podido detectar también un creciente **interés académico** tanto por lograr una mejor comprensión del fenómeno, como por identificar y en su caso corregir los problemas que presenta desde un punto de vista normativo⁹.

4. En el **Derecho español** no se ha producido un análisis comprehensivo de la categoría del *soft law* hasta tiempos relativamente recientes¹⁰. Desde esta perspectiva, nuestro Derecho público ha tenido una evolución semejante a la del Derecho francés e italiano: la **ausencia de una aproximación homogénea y completa** a los instrumentos de *soft law* ha sido compatible con la existencia de una figura de larga tradición, como son las circulares internas de la administración, actualmente denominadas instrucciones u órdenes de servicio (*infra* § 27). Contrasta con ello una menor atención, solo recientemente corregida (Rodríguez de Santiago, II, 23), a los instrumentos de planificación no vinculantes, al haberse centrado el análisis especialmente en el

³ R. BAXTER (1980: 549-556); M. BOTHE (1980: 65-95); C. CHINKIN (1989: 850-866).

⁴ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART (2005: 15-62).

⁵ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 3).

⁶ K. C. WELLENS, G. M. BORCHARDT (1989: 267-321),.

⁷ R. ALONSO GARCÍA (2001: 63-94); J. SCOTT, D- M. TRUBECK (2002: 1-18); K. ARMSTRONG (2011: 179-214).

⁸ A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, J. BAST (2004: 91-136).

⁹ O. STEFAN (2013); L. SENDEN (2004); M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021); P. L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ (eds.) (2023); M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MÖRTH (eds.) (2024).

¹⁰ D. SARMIENTO (2008).

planeamiento vinculante, así como el más absoluto desinterés por los instrumentos de formalización de políticas públicas carentes de naturaleza jurídica vinculante, de larga tradición en el Derecho público británico (*policy instruments*)¹¹ y estadounidense (*general statements of policy*)¹². No obstante, nada de esto permite desconocer que **las administraciones públicas españolas producen *soft law* en varias de sus diversas manifestaciones**, y que su presencia no ha hecho sino aumentar durante las dos últimas décadas, especialmente en el ámbito de los sectores de actividad administrativa más afectados por el proceso de europeización del Derecho interno (Sarmiento/Codina, I, § 10), y sobre todo en aquellos en los que el Derecho de la Unión ha obligado al legislador nacional a atribuir funciones reguladoras y de supervisión a administraciones instrumentales especializadas.

5. La creciente atención que ha merecido el *soft law* como instrumento de actuación del poder público no es, en efecto, desproporcionada en atención a la rapidez y la intensidad de su expansión, que han sido muy notables en todos los niveles territoriales de ejercicio del poder. Las **razones de la imparable expansión del *soft law*** son diversas y están conectadas con las actuales transformaciones del Estado y de sus formas de intervención en los procesos sociales y económicos.

6. En primer lugar, la proliferación de instrumentos de *soft law* refleja la **pérdida de capacidad directiva de los instrumentos de regulación tradicionales**, caracterizados por tener carácter jurídico-vinculante y por contar con el respaldo derivado de su posible ejecución estatal a través del ejercicio de la autoridad¹³. Durante las últimas décadas se puede apreciar una pérdida de la eficacia de los tipos de regulación vinculante en el desempeño de su función de dirección social que, a su vez, ha dado lugar a que dichos instrumentos se hayan visto complementados por otros no vinculantes, entre los cuales se encuentran manifestaciones del *soft law*. Un ejemplo paradigmático es el repliegue de la tradicional regulación administrativa de la técnica en favor de estructuras de autorregulación que, con frecuencia, producen estándares de cumplimiento puramente voluntario¹⁴.

7. El *soft law* ha proliferado también, en segundo término, a raíz de la cada vez **mayor complejidad de las relaciones interadministrativas** en las que participan los diversos entes y órganos públicos, que ha terminado reclamando una mayor diversificación de los instrumentos por medio de los cuales se articulan esas relaciones¹⁵. Por un lado, y de forma similar a lo sucedido con los mecanismos de dirección social, los instrumentos de ordenación de las relaciones interadministrativas de carácter vinculante (órdenes, instrucciones, informes vinculantes, controles administrativos, etc.) se han visto complementados por instrumentos de cooperación no vinculantes expresados a través de actos unilaterales y de convenios que en ocasiones tienen, como

¹¹ G. GANZ (1987); P. CRAIG (2003: 398-405).

¹² P. L. STRAUSS (1992: 1463-1489); R. M. LEVIN (2018: 263-356).

¹³ D. SARMIENTO (2008: 32-39); C. SCOTT (2009: 160-173); I. MAHER (2021: 21-38); C. MÖLLERS (2022: 414).

¹⁴ Considerandos 1, 2 y 11 del Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea.

¹⁵ D. SARMIENTO (2008: 49-60); M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO (2023: 418-424).

se verá (*infra* § 35), la consideración de *soft law*¹⁶. Por otro lado, en el ámbito de las relaciones entre entes y órganos públicos, las medidas unilaterales de *soft law* se han utilizado para agotar, cuando no directamente sortear, los límites de las competencias propias¹⁷.

8. En tercer lugar, la expansión del *soft law* ha tenido su principal impulso en la **práctica de las instituciones y órganos de la Unión Europea** que, por razones diversas, han hecho un uso creciente de instrumentos de *soft law* europeo tanto típicos como atípicos (*supra* § 3). Pero la Unión no se ha limitado a emplear este mecanismo no vinculante de gobernanza, sino que en áreas muy diversas ha conducido a que los Estados miembros también lo hicieran. De este modo, las autoridades nacionales no solo han de adoptar decisiones en escenarios regulatorios caracterizados por la presencia de instrumentos de *soft law* europeo como, por ejemplo, la energía, la competencia o el medio ambiente¹⁸, sino que también se han visto empujadas a adoptar ellas mismas sus propias medidas de *soft law* en el marco de la norma secundaria europea correspondiente¹⁹.

9. Tanto en el nivel supranacional como en los puramente internos, el uso del *soft law* se ha extendido también a la vista de las oportunidades que este ofrece para permitir la participación de los individuos y de los grupos en los que estos se integran en los procesos de toma de decisiones²⁰. La necesidad de **facilitar la participación ciudadana en la acción del poder** se percibe cada vez más intensamente en el marco de sociedades plurales como la europea y la española (Arroyo Jiménez, I, 8, §§ 186-191)²¹. Y la manera de satisfacerla no pasa exclusivamente por la apertura de trámites de participación en los procedimientos formalizados orientados a la adopción de decisiones vinculantes, sino que se ha concretado también en la extensión de instrumentos de carácter informal y no vinculante, entre los que se encuentran los instrumentos de *soft law*, en los que la participación puede tener lugar de forma menos rígida.

10. Otra razón que explica la propagación del *soft law* en todo el mundo, especialmente en lo que se refiere a la regulación de sectores caracterizados por la relevancia de la ciencia y la tecnología, es que este tipo de mecanismos de intervención permite **incorporar, sistematizar y hacer operativo un conocimiento experto** que

16 Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legal en territorio español para recibir asistencia sanitaria, adoptadas en el seno del Consejo Interterritorial de Salud el 24 de abril de 2019 y publicadas a través de la Resolución de 20 de junio de 2019 de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Ministerio de Sanidad.

¹⁷ L. SENDEN (2004: 291-320).

¹⁸ L. ARROYO JIMÉNEZ, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021 233-245).

¹⁹ La aprobación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de la Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la competencia (G-2020-3) tiene lugar en el marco de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

²⁰ D. SARMIENTO (2008: 60-64).

²¹ J. MENDES (2011).

suele estar en cada vez más áreas fuera de los muros del Estado²². Los mismos factores que explican la aparición de estructuras de autorregulación social y económica favorecen también la expansión del *soft law*, primero porque el producto de la primera se expresa a menudo por medio del segundo²³, y segundo porque, con frecuencia, dicho conocimiento experto, que se encuentra fuera de los muros de la administración, se recupera mediante la participación de expertos en órganos y comités integrados en la organización pública, tanto a nivel europeo²⁴, como interno²⁵, a los que se encomienda la producción de reglas de *soft law*.

11. Por último, la expansión del *soft law* ha sido también función de la **globalización de las relaciones sociales y económicas**, que, como es conocido, ha generado una presión a favor de ampliar el ámbito territorial de las políticas regulatorias²⁶. La dificultad de liberar esa presión por medio de los instrumentos regulatorios tradicionales del Derecho internacional, esto es, la celebración de tratados internacionales y la adopción de Derecho internacional secundario, se ha ido haciendo frente mediante la adopción de instrumentos de *soft law* en el marco de estructuras de regulación heterogéneas, desde las organizaciones internacionales clásicas²⁷, hasta las redes transnacionales de reguladores públicos²⁸, pasando por organizaciones privadas²⁹ e híbridas³⁰ (Leñero/Darnaculleta, I, 9, §§ 17-27)³¹. Con independencia de que más tarde puedan ser incorporados, de formas diversas, a ordenamientos nacionales e internacionales y de que estos puedan atribuirles carácter vinculante o, al menos, asignarles determinados efectos jurídicos, lo cierto es que esos estándares, en sí mismos considerados, pertenecen a la categoría del *soft law*.

2. El *soft law* como instrumento de regulación

12. Los poderes públicos tienen a su disposición diferentes mecanismos para dirigir la conducta de los sujetos sometidos a su actuación. Los instrumentos no

²² M. DARNACULLETA GARDELLA (2005); J. ESTEVE PARDO (2009).

²³ D. SARMIENTO (2008: 64-68). Un ejemplo paradigmático son los protocolos de práctica clínica y asistencial elaborados por las distintas profesiones sanitarias para la unificación de los criterios de actuación de conformidad con el artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

²⁴ Las recomendaciones y metodologías adoptadas, respectivamente, por el Consejo Europeo de Inteligencia Artificial y por el Grupo Científico de Expertos Independientes, previstas en los artículos 65 y 68 del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

²⁵ Los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial elaborados por la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que participan representantes de la administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las mutualidades de funcionarios y de los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Enfermeros y de Médicos.

²⁶ J.-B. AUBY (2017: 1-38).

²⁷ Las recomendaciones adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas.

²⁸ Los estándares globales de regulación bancaria aprobados por el Comité de Basilea (BCBCS).

²⁹ Las normas técnicas aprobadas por la Organización Internacional de Estandarización (ISO).

³⁰ Los estándares contables aprobados por el Comité Internacional de Estándares Contables (IASB).

³¹ R. LEÑERO BOHÓRQUEZ (2020).

vinculantes, en general, y los que pertenecen a la categoría del *soft law*, en particular, conviven con las normas y actos jurídicos vinculantes en el interior de la caja de herramientas que aquellos tienen a su disposición. La relación entre unos y otros instrumentos no es siempre la misma. Es posible, desde luego, encontrar ámbitos en los que la expansión del *soft law* ha tenido lugar en perjuicio del *hard law*, cuyas manifestaciones típicas han sufrido en esos casos un repliegue o retroceso. Puede apreciarse aquí una **función alternativa** del *soft law* respecto de los instrumentos de regulación tradicionales. Sin embargo, acaso lo más frecuente no sea tanto la sustitución de una forma de intervención por la otra, cuanto la creciente utilización de medidas de *soft law* a fin de mejorar los procesos de producción, interpretación y aplicación de las normas de *hard law*. En estos casos, el primero cumpliría más bien una **función complementaria** respecto a los instrumentos propios del Derecho vinculante³².

13. Entre las **fortalezas** más destacadas del *soft law* se ha de destacar la significativa **flexibilidad** de estos instrumentos y su **capacidad de adaptación** a las mutaciones propias del objeto de la regulación contemporánea. Precisamente por carecer de efectos jurídicos vinculantes, los actos de *soft law* suelen poder adoptarse, bien sin la necesidad de tramitar un procedimiento de toma de decisiones formalizado, o bien de acuerdo con un régimen procedimental menos riguroso. Esta circunstancia facilita, como es obvio, la adopción y la futura reforma de los instrumentos correspondientes, especialmente en aquellos ámbitos en los que la regulación debe ser particularmente sensible a la evolución de su objeto, así como en relación con actividades sociales en las que el comportamiento individual y su dirección pública se caracterizan por una mayor complejidad e incertidumbre científica o técnica. Junto a la flexibilidad, también se destaca su capacidad para facilitar la cooperación entre diferentes actores. La flexibilidad procedimental y la falta de carácter vinculante de los instrumentos de *soft law* reducen los costes de transacción y facilitan la adopción de los acuerdos necesarios para su adopción³³, algo particularmente valioso en el ámbito de la cooperación interadministrativa, especialmente en contextos institucionales multinivel como son los propios de la Unión Europea y del Estado autonómico.

14. Los críticos respecto del fenómeno subrayan, en cambio, ciertas **debilidades** del *soft law* por comparación con el *hard law* que se desvelan desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, el *soft law* presenta evidentes y relevantes **problemas de legitimidad** en aquellos casos en que se emplea en lugar de instrumentos de regulación tradicionales³⁴. No es infrecuente que los poderes públicos adopten medidas de *soft law* para sortear la aplicación de un procedimiento de toma de decisiones relativamente gravoso, para no tener que satisfacer presupuestos de validez que resultarían aplicables si la regla de conducta se adoptara a través de un tipo normativo reconocido por el sistema de fuentes del Derecho, o incluso para poder establecer reglas de conducta en relación con intereses públicos o materias sobre las que se carece de competencia normativa. El desplazamiento de los instrumentos propios del Derecho en beneficio de medidas de *soft law* lleva también aparejado, pues, el de las estructuras organizativas y procedimentales que operan como presupuestos de legitimidad de la acción del poder cuando esta tiene lugar por medio del sistema de normas y actos jurídicos vinculantes.

³² L. SENDEN (2004: 25-29, 219-234); R. ALONSO GARCÍA (2004: 63-94).

³³ M. FAURE, N. PHILIPSEN (2024: 56-70).

³⁴ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 34-38).

15. Por otro lado, frente a las normas de *hard law*, cuyo contenido opera regularmente como presupuesto de validez de normas y actos posteriores, el desconocimiento de los instrumentos de *soft law* no determina por sí solo, tal y como se explicará inmediatamente a continuación, la producción de efectos invalidantes (*infra* §§ 28-29), aunque sí puede tener efectos jurídicos indirectos de variable intensidad (*infra* § 57). Ello contribuye a la superación de una forma de racionalización binaria de la experiencia jurídica basada en el par de conceptos válido/inválido (*infra* § 21), en favor de una escala gradual de juridificación (*infra* § 22). Si se analizan con detalle sus diversos efectos jurídicos, puede apreciarse que, a pesar de tratarse de una criatura no vinculante y, por tanto, normativamente débil, el *soft law* puede terminar endureciéndose en mayor o menor medida. Como consecuencia de ello, en el caso del *soft law* se aprecia una mayor **incertidumbre**, cuando no una comprensible **confusión acerca del alcance y contenido de su precisa normatividad**, que ponen en cuestión el fundamento último del Estado de Derecho³⁵, es decir, la claridad e inteligibilidad de la respuesta que el ordenamiento jurídico anuncia en relación con la conducta individual, requisito imprescindible para que las personas puedan programar de forma autónoma su propio comportamiento³⁶.

16. Estos dos riesgos característicos no permiten desacreditar de forma global el fenómeno de *soft law*, pero sí ponen de manifiesto la **necesidad de someterlo a una mejor racionalización jurídica**. El primero de ellos solo se proyecta sobre los instrumentos de *soft law* que vienen a reemplazar al *hard law*, pero ya se ha indicado que, con frecuencia, aquel no lo sustituye, sino que lo complementa. Además, que las medidas correspondientes no se adopten a través de los **procedimientos** y cauces formales previstos para el caso del ejercicio de potestades normativas vinculantes no significa que no puedan diseñarse estructuras organizativas y procedimentales adecuadas para la adopción de medidas de *soft law*, a cuya legitimidad no es preciso renunciar necesariamente³⁷. Es este un camino que debe recorrer fundamentalmente el legislador mediante la imposición de exigencias procedimentales y formales a la adopción de *soft law* por los poderes públicos, de un lado, y la regulación pública de las estructuras de autorregulación social, de otro.

17. Algo parecido puede afirmarse respecto de la legitimidad que resulta de la integridad del sistema de distribución de competencias. La actuación por medio de instrumentos no vinculantes es razonablemente más flexible que la que tiene lugar mediante tipos normativos de *hard law*. Así sucede tanto en el Derecho europeo, por una aplicación generosa de la doctrina de los poderes implícitos³⁸, como en el Derecho interno, mediante la admisión del ejercicio conjunto de competencias por parte de varios entes³⁹. Sin embargo, a pesar de esa mayor flexibilidad por comparación con la rigidez del sistema de distribución de competencias cuando estas se ejercen a través de normas

³⁵ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 38-46).

³⁶ F. LAPORTA (2007: 17).

³⁷ Por ejemplo, el art. 292 TFUE regula aspectos procedimentales y reglas de votación en el seno del Consejo a la hora de adoptar Recomendaciones.

³⁸ L. SENDEN (2004: 291-320).

³⁹ D. SARMIENTO (2008: 98-102).

y actos vinculantes, cuando lo hacen a través del *soft law* también resulta necesario que su autor goce de competencia en relación con la materia o con la tutela del interés público de que se trate. Más aún, el sistema puede limitar el alcance de las medidas de *soft law* que puede adoptar una determinada institución o ente por relación con una concreta forma de *soft law* típico o con una submateria particular. En suma, la mayor flexibilidad de esta forma de ejercicio del poder no lleva consigo necesariamente el abandono de cualquier pretensión de legitimidad asociada a las reglas de procedimiento o competencia.

18. El segundo riesgo también puede ser conjurado, aunque en este caso el camino no pasa por una mejor regulación de los procesos de elaboración del *soft law*, sino por una más clara y atenta racionalización de sus efectos jurídicos, que permita a sus destinatarios aprehender con más claridad cuáles son las concretas consecuencias jurídicas que resultan de su decisión de acatar o, en su caso, desatender las reglas de conducta establecidas en este tipo de instrumentos de acción del poder. Hacer frente a este reto es responsabilidad, en esencia, de la doctrina académica y de la jurisprudencia.

II. EL CONCEPTO DE *SOFT LAW*

1. El dilema del concepto de *soft law*

19. La literatura académica se ha aproximado al concepto de *soft law* de varias maneras y ha tratado de definir su alcance a partir de criterios muy diferentes⁴⁰. En la doctrina y en la práctica del Derecho de la Unión Europea se ha generalizado, sin embargo, una definición originalmente acuñada por F. SNYDER⁴¹, posteriormente depurada por L. SENDEN⁴², que se ha extendido en la doctrina europea y española⁴³. De acuerdo con ella, el *soft law* estaría compuesto por reglas de conducta **carentes por sí mismas de efectos jurídicos vinculantes**, pero que pretenden y de hecho producen **efectos prácticos**, y que incluso pueden tener ciertos **efectos jurídicos indirectos**. Como puede observarse, en esta aproximación, lo que pretende comprenderse mejor a través de este concepto no tanto aquello que, sin ser Derecho, puede adquirir relevancia en el sistema jurídico⁴⁴, cuanto una forma específica de dirigir procesos sociales que, sin ser vinculante, puede producir otro tipo de efectos, también jurídicos.

20. Esta definición expresa con claridad dónde se localiza el **dilema del concepto de *soft law***: por un lado, uno de sus rasgos característicos, si no el más relevante, es que carece de naturaleza o carácter jurídico vinculante; por otro lado, sin embargo, el *soft law* no solo tendría efectos prácticos, relacionados con la efectiva orientación del comportamiento de sus destinatarios, sino que también podría tener algún tipo de efectos jurídicos. El *soft law* se caracterizaría precisamente por acomodar de algún modo estas dos propiedades: la ausencia de carácter vinculante (de naturaleza o de efectos jurídicos vinculantes) y la posibilidad de producir de efectos jurídicos. Y, sin

⁴⁰ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 9-17).

⁴¹ F. SNYDER (1994: 64).

⁴² L. SENDEN (2004: 112).

⁴³ O. STEFAN (2013: 10-11); Daniel SARMIENTO (2008: 89-106).

⁴⁴ En este sentido, D. PAPAYANIS (2024).

embargo, no resulta evidente cómo la acción del poder puede llegar a producir efectos jurídicos si se articula por medio de instrumentos que carecen de naturaleza jurídica vinculante. Este problema suscita pues la cuestión relativa al significado preciso de las nociones de “efecto jurídico”, así como de “naturaleza o efectos jurídicos vinculantes”.

21. La aproximación tradicional a esta cuestión ha consistido en buscar un **criterio de aplicación binaria** que conduciría a un concepto lógico o clasificatorio de *soft law*: una regla de conducta podría, bien tener carácter o efectos jurídicos vinculantes, en cuyo caso pertenecería a la clase del *hard law*, o bien carecer de esa propiedad, en cuyo caso pertenecería a la clase del *soft law*⁴⁵. La propiedad determinante sería, por tanto, la relativa a que la regla de conducta tenga o no carácter vinculante o efectos jurídicos vinculantes, una propiedad que se comportaría como un criterio de aplicación categórica y convertiría a los conceptos de norma vinculante y de *soft law* en conceptos bivalentes de función clasificatoria.

22. Frente a esta aproximación, también se ha explorado la idea de que los conceptos de naturaleza y efecto jurídico vinculante son **conceptos de aplicación gradual**, esto es, conceptos delimitados a partir de propiedades que no concurrían de forma binaria, sino en mayor o menor medida⁴⁶. El carácter vinculante de una norma se encontraría así en función de si se concreta o no en un tipo normativo propio del sistema, de cómo se haya definido la obligación que incorpora y de si esta puede o no hacerse valer a través de los mecanismos de ejecución propios del Derecho⁴⁷. Y la consecuencia que de ello se deduciría es que una norma no pertenecería o dejaría de pertenecer a la clase del Derecho o a la del *soft law*, sino que se aproximaría más o menos a uno de los extremos de un espectro que tendría en sus extremos a los tipos ideales de esas dos nociones⁴⁸.

23. Esta aproximación gradual tiene una indudable ventaja, pues, al tomar en consideración simultáneamente diversos criterios, permite apreciar el comportamiento del *soft law* desde el punto de vista de su eficacia en el desempeño de las funciones que tiene encomendadas y de su impacto, de signo variable, sobre sus presupuestos constitucionales. Sin embargo, al abandonar los criterios de aplicación categórica, supone renunciar a construir un concepto clasificatorio de *soft law* precisamente en relación con una parte de la actuación del poder público donde más necesaria es la función reguladora que este tipo de conceptos está llamado a cumplir. En efecto, la delimitación del concepto de *soft law* ha de proporcionar seguridad en cuanto a la aplicabilidad de las normas constitucionales que disciplinan la acción del poder en un Estado social y democrático de Derecho, como, por ejemplo, el principio de legalidad o el derecho a la tutela judicial efectiva. Por este motivo resulta más conveniente **apurar las posibilidades de aproximarse al *soft law* como un concepto clasificatorio de aplicación bivalente**, tratando al tiempo de discernir qué relación puede apreciarse entre los efectos jurídicos de una norma, por un lado, y su naturaleza o efectos jurídicos vinculantes, por otro lado.

⁴⁵ P. WEIL (1983); F. SNYDER (2023: 10-14).

⁴⁶ R. R. BAXTER (1980: 549-566); F. TERPAN (2015: 68-96); P. L. LÁNCOS (2018: 758-760); F. TERPAN (2023: 44-46).

⁴⁷ F. TERPAN (2015: 68-96); S. SAURUGGER, F. TERPAN (2021: 1-20).

⁴⁸ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 13).

2. Los elementos del concepto de *soft law*

24. Las normas de *soft law* comprenden reglas de conducta adoptadas por los poderes públicos que carecen de naturaleza o efectos jurídicos vinculantes, aunque sí pueden tener efectos jurídicos indirectos y están, además, llamadas a tener efectos prácticos. El primer elemento del concepto de *soft law* consiste, pues, en que las medidas que lo integran se proyectan sobre un objeto definido de manera abstracta y contienen criterios generales llamados a ser aplicados en el futuro. Atendiendo a su contenido, se trata, pues, de verdaderas **normas**, en el sentido de que pretenden dirigir el comportamiento de sus destinatarios en todos aquellos casos en los que estos puedan llegar a encontrarse en la situación a la que se refieren. Quedan fuera, pues, las medidas que procuran orientar de forma no vinculante la conducta de sus destinatarios en relación con un supuesto concreto y que no contienen reglas abstractas, como, por ejemplo, las advertencias y recomendaciones singulares expresadas a través de ruedas de prensa o de las redes sociales, y que constituyen más bien manifestaciones de la información administrativa al público⁴⁹. Por otro lado, las normas carentes de naturaleza vinculante que tienen un objeto abstracto, y que por tanto sí constituyen de modo inequívoco manifestaciones del *soft law*, pueden estar configuradas bien como programas condicionales o **reglas** en sentido técnico, en caso de estar diseñadas para ser aplicadas a la manera de una disyuntiva, o bien como **principios**, si contienen programas finales o mandatos de optimización susceptibles de cumplimiento gradual⁵⁰. En suma, el *soft law* está compuesto por reglas de conducta que, desde la perspectiva de su contenido, son en todo semejantes a las normas jurídicas vinculantes.

25. El segundo elemento relevante es su **finalidad directiva**: con las medidas de *soft law* se pretende orientar la conducta de sus destinatarios y por ese motivo contienen reglas deónticas o imperativas. Desde el punto de vista de su contenido, los instrumentos de *soft law* son semejantes, en particular, a las normas jurídicas regulativas, que definen reglas de conducta a las que sus destinatarios han de adecuar su comportamiento. Precisamente por ello el *soft law* se diferencia de las normas jurídicas constitutivas⁵¹, entendiendo por tales las que contienen definiciones (reglas conceptuales) y las disposiciones cualificadorias (reglas que definen y delimitan el régimen jurídico de una clase de actos o de sujetos jurídicos)⁵². Por lo demás, a propósito de este segundo elemento del concepto de *soft law*, relativo a su finalidad directiva, puede apreciarse una enorme diversidad, tanto desde el punto de vista de los sujetos cuyo comportamiento se pretende dirigir, como en relación con el fundamento o la razón de ser de esa función⁵³.

26. Por una parte, aunque el *soft law* tiene en todo caso la función de dirigir el comportamiento de los sujetos privados que intervienen en el sector de actividad sobre el que se proyecta la medida, el **sujeto al que formalmente se dirige** pueden ser tanto los ciudadanos o las empresas, como los poderes públicos, ya sea la propia autoridad

⁴⁹ F. VELASCO CABALLERO (2002).

⁵⁰ D. SARMIENTO (2008: 102-105).

⁵¹ D. PAPAYANIS (2024: 5).

⁵² M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO (1995: 47-58).

⁵³ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 263-265); M. SÁNCHEZ MORÓN (2016: 189-190).

que la ha adoptado o una autoridad diferente. La distinción, sin embargo, puede ser más aparente que real: en algunas ocasiones los instrumentos dirigidos formalmente a órganos o unidades administrativas pretenden orientar materialmente, de modo indirecto, el comportamiento de ciudadanos y empresas⁵⁴; en otros supuestos ocurre más bien al contrario, es decir, aunque la regla de conducta se defina formalmente por referencia al comportamiento de los particulares, la medida de *soft law* puede dirigirse indirectamente a la autoridad administrativa competente para adoptar alguna decisión derivada de que esos sujetos privados cumplan o no con los criterios establecidos a través del instrumento de *soft law*⁵⁵. En ambos casos puede suceder que la regla de conducta no sea vinculante para los sujetos privados cuya conducta, directa o indirectamente, pretende dirigirse, pero sí lo sea para los órganos y unidades administrativas a las que ejercen competencias relacionadas con ellos. Quiere ello decir que las instrucciones u órdenes de servicio, por más que puedan vincular internamente a los titulares de órganos y unidades administrativas, pertenecen a la categoría del *soft law* en la medida en que su función sea dirigir, formal o materialmente, la conducta de sujetos privados en el sector de la realidad sobre el que se proyecten. Sin embargo, no siempre ocurre así, pues las instrucciones pueden limitarse a programar una conducta administrativa sin proyección externa, ni directa ni indirecta (presupuesto, contabilidad, etc.), y en tal caso quedarán fuera del ámbito del *soft law*.

27. Por otra parte, la función directiva del *soft law* puede tener diversos fundamentos concurrentes. Con carácter general, las medidas de *soft law* tienen por objeto la **dirección de la conducta futura de los sujetos privados** que desarrollan sus actividades en el correspondiente ámbito material. Sin embargo, este no es siempre su único fundamento. En algunas ocasiones, las autoridades administrativas imponen pautas de conducta a otras autoridades con las que se relacionan en virtud del **principio de jerarquía**. Este es el fundamento atribuido por la legislación española, ya desde 1958, a las instrucciones u órdenes de servicio⁵⁶. El artículo 6.1 LRJSP establece que los «órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores, mediante instrucciones y circulares», que están vinculados por tanto al principio de jerarquía administrativa. Pero la jerarquía administrativa no es el único fundamento de las medidas de *soft law*, ni, por tanto, de su misión directiva. A veces estas tienen como función establecer de común acuerdo criterios de actuación que son el resultado de **relaciones de cooperación** entre autoridades públicas (*supra* § 7)⁵⁷. En otros casos las medidas de *soft law* tienen por objeto la **dirección de la conducta futura de las propias autoridades** que las adoptan⁵⁸. Por consiguiente, regulación *ad extra*, jerarquía, cooperación y autoprogramación son los cuatro fundamentos que pueden justificar la adopción de medidas de *soft law*.

⁵⁴ Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de los artículos 1, 2 y 3 LDC y de los artículos 101 y 102 TFUE, de 10 de octubre de 2018.

⁵⁵ Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre la gestión del riesgo de tipo de interés en actividades distintas de la negociación, de 19 de julio de 2018 (EBA/GL/2018/02).

⁵⁶ M. MORENO REBATO (1998: 159-200); C. COELLO MARTÍN, F. GONZÁLEZ BOTIJA (2007); D. SARMIENTO (2008: 108-111).

⁵⁷ D. SARMIENTO (2008: 117-120).

⁵⁸ D. SARMIENTO (2008: 120-133).

28. El tercer elemento definitorio es la falta de carácter jurídico vinculante. Como se verá a continuación, ello no impide que los instrumentos de *soft law* produzcan efectos jurídicos, tanto directos como -más frecuentemente- indirectos, sino sólo que **carecen de naturaleza o efectos jurídicos vinculantes**. Son dos las consecuencias que de ello se derivan. La primera es que, desde un punto de vista **subjetivo**, el contenido del *soft law* no crea directamente derechos u obligaciones en la esfera jurídica de sus destinatarios a pesar de desplegar una función directiva por medio del establecimiento de reglas de conducta. La segunda es que, desde un punto de vista **objetivo**, el contenido del *soft law* no opera como presupuesto de validez de otras normas y actos. El artículo 6.2 LRJSP expresa con precisión esta propiedad en el plano objetivo: «[e]l incumplimiento de las instrucciones [...] 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». Aunque circunscrita a las instrucciones u órdenes de servicio, esta regla caracteriza también al resto de instrumentos de *soft law*.

29. Quiere ello decir que el incumplimiento de las medidas de *soft law* por parte de otros actos o normas posteriores no determina necesariamente (“por sí solo”) su invalidez, sin perjuicio de que tal incumplimiento active otras normas de las que sí puedan derivarse esa u otras consecuencias jurídicas. Dicho en otros términos, por más que puedan tener otros tipos de efectos jurídicos, **los instrumentos de *soft law* carecen de efectos anulatorios directos**⁵⁹. No se puede, pues, pretender de un órgano judicial que anule un acto o norma administrativa sólo por el hecho de que estos infrinjan una medida de *soft law* porque esta no opera como parámetro autónomo de validez. Cuestión distinta, como se ha dicho, es que la infracción del *soft law* tenga como consecuencia la vulneración de una norma cuyo cumplimiento sí constituya un requisito de validez del acto o norma controvertido⁶⁰. El *soft law* no altera o modifica, por lo tanto, el ordenamiento jurídico, en el sentido de que su contenido carece de naturaleza jurídica vinculante. Este es, como se verá (*infra* §§ 102, 108), el criterio que manejan los tribunales para determinar si las medidas controvertidas pertenecen al ámbito del *soft law* o si, por el contrario, constituyen actos o -más frecuentemente- normas administrativas, esto es, reglamentos. Y ello tanto en el caso de medidas unilaterales⁶¹, como de medidas acordada entre diversas autoridades administrativas⁶².

30. Este tercer elemento del concepto, consistente en carecer de carácter vinculante, permite diferenciarlo de otros tipos de normas con los que no conviene confundir el *soft law*. Ante todo, ya se ha indicado que no forman parte de esta categoría las llamadas **normas jurídicas constitutivas**, que son normas que no establecen reglas de conducta de sus destinatarios, sino que delimitan la eficacia o el significado de otros actos y normas, por ejemplo, estableciendo los requisitos para adquirir personalidad jurídica o para producir efectos jurídicos, o definiendo el significado de las palabras empleadas por otras normas. Estas normas jurídicas constitutivas no forman parte de esta categoría no solo por carecer, como se ha adelantado, de contenido regulativo o deóntico, sino también porque se trata de normas jurídicas vinculantes. En efecto, que

⁵⁹ D. SARMIENTO (2008: 164-167).

⁶⁰ D. SARMIENTO (2008: 212-213).

⁶¹ SSTs 1848/2018, de 19 de diciembre, RC 31/2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565); y de 26 de noviembre de 2015, RC 3405/2014 (ECLI:ES:TS:2015:5194).

⁶² STS de 2 de diciembre de 2013, RC 4479/2010 (ECLI:ES:TS:2013:5800).

no impongan obligaciones o prohibiciones no significa que no vinculen a los órganos del Estado, que están obligados a aplicarlas para apreciar la validez y eficacia de los actos de los poderes públicos y de los particulares⁶³. Lo mismo sucede con las normas que contribuyen (junto a las que imponen obligaciones y prohibiciones) a dirigir la conducta de sus destinatarios mediante la atribución de **permisos** a sus destinatarios. Se trata de normas deónticas o regulativas que tienen naturaleza jurídica vinculante: aunque no impongan obligaciones, ello no significa que no vinculen a los órganos del Estado, que están obligados a aplicarlas para determinar la validez y eficacia de los actos de los poderes públicos y de los particulares⁶⁴. Finalmente, también se debe distinguir el *soft law* de las normas jurídicas cuyas disposiciones se encuentran sujetas a **condición**, entre las que destacan las normas de Derecho supletorio, las normas de Derecho privado dispositivo y las normas de Derecho público condicionadas a la adopción de actos o de otras normas posteriores (como, por ejemplo, los principios rectores de la Constitución o las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea autocondicionadas a la legislación y la práctica nacionales). Son todas estas normas evidentemente vinculantes, en el sentido de que, cuando concurre el supuesto de hecho en ellas definido, los órganos del Estado están obligados a aplicar su consecuencia jurídica y los sujetos a los que afectan se encuentran sometidos a ellas.

31. En sentido contrario, la consideración del *soft law* en los términos expuestos supone incluir en esta categoría a las **recomendaciones** adoptadas por los poderes públicos, tanto las adoptadas fuera de los tipos normativos reconocidos por el sistema de fuentes (por ejemplo, las recomendaciones formuladas a través de la actividad de información al público), como las que se incorporan al contenido de alguno de ellos (por ejemplo, las recomendaciones incluidas en leyes y reglamentos). Como se ha adelantado, esta aproximación al concepto de *soft law* no pretende distinguir el Derecho producido por el Estado respecto de cualquier fenómeno extrajurídico (en cuyo caso sería discutible que este segundo tipo de recomendaciones fueran en efecto *soft law*)⁶⁵, sino que atiende a la circunstancia de que los órganos del Estado se encuentren o no obligados a aplicarlo y, por tanto, que los sujetos que se ven afectados por él se encuentren o no sujetos a lo que disponen. Por eso la propuesta de delimitación conceptual que aquí se realiza comprende las recomendaciones adoptadas por los poderes públicos incluso cuando estas se incorporan al contenido de normas jurídicas típicas, capaces de expresar el contenido de normas vinculantes, siempre que se trate de verdaderas recomendaciones y, por tanto, si desconocerlas no constituye propiamente un acto antijurídico.

32. La definición del concepto de *soft law* a partir de estos tres elementos (contenido normativo, función directiva y carácter no vinculante) arroja un **concepto clasificatorio de aplicación bivalente que cumple una función descriptiva y otra normativa**. En relación con la primera, el concepto permite aislar un conjunto de instrumentos de regulación de la conducta de sujetos privados que **complementa los tipos de normas jurídicas regulativas que tienen carácter vinculante** de conformidad con el sistema de fuentes Derecho del Estado y de la Unión Europea. Así definido, el concepto delimita una parte de la caja de herramientas del Estado regulador. El avance de la investigación en este terreno pasa por comprender mejor cómo puede

⁶³ D. PAPAYANIS (2024: 5).

⁶⁴ D. PAPAYANIS (2024: 5).

⁶⁵ D. PAPAYANIS (2024: 16-20).

desempeñar su función reguladora más eficazmente y cómo ha de coordinarse con las normas y actos jurídicos vinculantes que regulan la actividad o el sector de que se trate.

33. En relación con la segunda, el concepto permite también aislar un conjunto de instrumentos que se encuentran sujetos a ciertas reglas que conforman un **régimen jurídico específico**. Desde esta perspectiva, el reto dogmático que suscita el *soft law* pasa, fundamentalmente, por definir mejor el modo en que se encuentra sujeto al principio de legalidad, cuáles son sus efectos jurídicos y cómo opera su control judicial. Por supuesto, esto no significa que el régimen jurídico de los instrumentos de *soft law* sea completamente uniforme, pues buena parte de él dependerá, no ya de su consideración como tal, sino de otras propiedades que pueden servir para aislar determinadas especies dentro de la categoría y que también determinan parcialmente su régimen jurídico. Así, por ejemplo, el *soft law*, definido en los términos que aquí se sugieren, puede expresarse a través de distintas formas -de carácter unilateral o convencional- y ser producto del ejercicio de diversas potestades o competencias -la potestad de autoorganización, la actividad de cooperación interadministrativa o, en fin, las competencias sectoriales de las que goce el ente u órgano autor de la medida-.

III. LAS MODALIDADES DE *SOFT LAW*

1. Utilidad y limitaciones de una ordenación tipológica

34. La variedad y la ductilidad de los instrumentos de *soft law* impide formular una clasificación abstracta capaz de aislar modalidades que se diferencien entre sí en función de criterios lógicos de aplicación bivalente. Frente a ello, a lo más que podemos aspirar es a establecer **ordenaciones tipológicas** capaces de agrupar diferentes manifestaciones relevantes del fenómeno. Esas ordenaciones atienden a sus autores y destinatarios, a su relación con el Derecho vinculante y, en fin, a su contenido y funciones. Una sistematización así permite **comprender mejor** las diferentes expresiones del fenómeno del *soft law* y facilita por ello su ulterior **valoración crítica**. Sin embargo, la adscripción de una concreta medida a uno de estos tipos no impide que también pueda compartir los rasgos de otra, ni revela tampoco la aplicación de un régimen jurídico característico y homogéneo. Su propósito y rendimiento es, pues, más modesto: poner algo de orden y arrojar una cierta claridad en un espacio caracterizado por la diversidad y la incertidumbre.

2. Tipos de *soft law* según los sujetos relevantes

35. Los primeros criterios de sistematización se refieren a los autores y destinatarios de los instrumentos de *soft law*. Desde la perspectiva de sus **autores**, es posible, a su vez, identificar dos criterios complementarios. El primero alude a que la medida sea producto de la voluntad exclusiva de un único sujeto o resulte más bien de un convenio o acuerdo celebrado entre varios⁶⁶. De la misma manera que sucede con los actos jurídicos vinculantes, las normas carentes de efectos jurídicos vinculantes pueden ser tanto **unilaterales** como **consensuales**. Acaso las más frecuentes sean las reglas de *soft law* unilateralmente adoptadas por las autoridades públicas, especialmente en los casos en que lo que con ellas pretende dirigirse es la conducta individual de las personas sometidas al ejercicio de sus competencias, tal y como sucede, por ejemplo, con las

⁶⁶ D. SARMIENTO (2008: 117-120, 133-137).

recomendaciones o códigos de buenas prácticas adoptados por las autoridades reguladoras⁶⁷. Sin embargo, pueden encontrarse también ejemplos de medidas de *soft law* cuyo contenido es pactado entre diversos sujetos. Un caso paradigmático es el de las recomendaciones adoptadas en el marco de una conferencia sectorial, que, a diferencia de los acuerdos [art. 151.2.a) LRJSP], no producen efectos jurídicos vinculantes, pero han quedado sujetas a una técnica característica del *soft law* como es la carga de motivación en caso de desviación [art. 151.2.b) LRJSP].

36. El segundo criterio se refiere a que los sujetos que producen las medidas de *soft law* sean de carácter público, privado o híbrido. Los ejemplos anteriores ilustran el primer caso mediante instrumentos de *soft law* adoptados por una o varias **administraciones públicas**, pero en el Derecho de la Unión encontramos también ejemplos de **autoridades legislativas** que, en lugar de adoptar normas vinculantes, prefieren incorporar esas mismas reglas a instrumentos pertenecientes a esta categoría, como por ejemplo las Recomendaciones conjuntas del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 288 V TFUE)⁶⁸. Lo mismo sucede, en fin, en el caso de las **organizaciones internacionales**, tanto de alcance general⁶⁹, como regional⁷⁰. El *soft law* producido por las instituciones, organismos o agencias de la **Unión Europea** es formalmente una manifestación de este supuesto, aunque materialmente se aproxima más al generado en el seno de un Estado, tal y como se pondrá de manifiesto al analizar sus efectos jurídicos y su control judicial.

37. Todos estos casos tienen en común la procedencia pública del *soft law*. Con mucha frecuencia, sin embargo, las medidas de *soft law* son elaboradas por **sujetos privados** en el marco de estructuras más o menos complejas de autorregulación. El desarrollo de la denominada autorregulación normativa da lugar a reglas de conducta que en sí mismas carecen de naturaleza jurídica vinculante, pero que pueden adquirir los efectos que son propios de esta mediante su **recepción desde el Derecho** a través de diversas vías: desde la incorporación de su contenido a una norma vinculante, a la práctica de las remisiones realizadas desde normas⁷¹, o actos jurídicos⁷², pasando por la adopción de normas que asocien determinados efectos jurídicos, más o menos intensos, al cumplimiento o al incumplimiento de las reglas de conducta definidas en un instrumento de *soft law* adoptado en el seno de una estructura de autorregulación⁷³.

38. Los sujetos que adoptan medidas de *soft law* también pueden tener una composición **mixta o híbrida**, en caso de que estén integrados al tiempo por sujetos

⁶⁷ Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado por Acuerdo de la CNMV de 18 de febrero de 2015.

⁶⁸ Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, sobre el establecimiento de un Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales (DO C 155 de 8.7.2009, p. 1).

⁶⁹ Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la Medición y Aplicación, elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (HR/PUB/12/5).

⁷⁰ Informe de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho, aprobado el 26 de marzo de 2011[CDL-AD(2011)003rev-spa].

⁷¹ M. DARNACULLETA GARDELLA (2015: 205-207).

⁷² J. ESTEVE PARDO (1999: 37-62).

⁷³ M. DARNACULLETA GARDELLA (2005).

públicos y privados. Esta circunstancia se puede observar tanto en el ámbito interno como en el del llamado Derecho administrativo global. De lo primero encontramos muestras en las diversas experiencias del fenómeno de la concertación social, que en ocasiones da lugar a sujetos integrados por representantes de la administración y de los diferentes intereses particulares afectados por la acción del gobierno, y que pueden adoptar normas no vinculantes que, en la medida en que incorporen reglas de conducta, pertenecerán a la categoría del *soft law*⁷⁴. De lo segundo hay muestras muy numerosas y heterogéneas en el terreno de las redes de regulación transnacional, que en ocasiones no solo incorporan representantes de los Estados y las organizaciones internacionales, sino también de los diversos intereses privados de la industria correspondiente (Leñero/Darnaculleta, I, 9, §§ 34-35).

39. El tercer criterio de sistematización alude a que el instrumento de *soft law* tenga formalmente como **destinatarios a sujetos públicos o privados**. En el primer caso, el *soft law* constituye un instrumento del Derecho de la organización, opera en el seno de relaciones administrativas y pretende producir efectos *ad intra*. En el segundo caso, por el contrario, el *soft law* se adopta directamente como un instrumento de regulación de la conducta de sujetos privados, se enmarca en relaciones jurídicas verticales y se orienta, por tanto, a producir efectos *ad extra*. Sin embargo, ya se ha adelantado que la distinción entre ambas categorías es más aparente que real, pues entre ambas se aprecian varias líneas de comunicación (*supra* § 26).

40. Por un lado, una **aproximación funcional** revela que, a pesar de tener como destinatarios formales a los titulares de órganos y unidades administrativas, las normas internas pueden tener materialmente como destinatarios finales a los sujetos privados que se encuentran sometidos al ejercicio de las competencias de aquellos. Así, por ejemplo, la intención que late detrás de adoptar y publicar una instrucción interpretativa de la legislación sectorial formalmente dirigida a los órganos y unidades administrativas infraordenadas a su autor suele ser orientar la conducta de los ciudadanos y empresas a los que se dirigen las normas interpretadas⁷⁵. De hecho, la aproximación conceptual precedente parte de que las medidas de *soft law*, a diferencia de otros instrumentos jurídicos, procuran en todo caso dirigir la conducta de sujetos privados, sin perjuicio de que puedan hacerlo bien directamente, si se dirigen formalmente hacia ellos, o bien indirectamente, cuando lo hagan programando formalmente la correspondiente respuesta administrativa.

41. Por otro lado, una **aproximación metodológica** revela una comunicación de signo contrario: las medidas de *soft law* formalmente dirigidas a los sujetos privados contribuyen a cerrar el espacio con el que cuentan los órganos administrativos encargados de aplicar la legislación vinculante, aportando criterios sustantivos con los que estos habrán de construir la correspondiente norma de conducta⁷⁶; y, en sentido

⁷⁴ Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, suscrito por la administración del Estado y diversos operadores de televisión y que contempla diferentes órganos de carácter mixto.

⁷⁵ Circulares e instrucciones de la Ponencia Técnica de Terrazas sobre las condiciones de distancia mínima respecto de los elementos urbanos y edificios, a fin de garantizar la accesibilidad universal y la seguridad de los ciudadanos, contempladas en el art. 92 de la Ordenanza de Terrazas del Ayuntamiento de Barcelona (29.06.2028). STS 1660/2022, de 15 de diciembre, RC 8701/2021 (ECLI:ES:TS:2022:4553).

⁷⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 113-120).

contrario, es también conocido que la infracción de normas que formalmente se proyectan sobre el interior de la organización del poder pueden tener efectos jurídicos indirectos que excedan su objeto, esto es, efectos jurídicos *ad extra* indirectos (*infra* § 58).

3. Tipos de *soft law* según su relación con el *hard law*

42. Los criterios examinados a continuación aluden a las relaciones del instrumento de *soft law* con el Derecho vinculante desde dos perspectivas distintas. Las normas de *soft law* pueden, ante todo, corresponderse o no con tipos específicamente contemplados por normas vinculantes. En el caso del *soft law* **típico** el ordenamiento jurídico reserva una determinada denominación formal a una concreta manifestación del *soft law*. Es también posible (aunque desde luego no sea frecuente, ni mucho menos necesario) que le imponga determinadas exigencias de forma o procedimiento, e incluso que le otorgue ciertos efectos jurídicos que no producirían otras formas de *soft law*. Así, por ejemplo, el deber de toma en consideración del *soft law* europeo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha impuesto a los órganos judiciales nacionales se circunscribía en origen a las recomendaciones contempladas en el art. 288 V TFUE (*infra* § 53). A su vez, la norma que lo regule puede limitarse a prever la posibilidad de que las autoridades públicas utilicen una concreta modalidad de *soft law* típico, o bien contemplar su utilización para ordenar una determinada cuestión o para cumplir una determinada función regulatoria (art. 60 TFUE).

43. La expansión y la diversidad del *soft law* resulta, sin embargo, de que, más allá de estas modalidades típicas, las autoridades europeas e internas han hecho uso de otras muchas denominaciones, atribuyendo incluso ciertos contenidos o funciones características a cada una de ellas. Este *soft law* **atípico** es particularmente abundante en el Derecho de la Unión: junto a las recomendaciones y dictámenes dictados tanto por la Comisión como por el Consejo (art. 288 V TFUE) y a los acuerdos interinstitucionales (art. 295 TFUE), que son modalidades típicas de *soft law* europeo, encontramos también numerosas modalidades atípicas de *soft law* adoptadas por la Comisión (Comunicaciones, Notas, Guías, Libros Blancos y Verdes, Códigos de Conducta, etc.) y por el Consejo (Resoluciones, Declaraciones, Conclusiones, etc.). El *soft law* interno, por su parte, es fundamentalmente atípico, pues el sistema solo ha identificado algunas formas abstractas, como los protocolos generales de actuación (art. 47.1 LRJSP), los convenios (art. 47.1 y 2 LRJSP) y las instrucciones y órdenes de servicio (art. 6.2 LRJSP), que, en función de su contenido, pueden formar parte de esta categoría.

44. Las relaciones entre el *soft law* y el Derecho vinculante pueden diseccionarse también desde otra perspectiva que permite aislar tres especies de interés⁷⁷. El *soft law* **prelegislativo** contribuye a la preparación de un instrumento de Derecho vinculante, no tanto porque se trate de medidas de trámite enmarcadas en el procedimiento de elaboración de la norma vinculante (pues no es esa la tarea del *soft law*), cuanto porque adelante las reglas de conducta correspondientes, facilite su conocimiento y comprensión por sus destinatarios y, en fin, contribuya a mejorar su cumplimiento y eficacia. El *soft law* **postlegislativo** se orienta a facilitar y, en su caso, orientar la interpretación y aplicación de una norma vinculante previamente adoptada de alguna de las diversas maneras a las que se hará referencia a continuación (*infra* § 45-47). El *soft*

⁷⁷ L. SENDEN (2004: 120).

law paralegislativo, en fin, se caracteriza por operar como una alternativa a la legislación vinculante, ya sea temporalmente, mientras se negocia y, en su caso, elabora una norma vinculante, o de modo definitivo, en caso de que las autoridades correspondientes carezcan de competencia para dictar la segunda o, disponiendo de ellas, opten por una medida de esta naturaleza por razón de su mayor flexibilidad o facilidad de adopción. Hay que señalar, en fin, que la frontera entre estas tres categorías puede ser difusa. Así, por ejemplo, no es infrecuente que las autoridades administrativas opten por concretar el modo en que van a ejecutar una ley por medio de un instrumento de *soft law* en lugar de a través del ejercicio de una potestad normativa secundaria, en cuyo caso aquel será postlegislativo en relación con la ley, pero se adoptará como alternativa al reglamento o a la disposición administrativa de carácter general que su autor pudiera haber adoptado en su lugar. Tal y como se ha adelantado, estas propuestas de clasificación tienen una función meramente tipológica y no pretenden construir conceptos clasificatorios.

4. Tipos de *soft law* según su función institucional

45. La clasificación anterior pone también de manifiesto que los instrumentos de *soft law* pueden tener muy diversas funciones institucionales. En primer lugar, las administraciones públicas pueden adoptar instrumentos de *soft law* con una **función interpretativa** que consiste en identificar, recopilar o sistematizar el modo en que se ha de interpretar una determinada disposición normativa. En algunas ocasiones es la propia administración la que establece esa interpretación, mientras que en otras lo que hace la administración es fijar la interpretación que de aquella disposición ha realizado la jurisprudencia⁷⁸. Aunque en principio puede hacer tanto lo uno como lo otro, lo que en modo alguno le es dado a la administración es separarse del criterio interpretativo sentado por los órganos judiciales y sustituirlo por el suyo propio, que tampoco goza de ningún tipo de deferencia judicial de conformidad con el Derecho europeo y doméstico⁷⁹, y que menos aún vincula al órgano judicial⁸⁰.

46. En segundo lugar, los instrumentos de *soft law* pueden tener también una **función decisoria** que consiste en anticipar el modo en que la administración va a ejercer en el futuro los poderes discrecionales que le confiere la ley, determinando los criterios adicionales con los que complementa la norma de conducta llamada a ser aplicada al decidir sobre futuros casos concretos⁸¹. En estos casos el *soft law* opera, pues, como un instrumento con un nivel intermedio de concreción, que se interpone entre la norma jurídica vinculante y el acto administrativo, por medio del cual la administración

⁷⁸ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (C/2016/2946) (DO C 262 de 19.7.2016, p. 1–50).

⁷⁹ L. ARROYO JIMÉNEZ (2024: 132, 139).

⁸⁰ Conclusiones de la Abogada General Medina en el asunto C-109/23, *Jemerak* (ECLI:EU:C:2024:307), apartado 69.

⁸¹ Criterios de evaluación y requisitos mínimos de referencia de los méritos y competencias requeridos para obtener la acreditación, elaborados por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación (ANECA) de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 678/2023, de 18 de julio. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 114).

anticipa el ejercicio de la discrecionalidad, reduciendo aquella cuyo ejercicio se materializa en la decisión concreta⁸².

47. En tercer lugar, el *soft law* puede tener una **función reguladora**. La tiene en todo caso, pues es inherente a la definición propuesta la pretensión de su autor de dirigir el comportamiento de los sujetos privados que actúan o que se encuentran dentro del ámbito sobre el que se proyecta. Sin embargo, en los casos anteriores a esa tarea se hace frente mediante la identificación de criterios de interpretación jurídica y de ejercicio de la discrecionalidad, mientras que en este la administración define directamente las reglas de conducta con las que pretende orientar el comportamiento de sus destinatarios⁸³. Estos instrumentos de *soft law* pueden producir, como se verá, algunos efectos jurídicos en la posición de la administración que los adopta, pero su función característica no es tanto concretar el programa normativo mediante el establecimiento de criterios relativos a la interpretación de normas jurídicas o atinentes al ejercicio de la discrecionalidad, cuanto lograr directamente que sus destinatarios modifiquen su propia conducta para adecuarla a determinadas reglas sustantivas. La finalidad de sus autores no pasa, pues, por condicionar la interpretación de la ley o el ejercicio de las potestades de la administración, sino persuadir a los sujetos a los que se dirige de la oportunidad de conducirse de una determinada manera⁸⁴.

IV. LOS EFECTOS DEL *SOFT LAW*

1. Efectos jurídicos interpretativos

48. Aun careciendo de naturaleza jurídica vinculante (*supra* §§ 28-29) o, si se prefiere, de efectos jurídicos vinculantes, el *soft law* no solo aspira a tener efectos prácticos, sino que puede también desplegar efectos jurídicos indirectos de muy diversa naturaleza. En primer lugar, el *soft law* puede tener efectos jurídicos relacionados con la interpretación de la ley. Ante todo, puede tener **efectos interpretativos ordinarios**: los instrumentos de *soft law* proporcionan a la administración y a los jueces argumentos relacionados con la interpretación de las normas jurídicas que sí tienen carácter vinculante⁸⁵. Esta es la función principal del *soft law* interpretativo, que, como se ha indicado ya (*supra* § 45), es un tipo particular de *soft law* cuya finalidad es informar sobre cómo va a interpretar su autor en el futuro una norma de *hard law*⁸⁶. Sin embargo,

⁸² E. SCHMIDT-ASSMANN (2006).

⁸³ Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022; Directrices sobre políticas de remuneración adecuadas con arreglo a la Directiva 2013/36/UE, adoptadas por la Agencia Bancaria Europea (EBA/GL/2021/04).

⁸⁴ C. ANDONE, F. COMAN-KUND (2023: 142-174).

⁸⁵ Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-16/16 P, *Bélgica c. Comisión* (ECLI:EU:C:2017:959), apartado 91; Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-383/09, *Comisión c. Francia* (ECLI:EU:C:2011:23), apartado 28; Conclusiones de la Abogada General Kokkot en el asunto C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee* (ECLI:EU:C:2004:60), apartado 95; y Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona en el asunto C-501/18, *BT c. Balgasrka Narodna Banka* (ECLI:EU:C:2020:729), apartado 84. SSTJUE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, *Grimaldi* (ECLI:EU:C:1989:646), apartado 8; de 13 de junio de 2017, asunto C-258/14, *Florescu* (ECLI:EU:C:2017:448), apartado 30; y de 20 de febrero de 2018, asunto C-16/16, *Bélgica c. Comisión* (ECLI:EU:C:2018:79), apartado 44.

⁸⁶ L. SENDEN (2004: 143-48).

estos efectos interpretativos ordinarios también pueden apreciarse como función secundaria en el caso de instrumentos de *soft law* decisorio y regulador (*supra* §§ 46-47).

49. Todos estos instrumentos de *soft law* pueden utilizarse a fin de aclarar el significado que deba atribuirse a disposiciones normativas **vagas o ambiguas**, de resolver **antinomias** y de integrar **lagunas jurídicas**. En estas situaciones el *soft law* puede proporcionar al intérprete argumentos de distinta naturaleza: (i) argumentos genéticos si la medida de *soft law* ha sido adoptada por la misma autoridad que promulgó la norma de Derecho vinculante controvertida, especialmente si ello tuvo lugar durante su preparación y elaboración; (ii) argumentos relacionados con el significado objetivo de la norma de Derecho vinculante si refleja cómo otros actores entendieron su significado en el momento de su adopción o cómo lo entienden ahora; y (iii) argumentos sistemáticos si el instrumento de *soft law* contribuye a dilucidar cómo se relaciona la norma controvertida con otras normas jurídicas.

50. Al desplegar este efecto interpretativo ordinario el *soft law* opera como una **herramienta interpretativa de carácter voluntario**, puesto que su utilización en un sentido o en otro no es obligatoria para el operador jurídico⁸⁷. Su alcance, además, se encuentra limitado desde varias perspectivas. En primer lugar, invocar el *soft law* no permite dispensar el cumplimiento de normas de *hard law* debido, precisamente, a su naturaleza no vinculante⁸⁸. En segundo lugar, en virtud de su efecto interpretativo ordinario, el *soft law* entra en juego en todo caso junto a otros métodos y criterios de interpretación respecto de los cuales no goza por sí mismo de una posición de prevalencia⁸⁹. Por último, y en lo que respecta al *soft law* europeo, el Tribunal de Justicia suele invocarlo para confirmar una determinada lectura de las normas vinculantes que se deriva también de otros métodos de interpretación; sin embargo, solo en raras ocasiones, cuando la disposición interpretada hace referencia expresa al instrumento de *soft law*, fundamenta dicha interpretación exclusivamente en él⁹⁰.

51. Cualquier instrumento de *soft law* puede desplegar estos efectos interpretativos ordinarios. En ciertos casos, sin embargo, el Derecho vinculante concede **efectos interpretativos cualificados** a determinadas medidas de *soft law*, que pasan así a imponer obligaciones o cargas jurídicas a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de su interpretación y aplicación. Los efectos interpretativos cualificados no sólo son jurídicos en el sentido de que emergen en el marco del proceso de interpretación de enunciados normativos, sino también porque en estos casos el *soft law* circunscribe el margen de apreciación del operador en cuanto a la determinación del significado de la disposición que interpreta.

52. Los efectos interpretativos cualificados pueden ser de dos tipos. El primero surge en aquellos ordenamientos jurídicos en los que las autoridades administrativas o judiciales tienen el **deber de tener en cuenta el *soft law*** (o, al menos, algunas de sus

⁸⁷ L. SENDEN (2004: 365–366).

⁸⁸ Conclusiones del Abogado General Warner en el asunto 19/77, *Miller c. Comisión* (ECLI:EU:C:1978:1), p. 158; Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto C-183/05, *Comisión c. Irlanda* (ECLI:EU:C:2006:597), apartado 86.

⁸⁹ M. ELIANTONIO (2018: 511).

⁹⁰ L. SENDEN (2004: 397–8).

modalidades) a la hora de interpretar las normas jurídicas vinculantes con las que estos se relacionan. En el **Derecho español** no hay ninguna norma jurídica que imponga a la administración o a los jueces una obligación semejante. Por el contrario, ese deber opera con carácter general en el **Derecho europeo** como consecuencia de la doctrina *Grimaldi*, en virtud de la cual los órganos judiciales nacionales deben tener en cuenta el *soft law* de la Unión a la hora de aplicar las normas europeas vinculantes a las que el primero se refiere⁹¹. Este deber de toma en consideración no alcanza a operar como un mandato de interpretación conforme, sino solo a exigir que los argumentos interpretativos derivados del *soft law* sean tomados en cuenta, en su caso junto a otros, por el órgano jurisdiccional nacional y eventualmente incorporados a la motivación de su decisión final. Aunque siga sin ser vinculante, el *soft law* puede desplegar en estos casos efectos jurídicos interpretativos cualificados⁹².

53. La posterior evolución de la doctrina *Grimaldi* revela un panorama en transformación, caracterizado por la **extensión de su ámbito de aplicación**, pero también por la **diversificación de su alcance**. En primer lugar, a pesar de haberse sentado originalmente en relación con las recomendaciones, la jurisprudencia posterior ha extendido su ámbito de aplicación a tipos de *soft law* no expresamente recogidos en el artículo 288 V TFUE⁹³. En segundo lugar, recientemente se ha aclarado que *Grimaldi* se aplica a las medidas de *soft law* adoptadas no sólo por las Instituciones⁹⁴, sino también por las agencias de la Unión⁹⁵. En tercer lugar, la intensidad de la obligación de tener en cuenta el *soft law* parece variar en función de si la medida controvertida es autónoma o ha sido prevista en (o se deriva de) normas de Derecho europeo vinculante, de si su autora es o no una Institución de la Unión⁹⁶, y, en fin, de si el acto de *soft law* es típico o atípico⁹⁷.

54. Este primer efecto interpretativo cualificado convierte al *soft law* en una **herramienta interpretativa de carácter obligatorio**⁹⁸. Sin embargo, el alcance de este efecto jurídico permanece circunscrito desde tres perspectivas diferentes. Por un lado, corresponde exclusivamente al *soft law* de la Unión. La doctrina *Grimaldi* no exige a las autoridades nacionales que tengan en cuenta el *soft law* nacional. Sería lógicamente posible que los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros contemplaran la obligación de las autoridades nacionales de tener en cuenta el *soft law* interno, pero en todo caso esa obligación no resultaría del Derecho europeo. Por otra parte, *Grimaldi* solo impone el deber de toma en consideración a los jueces. Un posible

⁹¹ SSTJUE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, *Grimaldi* (ECLI:EU:C:1989:646), apartado 18 (“*están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen*”); y de 21 de enero de 1993, asunto C-188/91, *Deutsche Shell* (ECLI:EU:C:1993:24), apartado 18 (“*están obligados a tenerlos en cuenta al dirimir los litigios que se les hayan sometido*”).

⁹² O. STEFAN (2013: 157).

⁹³ E. KORKEA-AHO (2018: 470-95).

⁹⁴ STJUE de 25 de marzo de 2021, asunto C-501/18, *BT c. Balgasrka Narodna Banka* (ECLI:EU:C:2021:249), apartado 80.

⁹⁵ STJUE de 15 de julio de 2021, asunto C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)* (ECLI:EU:C:2021:599), apartado 71.

⁹⁶ E. KORKEA-AHO (2018: 494-495).

⁹⁷ P. L. LÁNCOS (2018: 770).

⁹⁸ L. SENDEN (2004: 365-366).

desarrollo futuro sería ampliar el alcance de este deber a otras autoridades nacionales, especialmente a las autoridades administrativas, cuando se den las mismas circunstancias. Esta extensión de la doctrina *Grimaldi* a los órganos administrativos podría basarse en el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE)⁹⁹. Sin embargo, el Tribunal de Justicia aún no ha dado ese paso. Por último, el *soft law* de la Unión Europea solo es una herramienta de interpretación de carácter obligatorio para los tribunales nacionales; sin embargo, *Grimaldi* no concede ningún efecto interpretativo cualificado al *soft law* europeo frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

55. Como quiera que este primer efecto interpretativo cualificado surge directamente del propio *soft law* europeo, el órgano judicial está **obligado a tenerlo en cuenta de oficio**, con independencia de que sea o no invocado por las partes. Por supuesto, las autoridades nacionales podrían verse obligadas a tener en cuenta el *soft law* europeo (y nacional) cuando haya sido invocado por las partes en el correspondiente procedimiento judicial (o administrativo). Sin embargo, ello no tiene que ver tanto con los efectos jurídicos del *soft law*, como con el **deber de motivación** vinculado a los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE y 47 CDFUE) y a una buena administración (art. 41 CDUE). Si el deber de tomar en consideración el *soft law* europeo estuviera condicionado a su invocación individual por las partes del procedimiento administrativo o jurisdiccional, dejaría de ser un efecto jurídico autónomo y se activaría como parte del contenido de esos derechos fundamentales.

56. Un segundo efecto interpretativo cualificado iría, en pura hipótesis, un paso más allá al imponer a las autoridades administrativas o judiciales la obligación de interpretar las normas vinculantes, en la medida de lo posible, de conformidad con el *soft law* adoptado en relación con ellas. No se trataría ya simplemente de tenerlo en cuenta al ofrecer la motivación correspondiente a la interpretación de la ley europea o doméstica, sino de interpretar la norma vinculante de conformidad con la medida de *soft law*, que no sería ya una simple herramienta interpretativa (de carácter voluntario u obligatorio), sino que se beneficiaría de un **deber de interpretación conforme**¹⁰⁰, que comprendería la prohibición de otorgar a la norma jurídica un sentido que se aparte del exigido por el instrumento de *soft law*, siempre que este último fuera admisible a la vista de los criterios y métodos comunes de interpretación jurídica.

57. Este segundo efecto interpretativo cualificado, propuesto en España por un sector de la doctrina¹⁰¹, fue en su momento discutido en el Derecho de la Unión. A pesar de que algunos autores sugirieron que *Grimaldi* debía leerse en este sentido¹⁰², como una extensión de *Von Colson*¹⁰³, finalmente ha prevalecido la opinión contraria, tanto en la doctrina jurídica, como en las opiniones de los Abogados Generales. La existencia de **un deber de interpretación conforme al *soft law* debe rechazarse por tres razones**. En primer lugar, la interpretación conforme opera en supuestos en los que las normas

⁹⁹ W. WEIß (2023: 48-49). En sentido semejante, a propósito del Derecho interno, D. SARMIENTO (2008: 168-171).

¹⁰⁰ L. SENDEN (2004: 365-366).

¹⁰¹ D. SARMIENTO (2008: 168-177).

¹⁰² A. ARNULL (1990: 318).

¹⁰³ STJUE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, *Von Colson* (ECLI:EU:C:1984:153).

que se benefician de ese deber gozan de algún tipo de supraordenación respecto de las normas interpretadas¹⁰⁴. Esta es la razón por la que las leyes nacionales deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión, el Derecho derivado debe interpretarse de conformidad con el Derecho primario y la legislación nacional debe interpretarse de conformidad con la Constitución. Sin embargo, el *soft law* europeo carece obviamente de supremacía respecto del Derecho vinculante de la Unión¹⁰⁵, así como de primacía sobre el Derecho nacional, por lo que no habría motivo para obligar a los órganos judiciales, ni europeos ni internos, a interpretar las normas vinculantes europeas o internas de conformidad con aquel¹⁰⁶. Y lo mismo sucede, con más claridad si cabe, en cuanto a las relaciones entre el *soft law* nacional y las normas vinculantes internas, puesto que en este caso ni siquiera puede apreciarse la existencia de un deber de toma en consideración. En segundo lugar, un deber de interpretación conforme sería incompatible con la naturaleza no vinculante del *soft law*. Una de las caras de los efectos jurídicos vinculantes de una norma es que los tribunales están obligados a aplicarla. La analogía con *Von Colson* falla, precisamente, porque las Directivas pueden carecer de efecto directo, pero sin duda contienen normas vinculantes para sus destinatarios. En ello se diferencian radicalmente de los instrumentos de *soft law*. Por último, el deber de interpretar la legislación de conformidad con normas no vinculantes emanadas de órganos ejecutivos también plantea problemas desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y 47 CDFUE), en particular en lo que respecta a la independencia de los tribunales frente al ejecutivo cuando se trata de interpretar disposiciones de Derecho vinculante. Hay, en suma, buenas razones para rechazar el deber de interpretación conforme al *soft law*, tanto en lo que respecta al Derecho europeo, como por lo que hace al ordenamiento interno.

2. Efectos jurídicos invalidantes indirectos

58. La ausencia de efectos invalidantes directos es una propiedad conceptual necesaria del *soft law* (*supra* §§ 28-29). Sin embargo, hay tres grupos de casos en los que el incumplimiento de un acto de *soft law* puede tener **efectos invalidantes indirectos**. En estos tres supuestos, los actos y normas posteriores que se desvíen de las reglas de conducta definidas en el acto de *soft law* serán contrarios a Derecho y habrán de ser anulados por esa razón. Estos efectos invalidantes son indirectos porque el fundamento de la invalidez no es la infracción del *soft law* en sí misma considerada, sino otras normas jurídicas, estas sí vinculantes, que se activan como consecuencia de la infracción del *soft law*. Además, en algunos de estos casos, la infracción del *soft law* es una condición necesaria, pero no suficiente, de la invalidez del acto o de la norma posterior, ya que el *hard law* puede establecer otros requisitos adicionales, más allá de la infracción del *soft law*, para que los actos y normas posteriores que lo desconocen sean inválidos.

59. El primer grupo de casos se refiere a las medidas de *soft law* que se **incorporan al contenido de normas o actos vinculantes**, ya sea mediante su reproducción literal o por referencia. La consecuencia de ese respaldo es que los actos subsiguientes que infrinjan el *soft law* pueden ser inválidos. En estas situaciones resulta

¹⁰⁴ X. ARZOZ SANTISTEBAN (2021: 79).

¹⁰⁵ En contra, G. GENTILE (2021: 1000): ‘as EU acts, [EU soft law acts] should prevail over national law’.

¹⁰⁶ L. SENDEN (2004: 390).

claro que el efecto invalidante no se desencadena directamente como consecuencia del incumplimiento del instrumento de *soft law*, sino por la violación de la norma o acto vinculante que hubiera incorporado su contenido. Más allá de esta amplia caracterización común, en este primer grupo de casos todo es diversidad.

60. Por un lado, el *soft law* europeo puede **incorporarse a normas vinculantes europeas**, tal y como ilustran las Decisiones de ejecución de la Comisión por las que se publican referencias de normas técnicas armonizadas en el Diario Oficial¹⁰⁷. En virtud de la legislación de Nuevo Enfoque, esta incorporación conlleva dos transformaciones en las posiciones jurídicas de los sujetos afectados por aquellas: primera, las empresas que cumplan estas normas tendrán derecho a comercializar sus productos bajo la presunción de conformidad con las exigencias imperativas; y, segunda, las autoridades nacionales no podrán aplicar normas nacionales contradictorias y se verán obligadas a retirarlas¹⁰⁸. Los actos nacionales que desconozcan estos efectos infringirán la norma de Derecho derivado que establezca en cada caso la presunción de conformidad.

61. Por otro lado, el *soft law* (tanto el europeo como el nacional) también puede **incorporarse a normas vinculantes nacionales**. Pueden aquí distinguirse tres modalidades diferentes. Las medidas de *soft law* adoptadas por la Comisión y las agencias europeas dirigidas a los Estados miembros pueden transformarse en normas o actos vinculantes si la autoridad nacional competente decide cumplirlas y a tal efecto las incorpora a algún tipo normativo vinculante¹⁰⁹. Las acciones posteriores de sus destinatarios (tanto públicos como privados) podrían ser ilegales en caso de incumplimiento del contenido de aquellas medidas. Sin embargo, será el acto o la norma adoptados con arreglo al Derecho nacional la que conceda efectos invalidantes indirectos a las reglas de conducta establecidas por medio del *soft law*. Lo mismo sucede, en segundo término, cuando el contenido de un acto de *soft law* nacional es incorporado a una norma nacional jurídicamente vinculante, y una transformación similar puede apreciarse, en fin, cuando los tribunales aplican el *soft law*¹¹⁰, confiriendo así a este último la naturaleza y la posición jurídica propia, en su caso, de jurisprudencia¹¹¹. En todos estos ejemplos la fuente de estos efectos invalidantes indirectos debe encontrarse en la correspondiente norma de *hard law*.

62. En el segundo grupo de casos los efectos invalidantes indirectos del *soft law* tienen su fundamento en que una norma jurídica vinculante **impone una carga a las autoridades que deciden desviarse de su contenido**. Sin llegar a otorgarle fuerza jurídica vinculante, esta operación pretende aumentar la eficacia del *soft law* en cuanto instrumento de dirección del comportamiento de sus destinatarios. Dado que a estos les seguirá siendo dado no cumplirlo, el *soft law* continúa siendo no vinculante y se mantiene dentro de los límites conceptuales que les son propios. Sin embargo, en tal

¹⁰⁷ Reglamento (UE) 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea.

¹⁰⁸ A. VOLPATO (2023: 200-210).

¹⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, apartado 50 (“cuando las autoridades competentes deciden cumplir, las entidades financieras quedan efectivamente vinculadas a las Directrices impugnadas, en el ámbito nacional, a resultas de su «aplicación» o «incorporación» por la autoridad nacional competente”).

¹¹⁰ M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO (2021: 55-76).

¹¹¹ D. PAPAYANIS (2024: 29-35).

caso las autoridades sobre las que pesa la carga deberán llevar a cabo una determinada conducta para poder desconocer la medida de *soft law* sin incurrir en una conducta ilícita. Es posible apreciar dos ejemplos de este tipo de efecto invalidante indirecto.

63. Por un lado, ya se ha descrito cómo la doctrina *Grimaldi* impone a las autoridades judiciales de los Estados miembros un deber de tomar en consideración el *soft law* de la Unión a la hora de interpretar las normas vinculantes con las que se relacionan (*supra* § 52). Ese deber opera con carácter general. No obstante, si se analizan sus efectos jurídicos resulta que, en los casos en que la autoridad decide no cumplir el contenido del *soft law*, *Grimaldi* se comporta más bien una **carga de tomarlo en consideración**, determinando la invalidez de las resoluciones judiciales que se separan de la correspondiente norma de conducta sin tomar en consideración la medida de *soft law* que la establece.

64. Por otro lado, el Derecho europeo secundario ha endurecido el *soft law* en algunos ámbitos sectoriales, como el sector financiero¹¹² y el de las telecomunicaciones¹¹³, estableciendo una **carga de “cumplir o explicar”**, según la cual las autoridades nacionales que decidan desviarse de una concreta medida de *soft law* tienen que motivar su decisión. Además, dicha motivación ha de tener lugar de acuerdo con unos estándares de diligencia de intensidad variable en función del modo concreto en que se defina la carga y de los términos en los que la norma vinculante configure el contenido de la medida de *soft law*¹¹⁴. El Derecho administrativo español no contiene, salvo omisión, ejemplos de la aplicación de esta carga de “cumplir o explicar” a medidas de *soft law* previstas en la legislación sectorial¹¹⁵, lo cual contrasta vivamente con su aplicación a ciertos algunos instrumentos de planificación (Rodríguez de Santiago, *supra* 23, §§ 160-166). En el Derecho de la Unión, esta carga se diferencia de la doctrina *Grimaldi* por tres motivos: primero, porque carece de alcance general y solo opera si se ha previsto específicamente en el Derecho derivado; segundo, porque no se limita a exigir la incorporación del contenido del *soft law* a la motivación de la resolución, sino que exige una motivación específica y de variable intensidad de las razones por las que no se sigue; y tercero, porque, en lugar de limitarse a los órganos judiciales, la carga de “cumplir o explicar” se proyecta tanto sobre las autoridades

¹¹² Art. 16.3 del Reglamento (UE) n° 1093/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea). Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, asunto C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, apartados 43-44.

¹¹³ Arts. 38 y 64 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Sentencia de 15 de septiembre de 2016, asunto C-28/15, *Koninklijke*, apartados 33-35.

¹¹⁴ Robert BÖTTNER (2023), “The Comply-or-Explain Mechanism in the European Supervisory Authorities, or: Does Meroni Allow Nudging?”, en Petra L. LÁNCOS, Napoleon XANTHOULIS, Luis ARROYO JIMÉNEZ eds., *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar, 177-171; Emanuel KÖLLMANN (2023), “Hard Rules for Soft Law. The Case of European Union Telecommunications Law”, en Petra L. LÁNCOS, Napoleon XANTHOULIS, Luis ARROYO JIMÉNEZ eds., *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar, pp. 218-221.

¹¹⁵ Una técnica distinta, que involucra a un órgano administrativo diferente al decisor, se encuentra en el art. 122.6 LCSP (“la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales”).

administrativas como, en vía de control, sobre los órganos judiciales encargados de revisar la legalidad de su actuación.

65. En estos dos supuestos, que como se ha indicado solo se aprecian en el Derecho de la Unión Europea, la decisión de las autoridades nacionales de no cumplir el *soft law* sin tenerlo en cuenta debidamente o sin motivarlo en los términos en cada caso aplicables **infringiría la norma vinculante que establece la carga**: bien la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia, o bien la correspondiente disposición de Derecho secundario. Es claro, pues, que los efectos invalidantes son aquí indirectos, ya que su origen se encuentra en esa norma de Derecho vinculante. Es más, dichos efectos no se producen inmediatamente por la infracción del *soft law*, que no es aquí condición suficiente, sino que su aparición requiere que las autoridades nacionales se desvíen de su contenido al tiempo que dejan de satisfacer la carga correspondiente. En resumen, la invalidez requiere tanto el incumplimiento del *soft law* como el incumplimiento de la carga de tomar en consideración o de dar razones. En caso de que se cumplan estas dos condiciones, se infringiría la norma vinculante y se aplicarían las consecuencias jurídicas ordinarias previstas en el Derecho europeo: en primer lugar, la decisión adoptada por la autoridad nacional debe ser inaplicada tanto por las autoridades administrativas como por las judiciales¹¹⁶; y, en segundo lugar, el Derecho nacional podría prever vías para su anulación y, en tal caso, los principios de cooperación leal y de seguridad jurídica exigirían su agotamiento¹¹⁷.

66. En el tercer grupo de casos el incumplimiento del *soft law* es una de las condiciones que producen **efectos invalidantes indirectos en virtud de un principio general**. Una vez más, la fuente de la invalidez no es la infracción del *soft law* en sí misma, sino la violación de una norma jurídica vinculante, en esta ocasión un principio. Además, también en este caso se da la circunstancia de que el desconocimiento del *soft law* es condición necesaria, pero no suficiente de la infracción del principio, que puede requerir otras condiciones adicionales para desplegar sus efectos invalidantes. Son tres los principios que pueden adquirir aquí relevancia.

67. En primer lugar, desviarse en un caso nuevo del contenido de una medida de *soft law* que se haya venido aplicando en el pasado en casos similares puede llevar a que se cumpla uno de los requisitos determinantes de la infracción del **principio de igualdad** en la aplicación administrativa y judicial de la ley¹¹⁸. Cuando una autoridad administrativa o judicial se aparta de una medida de *soft law* que sí aplicó en decisiones anteriores proporciona un tratamiento diferente al nuevo caso¹¹⁹, y este es uno de los elementos del supuesto de hecho del canon de control que resulta del principio de igualdad. Es irrelevante a estos efectos que el instrumento de *soft law* haya sido aprobado por la misma autoridad que ahora se separa de él¹²⁰, o por otra distinta (por

¹¹⁶ SSTJUE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa c. ENEL* (ECLI:EU:C:1964:66); y de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, *Fratelli Costanzo* (ECLI:EU:C:1989:256), apartado 31.

¹¹⁷ STJUE de 4 de abril de 1974, asunto 167/73, *Comisión c. Francia* (ECLI:EU:C:1974:35), apartado 47.

¹¹⁸ L. SENDEN (2004: 411-15, 422-28); S. DíEZ SASTRE (2008: 316-317).

¹¹⁹ STJUE de 30 de enero de 1974, asunto 148/73, *Louwage c. Comisión* (ECLI:EU:C:1974:7), apartado 12.

¹²⁰ STPI de 14 de abril de 1994, asunto T-10/93, *A c. Comisión* (ECLI:EU:T:1994:39), apartado 60.

ejemplo, la aplicación de *soft law* europeo por autoridades nacionales¹²¹), siempre que el órgano decisorio lo hubiera aplicado en casos anteriores, puesto que lo determinante no es tanto que se haya infringido el *soft law*, sino que se aparte del criterio aplicado a supuestos precedentes. En cualquier caso, es difícil que, junto a este, se cumplan otros requisitos asimismo necesarios para que se vulnere el principio de igualdad: primero, que la situación en la que se encuentre el demandante (en la que no se ha aplicado el *soft law*) y la situación de los casos precedentes (en la que sí se aplicó) sean términos de comparación adecuados; y, segundo, que, aunque se trate de situaciones semejantes, la diferencia de trato no esté objetivamente justificada¹²². Por lo demás, el enfoque del Tribunal Constitucional (Arroyo Jiménez, I, 8, § 113) y del Tribunal de Justicia en relación con el principio de igualdad de trato es ciertamente deferente¹²³.

68. En segundo lugar, la infracción de una medida de *soft law* también puede dar lugar a la vulneración del **principio de protección de la confianza legítima**¹²⁴, de la que a su vez pueden resultar efectos invalidantes indirectos¹²⁵. La **jurisprudencia española** ha atribuido efectos invalidantes a la infracción del principio de confianza legítima (art. 3.1 LRJSP)¹²⁶, pero, salvo error u omisión, no parece haberlo hecho en los casos que aquí importan, que serían aquellos en los que dicha confianza fue creada mediante la adopción de un acto de *soft law*. Acaso esta circunstancia se explique por la contundencia con la que se expresa el art. 6.2 LRJSP, conforme al cual el desconocimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no determina “por sí solo” la invalidez de los actos en los que se concreta, una propiedad por lo demás compartida por el resto de las normas de *soft law*. Sin embargo, una cosa es que este efecto no se produzca directamente (“por sí solo”) y otra bien distinta que no pueda producirse indirectamente si concurren los requisitos necesarios para poder apreciar una quiebra del principio de protección de la confianza legítima.

69. No ocurre lo mismo en la **jurisprudencia europea**, que sí reconoce este efecto invalidante indirecto del *soft law*. Con todo, es preciso diferenciar aquí dos casos distintos. Uno se plantea cuando es **la misma autoridad** que adoptó el acto de *soft law* la que posteriormente se aparta de él en un supuesto concreto. Por supuesto, aquí no entra en juego el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, precisamente por no tratarse de una norma jurídica vinculante. Sin embargo, la aplicación del principio de confianza legítima, que también puede dar lugar a consecuencias

¹²¹ En contra, L. SENDEN (2004: 442).

¹²² STC 112/2017, de 16 de octubre, FJ 3. STJUE de 25 de marzo de 2021, asunto C-611/16P, *Xellia Pharmaceuticals y Alpharma c. Comisión* (ECLI:EU:C:2021:245), apartado 168; STGUE de 18 de noviembre de 2020, asunto T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai c. Comisión* (ECLI:EU:T:2020:545), apartado 373; STGUE de 29 de julio de 2012, asunto T-360/09, *EON c. Comisión* (ECLI:EU:T:2012:332), apartado 261. X. GROUSSOT (2006: 167); P. CRAIG (2019: 577-580); J. FUENTETAJA PASTOR (2019: 76-77).

¹²³ P. CRAIG (2019: 581).

¹²⁴ STJUE de 28 de junio de 2005, asunto acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri* (ECLI:EU:C:2005:408), apartado 211. Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto C-16/16, *Bélgica c. Comisión* (ECLI:EU:C:2017:959), apartado 90. L. SENDEN (2004: 411-415, 416, 428-431); O. STEFAN (2012: 882).

¹²⁵ N. XANTHOULIS (2021: 315-316); O. STEFAN (2013: 181).

¹²⁶ STS de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989/1458), FJ 2. L. ARROYO JIMÉNEZ, G. DOMENECH PASCUAL (2020: 60-61).

invalidantes, se ve facilitada por el hecho de que haya sido la misma autoridad la que, con su comportamiento anterior, hizo nacer la expectativa legítima de que en el futuro se comportaría del modo anunciado en el instrumento de *soft law*. El mero hecho de haber adoptado la medida (especialmente si se ha publicado en un diario oficial) contribuye a crear una expectativa merecedora de protección de que la autoridad actuará en el modo en que lo ha anunciado previa y públicamente¹²⁷. Así pues, el *soft law* puede tener un efecto jurídico inmediato de autovinculación para su autor, que ha sido expresamente admitido por el Tribunal de Justicia¹²⁸. El mismo criterio se ha extendido también a aquellas situaciones en que las autoridades nacionales habían declarado que reconocían el contenido de la medida de *soft law* de la Unión y que la acatarían, para finalmente desviarse de ella¹²⁹. Verdaderamente se trata del mismo caso de autovinculación, pues la fuente de este efecto jurídico no es el acto de *soft law* en cuanto tal, sino la posterior declaración adoptada por la autoridad nacional¹³⁰. Esta declaración, que expresa una autovinculación por parte de los Estados miembros, puede dar lugar así a que el *soft law* europeo produzca efectos invalidantes de carácter multinivel¹³¹.

70. El otro caso se daría cuando, sin mediar una declaración formal como la adoptada en las situaciones anteriores, una autoridad aplica sistemáticamente un instrumento de *soft law* aprobado por **una autoridad diferente**. Así sucede cuando las autoridades domésticas aplican de manera consistente una medida de *soft law* europeo, o cuando una Comunidad Autónoma hace lo propio con un instrumento de *soft law* adoptado por el Estado. El Tribunal de justicia no ha aplicado el principio de confianza legítima en este tipo de casos multinivel a una autoridad nacional¹³². Y tampoco lo han hecho, salvo omisión, los juzgados y tribunales españoles en el segundo supuesto indicado. Sin embargo, a pesar de no ser su autor, la aplicación regular precedente de un acto ajeno de *soft law* por parte de un ente administrativo puede dar lugar a una confianza legítima respecto a su futura aplicación. La conducta que genera la confianza legítima no es la aprobación del *soft law*, sino su aplicación consistente y reiterada. De igual modo, lo que la frustra no es la infracción del *soft law* en cuanto tal, sino el apartarse de la práctica anterior de las autoridades nacionales que lo habían aplicado. En todo caso, para que nazca una expectativa legítima de cumplimiento futuro del *soft law* ajeno es imprescindible que quien se aparta de él lo haya venido aplicando mediante una práctica coherente y públicamente conocida, sin la cual el *soft law* ajeno no puede activar por sí solo el principio de protección de la confianza legítima. Los Estados miembros no pueden quedar vinculados por las expectativas cuya creación resulte de la

¹²⁷ Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-99/98, *Austria c. Comisión* (ECLI:EU:C:2001:94), apartado 35 (“*La guía constituye una prueba concluyente de la existencia de dicha práctica establecida*”).

¹²⁸ SSTJUE de 8 de marzo de 2016, asunto C-431/14 P, *Grecia c. Comisión* (ECLI:EU:C:2016:145), apartados 69-70; de 19 de julio de 2016, asunto C-526/14, *Kotnik* (ECLI:EU:C:2016:570), apartado 70; y de 19 de julio de 2020, asuntos acumulados C-431/19 P y C-432/19 P, *Inpost Paczkomaty* (ECLI:EU:C:2020:1051), apartado 45.

¹²⁹ STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11, *Expedia c. Autorité de la Concurrence* (ECLI:EU:C:2012:795), apartado 26.

¹³⁰ P. L. LANCOS (2018: 782-783).

¹³¹ O. STEFAN (2013: 182-91).

¹³² STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11, *Expedia c. Autorité de la Concurrence* (ECLI:EU:C:2012:795), apartado 31. O. STEFAN (2012: 374).

adopción de instrumentos de *soft law* por parte de las Instituciones y agencias de la Unión¹³³.

71. Sea como fuere, en ninguno de los dos casos señalados basta con ignorar el contenido del *soft law* para que se produzca una lesión del principio de confianza legítima, ya que tanto el Derecho europeo como el Derecho español exigen el cumplimiento de diversas condiciones (Arroyo Jiménez, I, 8, § 143)¹³⁴. Por un lado, la medida de *soft law* ha de haber generado la expectativa razonable de obtener un beneficio en el futuro y dicha expectativa **debe basarse en criterios objetivos**. El *soft law* facilita con carácter general la justificación de esta primera condición, sobre todo si la medida ha sido publicada. Sin embargo, la capacidad de las medidas de *soft law* para crear expectativas dignas de protección también depende de su contenido: cuanto más específica y precisa sea la regla de conducta, más fácil será esperar un comportamiento determinado basándose en ella; por el contrario, cuanto más amplia e imprecisa sea su definición, más difícil será alegar que se han vulnerado las expectativas legítimas de una parte. Para dar lugar a una expectativa merecedora de protección, el contexto y la redacción del instrumento de *soft law* deben agotar el margen de discrecionalidad de la autoridad decisoria. En caso de que este siga dejando un margen de discrecionalidad en cuanto a la forma de decidir en casos futuros, las expectativas subjetivas no merecerán protección. Por otro lado, el principio sólo dispensa una **protección *prima facie*** de las expectativas legítimas. La autoridad administrativa nacional o europea aún podrá aducir una razón de interés público para justificar la desviación respecto del *soft law*. Esto significa que la autoridad decisoria puede evitar que el *soft law* llegue a tener efectos invalidantes indirectos en virtud del principio general de confianza legítima mediante la motivación de su nuevo criterio¹³⁵.

72. Con todo, no está claro cuán deferente es el control judicial en este caso, ni cómo se relacionan exactamente entre sí los dos principios generales mencionados, de **igualdad y confianza legítima**. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parecen aplicarse por separado¹³⁶. Y esto tiene sentido porque sus reglas sustantivas son diferentes: la primera exige una comparación con otros casos, mientras que la segunda se centra exclusivamente en cómo la nueva decisión frustra una expectativa que merece ser protegida por la ley. Sin embargo, también podrían entrar en juego subsidiariamente, tal y ocurre en algunos Estados miembros en los que el cumplimiento del principio de confianza legítima sólo se examina una vez que se ha excluido que el nuevo acto administrativo vulnere el principio de igualdad¹³⁷.

73. En tercer lugar, los efectos invalidantes indirectos asociados a la infracción de un acto de *soft law* podrían resultar también del **principio de cooperación leal** (art. 4.3 TUE). El Tribunal de Justicia ha afirmado que los Estados miembros deben cumplir una medida de *soft law* de la Unión Europea siempre que con ella se concreten los deberes

¹³³ L. SENDEN (2004: 442).

¹³⁴ S. DÍEZ SASTRE (2008: 383-386).

¹³⁵ P. CRAIG (2019: 635-636; D. SARMIENTO (2008: 166-167).

¹³⁶ N. XANTHOULIS (2021: 315-316).

¹³⁷ S. DÍEZ SASTRE (2008: 373, 375).

de cooperación que ya les incumben en virtud del principio general¹³⁸. Como en casos anteriores, los efectos invalidantes del *soft law* europeo son indirectos porque lo que se declararía, en su caso, infringido es el principio general de cooperación leal. En consecuencia, se ha afirmado que cuando un instrumento de *soft law* aprobado por las autoridades de la Unión sea una expresión específica del deber de cooperación de los Estados miembros, su contenido también será vinculante para estos¹³⁹. Sin embargo, el alcance de este deber sigue siendo incierto. Por un lado, parece ser relevante qué tipo de competencia tiene la Unión en el ámbito material correspondiente. Por otro, el principio de cooperación leal parece imponer a las autoridades nacionales algo más que el mero deber de tener en cuenta el *soft law* de la UE, pues significa que las autoridades nacionales están obligadas a acatarlo¹⁴⁰. Por último, ya se ha adelantado que el principio de cooperación leal se ha invocado para extender a las autoridades administrativas un deber de consideración similar al de *Grimaldi*, a pesar de que el Tribunal todavía no ha respaldado esta evolución¹⁴¹.

3. Efectos jurídicos resarcitorios

74. En los casos indicados en la sección anterior, la infracción del *soft law* puede producir efectos invalidantes indirectos que se podrán hacer valer, en su caso, a través de los diversos remedios contemplados en el Derecho europeo (los recursos de anulación y por incumplimiento) e interno (los recursos administrativos, el recurso contencioso-administrativo y los recursos contra resoluciones judiciales) a fin de obtener tutela restitutoria o primaria. Sin embargo, el desconocimiento o la infracción del *soft law* también puede producir efectos jurídicos resarcitorios con los que procurar una tutela secundaria de los derechos e intereses legítimos de quienes sufren daños a raíz de la actuación administrativa¹⁴². Conviene aquí distinguir dos grupos de casos, según que el título de la imputación del daño sea la ilegalidad o la inconsistencia¹⁴³.

75. En el primer grupo de casos, **el título de imputación es la ilegalidad de la actuación administrativa**. En los tres supuestos mencionados en la sección anterior, la invalidez de la actuación administrativa que infringe o se desvía del contenido del *soft law* puede también legitimar el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, ni en el Derecho europeo ni en el interno la invalidez indirecta da siempre lugar a la indemnización de los sujetos perjudicados. Dicho de otro modo, ilegalidad y responsabilidad no son conceptos coextensos.

76. En el **Derecho administrativo interno** la administración no responde por los daños causados por cualquier actuación administrativa ilegal, sino que, de conformidad con la denominada doctrina del **margen de tolerancia**, la ilegalidad ha de ser

¹³⁸ SSTJUE de 16 de febrero de 1978, asunto 61/77, *Comisión c. Irlanda* (ECLI:EU:C:1978:29), apartado 65; de 4 de octubre de 1979, asunto 141/78, *Francia c. Reino Unido* (ECLI:EU:C:1979:225), apartado 8; y Sentencia de 19 de febrero de 1998, asunto C-4/96, *NIFPO* (ECLI:EU:C:1998:67), apartado 32.

¹³⁹ L. SENDEN (2004: 443).

¹⁴⁰ L. SENDEN (2004: 448).

¹⁴¹ W. WEIß (2023: 168–171).

¹⁴² D. SARMIENTO (2008: 200-208).

¹⁴³ L. MEDINA ALCOZ (2005); L. MEDINA ALCOZ (2006).

cualificada. Tanto en el ámbito de la actuación discrecional, como en el de la puramente reglada, dicha doctrina excluye la responsabilidad patrimonial de la administración por actos contrarios a Derecho si, a pesar de ser tales, son el producto de una aplicación razonable y razonada de la ley¹⁴⁴. La aplicación de esta doctrina conduce a resultados diferentes según por qué la actuación administrativa que se desvía del *soft law* incurre en un vicio determinante de su invalidez.

77. Por un lado, esta exigencia opera con normalidad en los dos primeros grupos de casos identificados en la sección anterior, es decir, en aquellos en los que el contenido de un instrumento de *soft law* se **incorpora a una norma vinculante** y en aquellos otros en los que lo que se infringe es una **norma que impone una carga** al órgano que pretende desviarse de una regla de conducta establecida en el primero. La doctrina jurisprudencial citada exige aquí para poder apreciar la responsabilidad patrimonial de dicho órgano que la infracción de la norma vinculante o el incumplimiento de la carga controvertida excedan los límites de ese margen de tolerancia. Así ocurriría, por ejemplo, en caso de renuncia expresa a dar razones en caso de que resulte aplicable una carga de “cumplir o explicar” impuesta por una norma de *hard law*. Siempre, claro está, que concurrieran los demás requisitos propios de la responsabilidad patrimonial (lo cual no resulta sencillo, especialmente en lo que atañe a la relación de causalidad), una ilegalidad de esta naturaleza podría fundar una acción de resarcimiento.

78. Por otro lado, en el tercer grupo de casos, relativo a la lesión de un **principio general**, la doctrina del margen de tolerancia impide en la práctica la responsabilidad por ilegalidad. Si ya resulta difícil apreciar que la desviación respecto del contenido del *soft law* produce efectos invalidantes indirectos o mediatos por relación con la infracción de principios como los de igualdad o confianza legítima, el reconocimiento de un derecho a ser indemnizado por los daños por ello sufridos exigiría que la infracción de dichos principios fuera ciertamente indiscutible y que el órgano no pudiera hacerla pasar por un supuesto de actuación ilícita, pero fruto de la aplicación razonada y razonable de la ley. Tal y como pone de manifiesto la ausencia de ejemplos en la jurisprudencia, el Derecho administrativo interno dificulta considerablemente la producción de efectos jurídicos resarcitorios, sobre todo en aquellos casos en que el título de imputación sea la ilegalidad de la actuación administrativa y esta resulte indirectamente de la infracción de un principio general.

79. El **Derecho administrativo europeo** solo reconoce un derecho a ser indemnizado por los daños causados a raíz de la infracción del *soft law* si se cumplen los **tres requisitos** que operan con carácter general: (i) la existencia de una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica destinada a conferir derechos a los particulares; (ii) el hecho del daño; y (iii) la existencia de un nexo causal entre la infracción de la norma y el daño sufrido por los perjudicados. La primera de estas condiciones tiene, a su vez, dos dimensiones: por una parte, la ilegalidad debe referirse a la infracción de una norma jurídica destinada a conferir derechos a los particulares; por otra, la infracción debe ser suficientemente grave y manifiesta¹⁴⁵. El hecho de que,

¹⁴⁴ G. DOMÉNECH PASCUAL (2022).

¹⁴⁵ SSTJUE de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* (ECLI:EU:C:1996:79), apartado 51; Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2019, asunto C-123/18 P, *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH* (ECLI:EU:C:2019:694), apartado 32.

salvo error, no haya casos en los que el Tribunal de Justicia haya concedido indemnizaciones por daños y perjuicios debido a los efectos invalidantes indirectos del *soft law* de la Unión Europea es un indicio de lo difícil que puede ser acreditar la concurrencia estas condiciones.

80. En primer lugar, será necesario demostrar que, al ignorar el instrumento de *soft law*, también se ha infringido **una regla o principio vinculante que pretenda conferir derechos individuales**. Este podría ser el caso cuando el *soft law* que rige el comportamiento de sujetos privados se incorpora a una norma de Derecho secundario, tal y como sucede con las normas técnicas armonizadas, así como cuando su incumplimiento pone en marcha principios generales que confieren derechos subjetivos, como los de igualdad de trato o confianza legítima. Por el contrario, la infracción de medidas de *soft law* en materia de organización, cooperación y procedimiento administrativos normalmente no daría lugar a indemnización¹⁴⁶. Del mismo modo, los efectos anulatorios indirectos que pudieran derivarse del principio de cooperación leal difícilmente podrían dar lugar a una indemnización, ya que este principio tiene por objeto configurar las relaciones entre las autoridades públicas y no proteger los derechos individuales. Y lo mismo debe concluirse en relación con la doctrina *Grimaldi*, con las normas de Derecho secundario que establecen un mecanismo de “cumplir o explicar”, y con otras políticas regulatorias destinadas a mejorar la coherencia, la uniformidad y la eficacia de la aplicación del Derecho de la Unión a través de medidas de *soft law*. Esta conclusión es consistente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual los defectos en la motivación de un acto jurídico de la Unión no constituyen una razón que genere por sí misma responsabilidad¹⁴⁷.

81. En segundo lugar, la responsabilidad extracontractual sólo surgirá en caso de **infracciones manifiestas y especialmente graves**. Sin embargo, lo que tiene que ser evidente y grave no es tanto la infracción del *soft law* europeo, que no tiene carácter vinculante, cuanto la de las reglas o principios vinculantes que se activan indirectamente por formar parte la infracción del *soft law* de su supuesto de hecho. Es plausible que ello se produzca en los casos de normas vinculantes que incorporan a su contenido el de un acto de *soft law* (por ejemplo, los estándares armonizados). Más difícil es, sin embargo, que ello suceda en los casos de principios generales del Derecho de la Unión afectados por la actuación de autoridades europeas o domésticas que desconozcan medidas de *soft law* de la Unión. En efecto, conviene precisar que no basta con que se vulneren los principios de igualdad o de confianza legítima. También es necesario que dicha violación sea manifiesta y grave para que se reconozca una indemnización por daños y perjuicios. Esto implica que, al igual que sucede en el Derecho interno en virtud de la doctrina del margen de tolerancia, no toda violación de estos principios da lugar a indemnización. Teniendo en cuenta las estrictas condiciones establecidas por el Tribunal para apreciar su vulneración, el margen para obtener una indemnización por daños y perjuicios parece bastante reducido.

¹⁴⁶ SSTJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-221/10 P, *Artogodan c. Comisión* (ECLI:EU:C:2012:216), apartado 81; y de 25 de febrero de 2021, asunto C-615/19 P, *Dalli c. Comisión* (ECLI:EU:C:2020:744), apartados 56-63.

¹⁴⁷ STJUE de 6 de octubre de 2020, asunto C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consejo* (ECLI:EU:C:2020:793), apartados 61-65.

82. En tercer lugar, en los casos en que la norma vinculante infringida sea el deber de toma en consideración o la carga de motivar la decisión de desviarse del contenido del *soft law*, lo cual solo puede suceder con el de origen europeo, **será extremadamente difícil demostrar la existencia de un nexo de causalidad** entre la infracción de dichas situaciones jurídicas y el perjuicio sufrido por el particular. Es posible que la decisión de no seguir la regla de conducta contemplada en el acto de *soft law* haya causado un daño. Sin embargo, lo que propiamente habría que demostrar es la existencia de una relación de causalidad entre ese daño y la infracción, bien del deber de toma en consideración, o bien de la carga de motivación. Y esto parece muy difícil de acreditar, pues lo más probable es que el daño sea consecuencia de la infracción de la regla de conducta comprendida en un instrumento de *soft law*, pero no del error en la motivación del acto administrativo o de la resolución judicial. Como se ha adelantado, el Tribunal de Justicia se niega a calificar los deberes de motivación como normas jurídicas destinadas a proteger derechos individuales, en una doctrina muy cuestionable si se tiene en cuenta que el derecho a una decisión motivada forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 CDFUE) y del derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE). Sea como fuere, lo que parece claro es que será difícil demostrar una relación directa entre la falta de motivación y el perjuicio sufrido por la parte interesada en que las autoridades nacionales respeten el *soft law* de la Unión.

83. En el segundo grupo de casos **el título de imputación es la inconsistencia de la actuación administrativa**. En este terreno las diferencias entre el ordenamiento supranacional y el doméstico son aún más relevantes. Con arreglo al **Derecho administrativo europeo**, la infracción del principio de confianza legítima determina siempre la ilegalidad del acto que la frustra. Este vicio puede dar lugar a diversas formas de restitución¹⁴⁸, y en caso de que se satisfagan las exigentes condiciones señaladas podría también, al menos por hipótesis, fundar el ejercicio de pretensiones indemnizatorias. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha admitido que la actuación administrativa que frustrate una expectativa legítima lesione el principio de confianza legítima y haga nacer un derecho a ser indemnizado por los daños producidos sin llegar a ser declarada inválida. Si un sujeto tiene derecho a ser indemnizado por los daños causados por el acto que vulnera su confianza legítima, ello sólo será debido a que dicho acto es ilegal. En otras palabras, con arreglo al Derecho de la Unión, la ilegalidad de la actuación administrativa es la única razón para indemnizar por daños y perjuicios.

84. Sin embargo, en el **Derecho administrativo interno** las consecuencias jurídicas del principio de confianza legítima pueden ser más diversas. La jurisprudencia contencioso-administrativo no diferencia con la claridad necesaria ambas dimensiones, probablemente porque la víctima del daño tiende a articular su pretensión como un supuesto de resarcimiento por conducta ilegal y porque los tribunales han sido particularmente generosos a la hora de proporcionar tutela primaria a situaciones protegidas por la confianza legítima, incluso *contra legem*¹⁴⁹. Sin embargo, es en principio posible que la frustración de la confianza legítima por parte de las autoridades administrativas no dé lugar a la anulación de las decisiones administrativas, sino simplemente a la indemnización por daños y perjuicios¹⁵⁰. Estos casos presentarían tres características. En primer lugar, el fundamento de la indemnización no será la ilegalidad,

¹⁴⁸ P. CRAIG (2019: 613-618).

¹⁴⁹ S. DíEZ SASTRE (2008: 400-403).

¹⁵⁰ S. DíEZ SASTRE (2008: 407-410).

sino la **inconsistencia** de la actuación administrativa¹⁵¹. En segundo lugar, los daños que se reparan como indemnización son exclusivamente los directamente relacionados con la inversión o los gastos realizados por la parte privada que confía en esas expectativas legítimas, así como con el lucro cesante relacionado con la pérdida de oportunidades de negocio, como por ejemplo resultado de la confianza en que la futura conducta administrativa sea coherente (el llamado “**interés negativo**”)¹⁵². Y, por último, este título de indemnización sólo entrará en juego de forma **subsidiaria**, en caso de que no se concediera una indemnización por daños y perjuicios por motivos de ilegalidad (por ejemplo, si se rechazara un motivo basado en la violación del principio de igualdad)¹⁵³.

85. De lo expuesto resulta la posibilidad de diseñar un **sistema más refinado y complejo de remedios** que el que permite el Derecho de la Unión y que es también el que emerge en la jurisprudencia española. En lugar de un modelo restrictivo, de aplicación binaria, conforme al cual no habría responsabilidad sin ilegalidad, es imaginable un modelo en el que las decisiones administrativas que ignoran el *soft law* frustrando una confianza legítima den lugar, bien a la anulación y a la plena indemnización por razón de su ilegalidad, o bien a la indemnización del interés negativo por razón de su inconsistencia.

4. Efectos jurídicos sancionadores

86. El último tipo de efecto jurídico que podría tener un acto de *soft law* es de carácter sancionador o, más precisamente, disciplinario. A este respecto hay que distinguir entre la posibilidad de imponer sanciones a individuos o entidades (efectos sancionadores externos) o al personal al servicio de una organización administrativa (efectos sancionadores internos, o disciplinarios).

87. Como se ha expuesto, los instrumentos de *soft law* pueden utilizarse para aclarar el modo en que las autoridades administrativas van a interpretar las normas jurídicas vinculantes de cuya aplicación están encargadas. Esta es la función característica del denominado *soft law* interpretativo (*supra* § 45). También pueden emplearse para concretar y hacer más transparente el modo en que se va a ejercer un margen de apreciación discrecional que la norma les atribuye. Esta es la función típica del *soft law* decisorio (*supra* § 46). En ambos casos, las reglas de conducta en las que el *soft law* se concreta pueden estar **relacionadas con la aplicación de normas vinculantes que prevean la imposición de sanciones a particulares**. En efecto, la administración puede hacer pública su interpretación de conceptos vagos o ambiguos incorporados a una disposición normativa de *hard law* cuya infracción podría dar lugar a una multa u otra sanción administrativa¹⁵⁴, así como los criterios conforme a los cuales

¹⁵¹ L. MEDINA ALCOZ (2006).

¹⁵² L. MEDINA ALCOZ (2006); L. ARROYO JIMÉNEZ, G. DOMÉNECH PASCUAL (2020: 65-66).

¹⁵³ S. DíEZ SASTRE (2008: 373).

¹⁵⁴ Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01) (DOUE C 11 de 14.1.2011, pp. 1-72).

pretende ejercer una potestad discrecional relacionada con la imposición de sanciones¹⁵⁵. El *soft law* puede, pues, utilizarse para interpretar o aplicar normas de *hard law* que definan conductas prohibidas y permitan imponer sanciones a quienes las cometan, cumpliendo así una **función instrumental** o adyacente en materia sancionadora que se desenvuelve a través de la producción de los efectos interpretativos, invalidantes y compensatorios que se han descrito en las secciones anteriores.

88. Por el contrario, el *soft law* no es un instrumento adecuado para ordenar la imposición de sanciones en caso de que los particulares infrinjan las normas de conducta en él establecidas, de tal manera que **en ningún caso va a poder producir efectos sancionadores externos**. Por un lado, precisamente porque carecen de fuerza jurídica vinculante, las medidas de *soft law* no pueden imponer directamente obligaciones o prohibiciones a sus destinatarios. Esto solo puede tener lugar mediante una disposición general o un acto concreto de carácter vinculante. Por otra parte, incluso si la obligación o la prohibición sustantiva hubiera sido establecida a través de una norma o de decisión vinculantes, el principio de legalidad impediría al *soft law* prever la imposición de una sanción penal o administrativa para el caso de que aquella norma de conducta fuera violada. La exigencia de previsibilidad que el principio de legalidad impone en materia de sanciones no es, sencillamente, compatible con una disposición que no pretende ser vinculante¹⁵⁶. En los ordenamientos jurídicos europeos la decisión de crear nuevas sanciones para su imposición por parte de las autoridades administrativas o judiciales está reservada al *hard law*, ya se concrete este en una disposición legal o en una regla perteneciente al *common law*¹⁵⁷.

89. Una cuestión totalmente distinta es si las autoridades administrativas o judiciales pueden imponer una sanción al empleado público que tome decisiones que se desvíen del contenido de normas de *soft law*, es decir, si estas pueden o no tener **efectos sancionadores internos**, o efectos disciplinarios. En tanto que los instrumentos de *soft law* carecen de efectos jurídicos vinculantes, la respuesta es, en principio, negativa. Sin embargo, podría haber una excepción con respecto a las instrucciones administrativas internas que se adoptan en el marco de relaciones de supraordenación. Este es el caso, muy extendido en el Derecho administrativo comparado¹⁵⁸, de las tradicionalmente denominadas circulares administrativas, normas sin fuerza vinculante externa, pero que establecen reglas de conducta internamente vinculantes para los titulares de órganos y unidades administrativas en virtud del principio de jerarquía¹⁵⁹. En el Derecho administrativo español estas instrucciones actualmente reciben el nombre de

¹⁵⁵ Las Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de los artículos 1, 2 y 3 LDC y de los artículos 101 y 102 TFUE, de 10 de octubre de 2018.

¹⁵⁶ STEDH de 22 de noviembre de 1995, *S. W. c. Reino Unido*, demanda núm. 20166/92 (ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002016692), apartado 35.

¹⁵⁷ STEDH de 22 de noviembre de 1991, *Norman c. Reino Unido*, demanda núm. 41387/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004138717), apartado 62; STJUE de 28 de junio de 2005, asunto C-189/02, *Dansk Rørindustri A/S* (ECLI:EU:C:2005:408), apartado 216.

¹⁵⁸ A. NABAVI-NOORI (2022); M. HARTLAPP, A. HOFMANN, M. KNAUFF (2021: 152–55); N. RUBIO, O. STEFAN (2021: 135–43); J. ALBERTI, M. ELIANTONIO (2021: 187–88).

¹⁵⁹ M. ELIANTONIO (2021: 292–99).

instrucciones y órdenes de servicio¹⁶⁰, y es pacífica tanto su vinculación con el principio de jerarquía, como su carácter vinculante para los titulares de los órganos y unidades administrativas a los que se dirigen¹⁶¹. La misma figura se encuentra en el Derecho administrativo propio de la Unión. Los miembros de la Comisión Europea están facultados para dirigir instrucciones internas a los miembros de los departamentos y servicios de los que son responsables¹⁶², que son expresión del principio de jerarquía y, por tanto, vinculan a los funcionarios administrativos a su servicio¹⁶³.

90. En la medida en que las instrucciones u órdenes de servicio comprendan reglas de conducta directa o indirectamente dirigidas a los particulares (no todas lo hacen) formarán parte del *soft law*. Desde el punto de vista objetivo, relativo a su impacto en el sistema de normas y actos en el que se concreta el ordenamiento jurídico, estas medidas internas de *soft law* no determinan por sí solas la invalidez de aquellos posteriores que de ellas se separen (art. 6.2 LRJAP). Desde el punto de vista subjetivo, relativo a su impacto en la situación jurídica de sus destinatarios, directos o indirectos, no son vinculantes para las personas físicas o jurídicas que desarrollan la actividad que con ellas pretende dirigirse, pero sí pueden serlo para los titulares de los órganos y unidades administrativas encargadas de aplicarlas. En cuanto a los particulares, tales medidas no son obligatorias porque la ausencia de naturaleza jurídica vinculante no solo opera frente a los actos y normas jurídicas adoptadas por los poderes públicos, sino también frente a los sujetos privados. Ello es compatible con el hecho de que los titulares de órganos y unidades administrativas estén obligados a aplicarlas al tomar decisiones. Las instrucciones producen efectos jurídicos vinculantes *ad intra*, cuyo fundamento reside en el deber, ciertamente vinculante, de obediencia que le impone el **principio de jerarquía**. La peculiaridad de estas instrucciones internas, incluso cuando pertenecen a la categoría del *soft law* por comprender reglas de conducta de los particulares, es que su incumplimiento no da lugar a efectos invalidantes externos: sus efectos jurídicos permanecen en todo caso dentro de la organización administrativa.

91. También aquí se ha de partir de la distinción lógica entre la norma que impone la obligación o prohibición sustantiva y la norma que configura su violación como una infracción administrativa o penal. Incluso si los empleados públicos están obligados a cumplir lo previsto en estas instrucciones, todavía tendría que haber una **disposición jurídica vinculante que previera la imposición de sanciones disciplinarias internas** en caso de infracción. Así sucede en el caso del Derecho administrativo interno, en el que el legislador ha tipificado como infracción muy grave la “*desobediencia abierta*” a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que sean manifiestamente ilegales¹⁶⁴. Desde el punto de vista del Derecho administrativo de la Unión, esa disposición se encuentra también en el Estatuto de los funcionarios, que dispone que cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios europeos de las

¹⁶⁰ M. MORENO REBATO (1998); C. COELLO MARTÍN, F. GONZÁLEZ BOTIJA (2007); L. ARROYO JIMÉNEZ, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 235-236).

¹⁶¹ Art. 54.3 EBEP.

¹⁶² Art. 19 del Reglamento interno de la Comisión Europea [C(2000) 3614] (DOUE L 308 de 8.12.2000), p. 26.

¹⁶³ Arts. 21 y 21bis del Reglamento No 31 (EEC), 11 (EAEC), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE P 045 14.6.1962, p. 1385).

¹⁶⁴ Art. 95.2 i) EBEP.

obligaciones jurídicas que les incumben (incluida, por tanto, la obligación de atenerse a las instrucciones y órdenes jerárquicas), ya sea intencionado o por negligencia, podrá dar lugar a la imposición de medidas disciplinarias¹⁶⁵. Por consiguiente, las instrucciones jerárquicas internas de la administración propia de la Unión pueden no tener fuerza vinculante externa, pero sí vinculan a los empleados públicos y pueden dar lugar a efectos disciplinarios internos.

5. Efectos prácticos

92. El *soft law* es un instrumento orientado a dirigir la conducta de sus destinatarios cuya eficacia ha de ponerse en relación con su capacidad para producir una **transformación efectiva en el comportamiento** tanto de los sujetos privados que intervienen en el ámbito correspondiente, como de las autoridades encargadas de aplicar las normas vinculantes con las que se relacionan. La medida de esa eficacia es producto de diversas variables cuyo comportamiento reclama un análisis empírico (Doménech Pascual/Barragué, I, 7), pero cuya relación se ha de formular previamente en el plano teórico.

93. Algunas de esas variables están relacionadas con los **efectos jurídicos** descritos en la sección anterior y con la intensidad del control judicial al que se refiere la siguiente. Puede aceptarse como hipótesis, en efecto, la existencia de una relación directa de intensidad variable entre el grado de efectividad del *soft law* y el grado de juridificación del instrumento de que se trate, que a su vez se encuentra en función de la intensidad de sus efectos jurídicos (en qué medida es utilizado para interpretar el *hard law* relevante, qué alcance tienen sus efectos invalidantes indirectos, si su incumplimiento produce o no consecuencias resarcitorias o disciplinarias, etc.) y de que las autoridades administrativas y judiciales las hagan valer (en qué medida son invocadas ante y aplicadas efectivamente por dichas autoridades)¹⁶⁶.

94. Otros factores operan condicionando la efectividad del *soft law* con entera independencia de si este llega o no a producir efectos jurídicos. Por un lado, desde la perspectiva de las autoridades que intervienen en el proceso de su producción y aplicación, la efectividad del *soft law* puede encontrarse en función de diversas circunstancias, entre las que la literatura especializada destaca las siguientes¹⁶⁷: primera, la **alineación política** de unas y otras, por cuanto cabe presumir que las autoridades a las que se dirige adaptarán en mayor medida su conducta a las reglas definidas en el instrumento correspondiente si su relación con las que lo han adoptado no es de conflicto, sino de cooperación (numerosos ejemplos se encuentran en las estructuras multilaterales de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas); segunda, el diseño de **estructuras organizativas y procedimentales** orientadas a fomentar su cumplimiento, por ejemplo mediante la medición de su eficacia, la transparencia de los resultados y el establecimiento de estímulos políticos adecuados (por ejemplo, el

¹⁶⁵ Art. 86 del Reglamento No 31 (EEC), 11 (EAEC), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE P 045 14.6.1962, p. 1385).

¹⁶⁶ M. ELIANTONIO, E., KORKEA-AHO, O., STEFAN (eds.) (2021).

¹⁶⁷ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO (2019: 22-24).

denominado método abierto de coordinación en el ámbito de la política social europea); y tercera, la amenaza de adoptar en el futuro **instrumentos jurídicos vinculantes** en caso de que alguna de las autoridades en cuestión no acceda a adaptar sus políticas al curso de acción requerido por medio del *soft law* (por ejemplo, la amenaza de la Comisión Europea de iniciar un procedimiento de incumplimiento contra un Estado miembro en caso de no cumplir una recomendación).

95. Por otro lado, desde la perspectiva de los sujetos privados a los que se dirigen, los instrumentos de *soft law* también pueden ser más o menos efectivos dependiendo de su **capacidad de persuasión**, que a su vez depende de dos circunstancias. La primera se refiere al tipo de fallo que pretenda corregirse, y en particular a la disposición de los intereses e incentivos presente en la actividad sobre la que se proyecte (problema de coordinación, relación cooperativa, juego de suma cero, juego de suma positiva, etc.). La razón es que los incentivos para adaptar la conducta propia a la norma de *soft law* pueden ser muy diferentes en cada uno de esos casos. La segunda resulta de la consideración de la regulación, también la que se desenvuelve mediante este tipo de medidas, como un proceso de comunicación en el que el destinatario puede llegar a apreciar buenas razones para adaptar voluntariamente su conducta a las reglas definidas por otros sujetos. Desde esta perspectiva, la eficacia del *soft law* depende de su calidad como instrumento argumentativo orientado a persuadir a sus destinatarios¹⁶⁸. Y para medirla en el caso del *soft law* europeo se ha propuesto un modelo que toma en consideración y trata de poner en relación parámetros de carácter jurídico y argumentativo. Los primeros son los elementos sobre los que se proyecta el deber de motivación, entre los que se encuentra la determinación y justificación de la base jurídica empleada, los elementos fácticos relevantes y los fines de la medida. Los segundos comprenden tanto elementos formales (por ejemplo, el estilo de la argumentación, el empleo de un lenguaje no autoritario o la imbricación de razones y reglas de conducta), como elementos sustantivos (por ejemplo, criterios relativos a la corrección lógica o a la efectividad persuasiva de la argumentación)¹⁶⁹.

V. EL CONTROL DEL *SOFT LAW*

1. El control político

96. La **posibilidad** de que los ciudadanos controlen políticamente los instrumentos de *soft law*, ya sea directamente o a través de sus representantes, forma parte de los presupuestos de legitimidad propios de cualquier manifestación de la acción del poder público en un Estado democrático. La **intensidad** con la que este reclama la existencia y un determinado alcance de dicho control es, sin embargo, función de diversos criterios que se encuentran esencialmente relacionados con el objeto sobre el que el *soft law* se proyecta. Con independencia de ello, sin embargo, el control político de estas medidas se encuentra sometido a diversas exigencias.

97. En primer lugar, la posibilidad de que otras autoridades, los medios de comunicación y, en último término, los ciudadanos y los grupos en los que estos se integran puedan llegar a controlar efectivamente el *soft law* adoptado por el gobierno y por las administraciones públicas exige la adecuada **publicación de su contenido**.

¹⁶⁸ C. ANDONE, F. COMAN-KUND (2022: 27-28).

¹⁶⁹ C. ANDONE, F. COMAN-KUND (2023).

Cualquier instrumento no vinculante llamado a orientar la conducta de los particulares, ya sea directa o indirectamente mediante la dirección de la actuación de otros entes, órganos o unidades administrativas, debe ser objeto de una efectiva difusión al público. La perspectiva no es aquí tanto la relativa al Estado de Derecho en su manifestación relativa al principio de seguridad jurídica, que exige la posibilidad de anticipar la respuesta del poder a la propia conducta, sino la propia del Estado democrático en su dimensión relativa a la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los criterios con los que se programa la acción del poder para poder controlarla efectivamente. Por ese motivo, lo relevante no es tanto que la publicación tenga lugar en un diario oficial, cuanto que el medio garantice un acceso sencillo y generalizado, y que la información se disponga de manera adecuada. La exigencia va, pues, más allá de la impuesta por la legislación de régimen jurídico del sector público (que solo contempla la publicación oficial de las instrucciones y órdenes de servicio, y solo lo hace cuando una ley lo establezca o cuando el órgano lo estime conveniente)¹⁷⁰, y aun de la legislación de transparencia (que impone la publicación en Internet de directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas, pero solo en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos)¹⁷¹.

98. En segundo término, el alcance del control político del *soft law* se encuentra sujeto a algunos límites que también se aprecian en otros ámbitos de la actuación de las administraciones públicas. El más relevante acaso sea el relativo al control político de la actuación de los entes y órganos que gozan de algún tipo de **independencia** o autonomía reforzada, tanto en el nivel supranacional europeo, como en el puramente interno (Arroyo Jiménez, I, 8, § 183). Por un lado, la neutralización política de estas administraciones impide el funcionamiento ordinario de los instrumentos de exigencia de responsabilidad política que los representantes de los ciudadanos tienen a su disposición, y que en ambos casos pasan por la **posibilidad de imputar** a la Comisión Europea y al Gobierno de la Nación, respectivamente, **la actuación de las autoridades administrativas** que estos dirigen y controlan. No es, sencillamente, posible exigir responsabilidad política a ninguno de ellos por las medidas de *soft law* adoptadas y aplicadas por aquellas autoridades administrativas que no están sujetas a sus órdenes o instrucciones, ni tampoco a los mecanismos ordinarios de control administrativo de legalidad u oportunidad. Por otro lado, ese déficit de legitimidad democrática, que emerge necesariamente en los sistemas de legitimidad política monista, puede compensarse solo parcialmente mediante el **control parlamentario directo** de la actuación de esas autoridades. La razón es que, aun cuando en su estatuto se establezca la obligación de sus máximos órganos directivos de dar cuenta de su actuación (en lo que aquí respecta, de las medidas de *soft law* adoptadas por la agencia) ante el Parlamento Europeo o el Congreso de los Diputados, ninguna de estas dos cámaras dispone de prerrogativas capaces de sortear su independencia, más allá del ejercicio de la función legislativa en los términos que en cada caso resulten aplicables (y que en el de la primera se encuentra, además, condicionada a la iniciativa de la Comisión Europea y a la intervención decisoria del Consejo).

2. El control judicial supranacional

¹⁷⁰ Art. 6.1 II LRJSP.

¹⁷¹ Art. 7 a) LTAIBG.

99. La del control judicial del *soft law* por parte del Tribunal de Justicia de la Unión es una cuestión en la que recientemente se han producido transformaciones relevantes. El problema puede formularse del modo siguiente. Por un lado, la considerable expansión del fenómeno en la práctica institucional de la Unión (*supra* § 8), junto al diagnóstico de los problemas de legitimidad del propio *soft law* (*supra* §§ 14-15), ha incrementado la presión por **extender el alcance de su control judicial** como forma de incrementar su nivel de legitimidad efectivo. Por otro lado, sin embargo, el sistema de acciones procesales contemplado en los Tratados limita considerablemente la posibilidad misma de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llegue a controlar la legalidad del *soft law* europeo.

100. En primer lugar, el ejercicio de acciones impugnatorias directas a través del **recurso de anulación** contra los instrumentos de *soft law* resulta, en principio, inviable por dos razones. Una de ellas es que el Tratado solo permite impugnar directamente los “actos destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”¹⁷². Esta expresión ha sido entendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que se refiere a las normas que tienen carácter jurídico vinculante o efectos jurídicos vinculantes directos¹⁷³, así como a los actos concretos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas de sus destinatarios. La otra razón es que, aun cuando este obstáculo quedara superado, las reglas de conducta incorporadas a los instrumentos de *soft law* difícilmente pueden ser objeto de impugnación directa debido a las restricciones de la legitimación activa que sufre el recurso de anulación, que solo puede interponerse por aquellos que se hayan visto afectados directa e individualmente por la medida controvertida¹⁷⁴.

101. Por estas dos razones, **la impugnación directa** de los instrumentos de *soft law* se encuentra excluida por el Tratado, que impone a sus destinatarios la carga de esperar a sufrir su aplicación para poder recurrir el acto (este sí, vinculante y concreto) mediante el cual una Institución, órgano o agencia de la Unión ejecute la regla de conducta definida en aquel. La vía es, por tanto, la de su **impugnación indirecta**. Pero, incluso de darse esta circunstancia, el alcance de los poderes del juez se encontrará limitado, pues lo único que podrán hacer el Tribunal de Justicia y el Tribunal General es anular el acto de aplicación del instrumento de *soft law* y declarar no conforme a derecho el criterio expresado en la regla de conducta que materialmente contiene. Por el contrario, en ningún caso procedería anular el instrumento de *soft law* en cuanto tal, ni a través de una excepción de ilegalidad ni menos aun directamente. El control judicial del *soft law* a través del recurso de anulación es, pues, en el mejor de los casos indirecto y puramente material.

102. La práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha sido ajena a la presión de ampliar el alcance del control a través del recurso de anulación. Sin embargo, el camino para ello no ha sido introducir excepciones a la regla conforme a la cual este no permite impugnar los instrumentos de *soft law*, sino manipular el alcance de esta última noción para dejar fuera de ella los instrumentos que, aun no perteneciendo a un tipo normativo con naturaleza jurídica vinculante reconocido en el Derecho general de la Unión, disponen de **carácter jurídico vinculante incidental**. De acuerdo con la

¹⁷² Art. 263 I TFUE.

¹⁷³ STJUE de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, *ERTA* (ECLI:EU:C:1971:32), apartado 42.

¹⁷⁴ Art. 263 IV TFUE.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un instrumento que no se ha adoptado a través de un tipo normativo con naturaleza jurídica vinculante y que carece, por tanto, de efectos vinculantes inherentes, puede, sin embargo, llegar a producir efectos vinculantes incidentales si cumple determinadas condiciones relacionadas con la voluntad de su autor¹⁷⁵. Esta segunda vía ha sido explorada por el Tribunal en dos grupos de casos. Por una parte, un acto unilateral de una autoridad de la Unión que no tenga fuerza vinculante inherente puede, no obstante, tener fuerza vinculante incidental, si, a la vista de elementos tales como su redacción, el contexto y su historia, se puede concluir que la intención de su autor era que surtiera efectos jurídicos¹⁷⁶. Por otra parte, las normas bilaterales o multilaterales que carezcan de fuerza vinculante inherente también pueden tener fuerza vinculante incidental si son acordadas por las autoridades europeas y nacionales en virtud de una disposición explícita de *hard law* o de un deber específico de cooperación¹⁷⁷.

103. La noción de efecto vinculante incidental es viable en el marco del Derecho de la Unión porque su sistema de fuentes tiene dos características estructurales. La primera es que no comprende un **catálogo cerrado de tipos normativos** con fuerza jurídica vinculante. Si dicho catálogo existiera, la jurisprudencia no podría calificar como *hard law* instrumentos adoptados fuera de él y tendría que sentirse vinculada por la elección discrecional realizada por su autor, que podría, bien adoptar reglas de conducta a través de normas jurídicas vinculantes (sometiéndose a un conjunto de exigencias formales y procedimentales asociadas a la producción de efectos jurídicos vinculantes), o bien acogerse a un instrumento de *soft law* (sorteando esas rigideces a cambio de renunciar a su carácter jurídicamente vinculante). Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede reconocer naturaleza vinculante incidental a instrumentos de *soft law* es solo porque las Instituciones, órganos y agencias de la Unión no están sujetas a un sistema cerrado de tipos normativos vinculantes. La segunda característica es la **ausencia de una regulación general del procedimiento** aplicable a la actividad normativa de las Instituciones, órganos y agencias de la Unión, que determina que el Tribunal pueda atribuir efectos vinculantes incidentales a un acto adoptado sin formalidades específicas, en lugar de declarar su invalidez automáticamente.

104. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha extendido el control judicial de los instrumentos de *soft law* a través de la cuestión prejudicial¹⁷⁸. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite con toda normalidad la formulación de **cuestiones prejudiciales de interpretación** cuyo objeto sea un instrumento de *soft law*. Los jueces nacionales están obligados a tomar en consideración el *soft law* europeo a la hora de interpretar las normas jurídicas vinculantes de la Unión a las que el primero pueda referirse (*supra* § 52), y en el desarrollo de esa tarea pueden formular reenvíos de interpretación relativos a su contenido y significado. El hecho de que el *soft law* carezca

¹⁷⁵ STJUE de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, *ERTA* (ECLI:EU:C:1971:32), apartado 42. Lina SENDEN (2004), pp. 246-248.

¹⁷⁶ STJUE de 16 de junio de 1993, asunto C-325/91, *Francia c. Comisión* (ECLI:EU:C:1993:245), apartado 28. L. SENDEN (2004: 251-258).

¹⁷⁷ STJUE de 24 de marzo de 1993, asunto C-313/90, *CIRFS c. Comisión* (ECLI:EU:C:1993:111), apartado 36. L. SENDEN (2004: 272-278).

¹⁷⁸ Art. 267 TFUE.

de efectos jurídicos vinculantes no impide que el Tribunal pueda pronunciarse con carácter prejudicial sobre su interpretación¹⁷⁹.

105. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha admitido recientemente la posibilidad de formular **cuestiones prejudiciales de validez** de un instrumento de *soft law*¹⁸⁰, un desarrollo que ha pretendido justificarse con el argumento de que, aunque el instrumento carezca de efectos vinculantes, el juez está jurídicamente obligado a tenerlo en cuenta, y no sería razonable obligarle a hacer tal cosa si considera que es contrario al Derecho de la Unión, una declaración que no le corresponde formular¹⁸¹, sin permitirle plantear una cuestión de validez¹⁸². Sin embargo, hay buenas razones para no admitir las cuestiones prejudiciales de validez respecto de instrumentos de *soft law*. La primera es que verdaderamente el juez nacional solo está obligado a tenerlos en cuenta, pero no está obligado a aplicarlos, de modo que, si considera que la interpretación o la regla de conducta que expresan es contraria a una norma de *hard law* europeo (que es la única fuente posible de sus criterios de validez), va a poder desconocer dicha regla sin mayores dificultades. La segunda razón es que resulta abiertamente contradictorio rechazar la admisibilidad de recursos directos de anulación por carecer la medida de efectos jurídicos vinculantes y admitir la formulación de cuestiones atinentes a su validez. La tercera, en fin, es que admitir las cuestiones de validez es completamente innecesario desde la perspectiva de la garantía de la existencia de un sistema completo de vías de recurso. En efecto, el órgano judicial nacional puede formular cuestiones de interpretación en relación con el significado tanto del instrumento de *soft law*, como de las normas de *hard law* con las que se relaciona, en el marco de las cuales el Tribunal de Justicia puede declarar, como se ha adelantado, que la interpretación o el criterio relativo al ejercicio de la discrecionalidad que aquel expresa es contrario a una norma de Derecho de la Unión de naturaleza jurídica vinculante.

3. El control judicial interno

106. En el Derecho administrativo español se puede apreciar una situación semejante a la europea, que parecen tensar algunas costuras del sistema de acciones a través del cual se diseña el control judicial de la legalidad de la actuación de la administración. Aunque la jurisprudencia se encuentra referida estrictamente a las instrucciones y órdenes de servicio, la doctrina que expresa puede considerarse aplicable al *soft law* en general. El punto de partida es el antes descrito: las instrucciones **no son susceptibles de impugnación directa** ni en vía administrativa ni en vía judicial¹⁸³. Lo primero resulta de la imposibilidad de calificar las instrucciones y, en

¹⁷⁹ SSTJUE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, *Grimaldi* (ECLI:EU:C:1989:646), apartado 9; y de 21 de enero de 1993, C-188/91, *Deutsche Shell* (ECLI:EU:C:1993:24), apartado 18.

¹⁸⁰ SSTJUE de 20 de febrero de 2018, *Bélgica c. Comisión* (ECLI:EU:C:2018:79), apartado 44; de 25 de marzo de 2021, asunto C-501/18, *BT* (ECLI:EU:C:2021:249), apartado 82; y de 15 de julio de 2021, asunto C-911/19, *FBF* (ECLI:EU:C:2021:599), apartados 63-64. P. HUBKOVA (2021); G. GENTILE (2021: 989-1005).

¹⁸¹ STJUE de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85, *Foto-Frost* (ECLI:EU:C:1987:452), apartado 20.

¹⁸² Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona en el asunto C-501/18, *BT* (ECLI:EU:C:2020:729), apartado 100.

¹⁸³ M. BACIGALUPO SAGESSE (2005: 565-571); D. SARMIENTO (2008: 210-211).

general, las medidas de *soft law* (que comprenden reglas de conducta definidas en términos abstractos) como resoluciones administrativas (art. 112.1 LPAC) (Arzo Santisteban, 20, § 93). Lo segundo se deriva a la improcedencia de calificarlas como disposiciones generales de rango inferior a la Ley (art. 1.1 LJCA), no tanto por no ser generales o no estar sujetas a la primacía de la Ley parlamentaria (y aún a la de cualquier otra norma jurídica), sino porque su contenido no opera “por sí solo” como presupuesto de validez de ninguna otra norma o acto posteriores (art. 6.1 II LRJSP), esto es, por no pertenecer al tipo de actos del poder, las normas jurídicas, que integran el ordenamiento jurídico (crítico, Doménech Pascual, 19, § 38)¹⁸⁴.

107. Como consecuencia de ello, el único control judicial posible de las instrucciones es el que se desenvuelve **indirectamente** mediante la impugnación en vía administrativa o judicial de los actos administrativos que aplican su contenido en un caso concreto, creando, alterando o extinguiendo, estos sí, situaciones jurídicas de sus destinatarios. Sin embargo, también aquí hay que aludir a los límites de los poderes del juez: en caso de que considere que el criterio contemplado en la instrucción y aplicado por medio del acto administrativo recurrido es contrario al ordenamiento jurídico, el alcance de su jurisdicción se contrae a la anulación del acto administrativo y no a la de la propia instrucción. Cabría, sin embargo, explorar la posibilidad de admitir pronunciamientos generales declarativos de la disconformidad a Derecho de la instrucción indirectamente controvertida, aun no acompañados de pronunciamientos anulatorios. Estos pronunciamientos serían semejantes a los adoptados por el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial de validez contra el *soft law* europeo y, ya en el plano puramente interno, a al pronunciamiento del Tribunal Constitucional de que una afirmación contenida en el Preámbulo de una Ley carece de eficacia jurídica interpretativa, aunque no se declare su inconstitucionalidad ni, por tanto, se anule¹⁸⁵.

108. Pese a todo, la regla que excluye la impugnación directa de las instrucciones u órdenes de servicio se ha de matizar desde dos puntos de vista. El primero es la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, de modo semejante al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirma no encontrarse vinculado por la calificación formal atribuida a las instrucciones por su propio autor y entiende que tras ella pueden encontrarse **normas materialmente reglamentarias**. A fin de discernir si la actuación recurrida es un reglamento o una instrucción, el Tribunal Supremo considera que las instituciones tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se le haya dado, y por tanto examina cuestiones como la definición de su ámbito de aplicación, el tenor literal de sus disposiciones, así como el uso de expresiones características de mandatos o de las recomendaciones¹⁸⁶.

109. Esta jurisprudencia presenta problemas de enorme relieve. Por un lado, para averiguar la supuesta naturaleza de un instrumento en el que se definen reglas de conducta se prescinde del criterio más expresivo de la **voluntad de su autor**, que es la renuncia a emplear un tipo normativo con carácter jurídico vinculante, en lugar de uno

¹⁸⁴ SSTS de 30 de julio de 2013, RC 6205/2010 (ECLI:ES:TS:2013:4381); 131/2018, de 31 de enero, RC 2289/2016 (ECLI:ES:TS:2018:262); 1161/2018, de 9 de julio, RC 2049/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2645); 1844/2018 de 19 de diciembre, RC 31/2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565); y 1473/2021, de 14 de diciembre, RC 4537/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4830).

¹⁸⁵ STC 31/2010, de 28 de junio (ECLI:ES:TC:2010:31), apartado 1º del fallo.

¹⁸⁶ STS 131/2018, de 31 de enero, RC 2289/2016 (ECLI:ES:TS:2018:262), FJ 2.

perteneciente a la categoría del *soft law*. Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de la Unión, que carece de un sistema cerrado de tipos normativos vinculantes, así como de una regulación general del ejercicio de potestades normativas, en el ordenamiento interno la única consecuencia admisible en caso de que se llegue a apreciar que, tras la denominación formal de instrucción, se encuentra un verdadero reglamento, es la declaración de que este no es conforme a Derecho y su consiguiente anulación por haber sido dictado **prescindiendo del procedimiento** de elaboración de las disposiciones generales (arts. 47 y 127-129 LPAC).

110. La segunda matización a la regla indicada alude a la necesidad de diferenciar, en el caso de las instrucciones fundamentadas en el principio de jerarquía, entre las vías de tutela que el ordenamiento debe ofrecer a las **personas titulares de los órganos** y unidades administrativas a las que se dirige, de un lado, y a los **sujetos privados que actúan en el ámbito externo** sobre el que se proyecta la actuación de la administración, de otro. En relación con los primeros, el Tribunal Constitucional admite a trámite los recursos de amparo interpuestos por **empleados públicos** contra instrucciones u órdenes de servicio que, en virtud del principio de jerarquía, les imponen obligaciones y prohibiciones jurídicamente vinculantes y cuyo incumplimiento puede dar lugar, como se ha expuesto (*supra* § 91), a la imposición de sanciones disciplinarias. Y lo hace con dos argumentos. El primero es que el empleado público debe poder recurrir las instrucciones porque estas a él sí le vinculan, en cuanto que titular de un órgano o miembro de una unidad administrativa jerárquicamente infraordenada al autor de la instrucción. Su esfera jurídica se encuentra ya, pues, directamente afectada por la instrucción, mucho antes de que el órgano superior dicte un acto concreto de aplicación¹⁸⁷. El segundo es que lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) imponer al empleado público la carga de esperar a que se dicte un acto administrativo desfavorable, normalmente de carácter sancionador, para poder cuestionar la legalidad de la propia instrucción¹⁸⁸. Por consiguiente, los órganos de la jurisdicción deben admitir los recursos contencioso-administrativos contra las instrucciones u órdenes de servicio que impongan obligaciones y prohibiciones a los titulares de los órganos y unidades administrativas jerárquicamente sujetos a la autoridad que las dicta.

111. La cuestión que entonces se suscita es la de si alguno de estos dos argumentos puede proyectarse sobre los **sujetos privados** que, sin encontrarse sometidos al principio de jerarquía, actúan o se encuentran dentro del ámbito material sobre el que se proyecta la instrucción. En principio, ha de valer aquí la regla general conforme a la cual el ciudadano debe esperar a que se dicte un acto administrativo que le afecte en su esfera jurídica para poder cuestionar la legalidad del criterio sentado en una instrucción que se materializa en esa resolución. El primero de los argumentos indicados subraya, pues, la separación estructural entre los dos tipos de sujetos y constituye una sólida razón para rechazar la impugnabilidad directa de las instrucciones y de otros instrumentos de *soft law* por parte de los ciudadanos y empresas cuya conducta pretenda con ellos dirigirse. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aplicado el segundo argumento tanto a recursos promovidos por empleados públicos (cuya esfera jurídica se encuentra inmediatamente concernida por la instrucción)¹⁸⁹,

¹⁸⁷ STC 26/1986, de 13 de abril (ECLI:ES:TC:1986:26), FJ 2.

¹⁸⁸ STC 150/1994, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:1994:150).

¹⁸⁹ STC 47/1990, de 27 de marzo (ECLI:ES:TC:1990:47), FJ 4.

como a sujetos ajenos a la organización administrativa (cuya esfera jurídica solo se verá modificada una vez que se adopten los correspondientes actos de aplicación)¹⁹⁰. Aunque el Tribunal Supremo no se ha sentido concernido por ella, esta doctrina parecería abrir la puerta a que los particulares que se encuentran o desarrollan su actividad en el ámbito de la actuación administrativa sobre el que interviene el órgano o la unidad administrativa formalmente destinataria de la instrucción pudieran impugnar esta directamente, sin necesidad de esperar a que la administración realice un acto de aplicación (Doménech Pascual, 19, §§ 36-40)¹⁹¹.

VI. BLIOGRAFÍA

- ALBERTI, J., ELIANTONIO, M. (2021), “Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy – How You Cannot Tell a Book by its Cover”, M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart, pp. 185-200.
- ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 154, pp. 63-94.
- ANDONE, C., COMAN-KUND, F. (2022), “Persuasive rather than ‘binding’ EU soft law? An argumentative perspective on the EC’s soft law instruments in times of crisis”, *The Theory and Praxis of Legislation*, núm. 10, pp. 22-47.
- ANDONE, C., COMAN-KUND, F. (2023), “A legal-argumentative framework for persuasive EU soft law: The case of the European Commission’s recommendations”, en P. L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ eds. (2023), *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar, pp. 142-174.
- ARMSTRONG, K. (2011), “The Character of EU law and governance: from “Community Method” to New Modes of Governance”, *Current Legal Problems*, 64, pp. 179-214.
- ARNULL, A. (1990), “The legal status of recommendations”, *European Law Review*, 15, pp. 318-321.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2024), “Deferencia y control judicial en el Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, pp. 125-169.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., DOMENECH PASCUAL, G. (2020), “The Europeanisation of Spanish Administrative Law through the Principle of Legitimate Expectations”, *Review of European Administrative Law*, núm. 13, pp. 55-86.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2021), “In Search of Symmetry Lost: European and Spanish Soft Law before Spanish Authorities”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart pp. 233-245.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2021), “Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 4, pp. 67-104.
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J. (1995), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Marcial Pons.
- AUBY, J.-B. (2017), *Globalisation, Law and the State*, Hart.

¹⁹⁰ STC 150/1994, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:1994:150), FJ 5.

¹⁹¹ M. MORENO REBATO (1998: 198-199).

- BAXTER, R. (1980), “International Law in her Infinite Variety”, *International Comparative Law Quarterly*, 29, pp. 549-556.
- BOTHE, M. (1980), “Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 11, pp. 65-95.
- CHINKIN, C. (1989), “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *International Comparative Law Quarterly*, 38, pp. 850-866.
- COELLO MARTÍN, C., GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2007), “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, pp. 267-305.
- CRAIG, P. (2003), *Administrative Law*, Sweet & Maxwell.
- CRAIG, P. (2019), *EU Administrative Law*, OUP.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. (2005), *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. (2015), “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización”, en M. DARNACULLETA GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I. SPIEKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, pp. 197-216.
- DÍEZ SASTRE, S. (2008), *El precedente administrativo*, Marcial Pons.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022), “De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 219, pp. 59-106.
- DUPUY, R. J. (1975), “Droit dé claratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, en AA.VV., *L'é laboration du Droit International Public*, Société française pour le droit international/Pedone, pp. 132-148.
- ELIANTONIO, M. (2018), “Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts”, *Yearbook of European Law*, 37, pp. 496–524.
- ELIANTONIO, M. (2021), “Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts. A Wind of Change Blowing from the Member States?”, M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds), *EU Soft Law in the Member States*, Hart, pp. 283–302.
- ELIANTONIO, M., KORKEA-AHO, E. (2023), “Soft law”, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, pp. 418-424.
- ELIANTONIO, M., KORKEA-AHO, E., MÖRTH, U. (eds.) (2024), *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar.
- ELIANTONIO, M., KORKEA-AHO, E., STEFAN, O. (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart.
- ESTEVE PARDO, J. (1999), “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *Revista de Administración Pública*, 149, pp. 37-62.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2024), *El soft law en el Derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, 2024.

- FAURE, M., PHILIPSEN, N. (2024), “An economic analysis of soft law as a regulatory tool”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MÖRTH (eds.) (2024), *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar, pp. 56-70.
- FUENTETAJA PASTOR, J. (2019), *Derecho administrativo europeo*, Civitas.
- GENTILE, G. (2021), “To be or not to be (legally binding)? Judicial Review of EU Soft Law after BT and Fédération Bancaire Française”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 70, pp. 981-1005.
- GANZ, G. (1987), *Quasi-legislation. Recent Developments in Secondary Legislation*, Sweet & Maxwell.
- GROSSOT, X. (2006), *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing.
- HARTLAPP, M. KORKEA-AHO, E. (2021), “Whatever Law and Teenage Member States? The National Reception of EU Soft Law and How to Study It”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart, pp. 55-76.
- HARTLAPP, M., HOFMANN, A., KNAUFF, M. (2021), “Soft Law in Germany. Still Opposing Dynamics in Status and Effect”, M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart, pp. 151-166.
- HUBKOBA, P. (2021), “Judicial review of soft law”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 55.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R. B. (2005), “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 15-62.
- KORKEA-AHO, E. (2018), “National Courts and European Soft Law: Is Grimaldi Still Good Law?”, *Yearbook of European Law*, 37 pp. 47-95.
- LÁNCOS, P. L. (2018), “A Hard Core Under the Soft Shell; How Binding is Union Soft Law for Member States?”, *European Public Law*, 24, pp. 758-760.
- LÁNCOS, Petra L., XANTHOULIS, N., ARROYO JIMÉNEZ, L. (eds.) (2023), *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio de la ley*, Trotta.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2020), “Los sujetos del Derecho público global”, en L. ARROYO JIMÉNEZ, I. MARTÍN DELGADO, P. MEIX CERECEDA (eds.), *Derecho público global. Fundamentos, actores, procesos*, Iustel, pp. 115-158.
- LEVIN, R. M. (2018), “Rulemaking and the guidance exception”, *Administrative Law Review*, 70, pp. 263-356.
- MAHER, I. (2021), “Revisiting soft law. Governance, Regulation and Networks”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), pp. 21-38.
- MEDINA ALCOZ, L. (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, 2005.
- MEDINA ALCOZ, L. (2006), “Confianza legítima y responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, pp. 275–326.
- MENDES, J. (2011), *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, OUP.

- MÖLLERS, C. (2022), “Rechtsquellen und Rechtssichten des Verwaltungsrechts”, A. VOSSKUHLE, M. EIFERT, C. MÖLLERS (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, C. H. Beck, pp. 399-501.
- MORENO REBATO, M. (1998), “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio”, *Revista de Administración Pública*, 147, pp. 159-200.
- NABAVI-NOORI, A. (2022), “Agency Control and Internally Binding Norms”, *The Yale Law Journal*, núm. 131, pp. 1278-1345.
- PAPAYANIS, D. (2024), “Breves notas sobre el *soft law*, su papel en el razonamiento jurídico y la racionalidad de su expansión”, en prensa.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016), *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons.
- RUBIO, N., STEFAN, O. (2021), “No Longer Small Enough to Fall through the Cracks. A French Story of Adaptation to the Petite Sources of EU Law”, M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart, pp. 135-150.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2016), *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015), *Principios de Derecho administrativo español*, vol. I, Iustel.
- SARMIENTO, D. (2008), *El soft law administrativo*, Civitas.
- SAURUGGER S., TERPAN, F. (2021), “Normative transformations in the European Union: on hardening and softening law”, *West European Politics*, 44, pp. 1-20.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006), *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer.
- SCOTT, C. (2009), “Governing Without Law or governing without government? New-ish governance and legitimacy of the EU”, *European Law Journal*, 15, pp. 160-173.
- SCOTT, J., TRUBECK, D. M. (2002), “Mind the gap: Law and new approaches to governance in the European Union”, *European Law Journal*, 8, pp. 1-18.
- SENDEN, L. (2004), *Soft Law in European Community Law*, Hart.
- SNYDER, F. (1994), “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, en S. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Wolters Kluwer.
- SNYDER, F. (2023), “Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MORTH eds, *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar, pp. 10-30.
- STEFAN, O. (2012), “European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects”, *The Modern Law Review*, núm. 75, pp. 879-893.
- STEFAN, O. (2012), “Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 21, pp. 359-379.
- STEFAN, O. (2013), *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Wolters Kluwer.

- STEFAN, O., AVBELJ, M., ELIANTONIO, M., HARTLAPP, M., KORKEA-AHO, E., RUBIO N. (2019), “EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review”, *SoLaR Working Paper*, 1.
- STRAUSS, P. L. (1992), “The Rulemaking Continuum”, *Duke Law Journal*, 41, pp. 1463-1489.
- TERPAN, F. (2015), “Soft Law in the European Union – The changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, 21, pp. 68-96.
- TERPAN, F. (2023), “The definition of soft law”, en Mariolina ELIANTONIO, Emilia KORKEA-AHO, Ulrika MORTH eds, *Research Handbook on Soft Law*, Edward Elgar, pp. 43-55.
- VELASCO CABALLERO, F. (2002), *La información administrativa al público*, Montecorvo.
- VOLPATO, A. (2023), “The Legal Effects of Harmonized Standards in EU Law: From Hard Law to Soft Law, and Back?”, en P. L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ eds., *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar, pp. 193-212.
- VON BOGDANDY, A., ARNDT, F., BAST, J. (2004), “Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis”, *Yearbook of European Law*, 23, pp. 91-136.
- WEIL, P. (1983), “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77, pp. 413–442.
- WEIß, W. (2023), “Reconsidering the Legal Effect of EU Soft Law in National Implementation: Bindingness from an Individual Rights Perspective”, en P. L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar, pp. 33-52.
- WELLENS, K. C., BORCHARDT, G. M. (1989), “Soft Law in European Community Law”, *European Law Review*, 14, pp. 267-321.
- XANTHOULIS, N. (2021), “Legal Effects and Reviewability of EU Acts”, in M. Eliantonio, E. Korkea-aho, O. Stefan (eds.) (2021), *EU Soft Law in the Member States*, Hart.