

LECCIÓN 6

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

José María Rodríguez de Santiago
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES.—3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y NORMAS DE DERECHO INTERNO: 3.1. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes “hacia abajo”; 3.2. La “evaporación de la estatalidad” hacia arriba; 3.3. La ordenación de las relaciones entre las normas del Derecho intencional y de la Unión Europea y las normas de Derecho interno: el principio de primacía.—4. LA RESERVA DE LEY.—5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO.—6. EL PODER NORMATIVO MUNICIPAL.—7. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—8. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Ya se dijo antes que el Derecho administrativo legitima y dirige la Administración, y hace posible su control por los tribunales (*supra* § 2.15). Pero el Derecho administrativo no es la única forma de dirección y legitimación de la Administración.

Política, Derecho y presupuestos han sido formas tradicionales de dirigir (y dotar de legitimidad democrática a) la actividad administrativa que cuentan con un reconocimiento constitucional: el Gobierno dirige (también políticamente) la Administración (art. 97 de la Constitución Española, CE); la Administración actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE); y lo que gasta la Administración debe ser autorizado por el parlamento a través de los presupuestos (arts. 66.1 CE en relación con el 134.2 CE).

2. La reforma constitucional del artículo 135 CE en 2011, que tuvo lugar como consecuencia de la gran crisis económica originada en 2008, ha acentuado extraordinariamente el peso de la dirección de la actividad de la Administración también por la **economía**: desde entonces, puros datos económicos, como el producto interior bruto, el déficit público o el volumen de deuda pública, dirigen rigurosamente la actuación administrativa, a través del “principio de estabilidad presupuestaria” (art. 135.1 CE) (SALVADOR, 2020: 161-206).

3. Hay que preguntarse, entonces, qué es lo específico de las **reglas y principios jurídicos** como forma de dirigir la actuación administrativa; por ejemplo, qué diferencia, desde esta perspectiva, el sometimiento de la Administración a una ley o un reglamento (normas jurídicas) de la más difusa dirección de la actividad de los órganos de la Administración del Estado a través del programa político del Gobierno que establece su Presidente y de las directrices de la política interior y exterior que también determina el Presidente del Gobierno [art. 2.2 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: LG].

4. Pues bien, elegir el Derecho como forma de dirigir la actividad de la Administración significa valerse de una serie de técnicas o instrumentos articulados, precisamente, para garantizar el sometimiento de la actividad administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Por lo pronto, significa que la actuación administrativa regulada por el Derecho se somete al **control judicial** (art. 106.1 CE). En la misma medida en que el Derecho dirige la actuación administrativa, aquel ofrece a los órganos judiciales parámetros para controlar las decisiones de la Administración. Los tribunales solo controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), no la dirección de la actividad de la Administración a través de criterios de otro tipo, como los políticos (por ejemplo, las directrices de la política interior y exterior a las que acaba de hacerse referencia), técnicos o, en general, de oportunidad. La dirección jurídica (a través del Derecho) de las decisiones administrativas permite a los órganos judiciales no solo declarar la conformidad o disconformidad a Derecho de aquellas, sino también **imponer forzosamente** la decisión judicial dictada en ejercicio de la función de control de la actividad de la Administración (arts. 103 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: LJCA). El ordenamiento jurídico-administrativo regula qué **sanción** reciben las decisiones administrativas contrarias al Derecho [invalidéz: nulidad de pleno Derecho (art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: LPAC) o anulabilidad (art. 48. LPAC)]; identifica quién ostenta **legitimación** para poner en movimiento el proceso de control judicial de la actividad administrativa (art. 19 LJCA); establece las vías para devolver, en la medida de lo posible, la situación de un afectado por la ilegal

actuación administrativa al estadio anterior a la infracción jurídica, como si nada hubiera pasado (**tutela primaria** o restitutoria); y, si esa actuación ha causado un daño, los requisitos para su reparación (**tutela secundaria** o resarcitoria, art. 106.2 CE), etc. Dirigir la actividad de la Administración a través del Derecho implica, en definitiva, valerse para esa dirección de estos y otros instrumentos de sometimiento de la actividad administrativa a los parámetros jurídicos establecidos por el órgano competente para ello.

5. Hablar de las fuentes del Derecho administrativo es, por tanto, hablar de **quién puede elegir y utilizar el Derecho** como forma de dirigir la actividad de la Administración; o, expresado de otra manera, quién puede imponer a la Administración sus decisiones como mandatos jurídicos, que desencadenan todas las consecuencias de aquellos (control judicial, invalidez del acto administrativo disconforme con la norma, etc.). La Constitución impone que sea el legislador quien dirija la actividad de la administración en un largo listado de materias (por ejemplo, reserva de ley sobre el régimen jurídico de los bienes públicos, art. 132 CE); aunque, cubierto ese mínimo que impone la reserva de ley, el legislador estatal puede regular la actividad de la Administración estatal con la densidad normativa adicional que quiera; en algunas materias las decisiones del legislador deben contar con un especial grado de consenso (ley orgánica, art. 81 CE); el Gobierno también puede dirigir jurídicamente la actividad de la Administración a través del reglamento; las fuentes de la Unión Europea determinan la conducta de la Administración (v. gr., medioambiental) con primacía con respecto a las fuentes del Derecho administrativo interno, etc. De todas estas cuestiones (y de otras) se debe ocupar un estudio de las fuentes del Derecho administrativo, que es —por lo dicho— un estudio relativo a una peculiar y eficaz forma de dirigir la actuación administrativa.

2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

6. Del conjunto de las fuentes normativas que dirigen la actuación administrativa se puede decir que constituyen un “**sistema**” porque están ordenadas o articuladas a través de la Constitución. Si se admite una imagen informática, puede decirse que la Constitución contiene el “programa” para la validez de las normas de Derecho interno y la “interfaz” para la aplicabilidad de las normas de sistemas externos. Veámoslo.

7. Las **normas de Derecho interno** (la ley estatal, el reglamento autonómico, la ordenanza municipal, etc.) son válidas en la medida en que hayan sido elaboradas por unos sujetos, se hayan observado unos procedimientos y se hayan respetado unos contenidos materiales regulados por la Constitución, directamente o con la mediación de otras normas que se dejan reconducir a aquella (el Reglamento del Congreso de los Diputados, cada estatuto de autonomía, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [LBRL], etc.). La Constitución contiene, así, el

“programa” (la “secuencia de instrucciones”) que determina la validez o invalidez de las normas del poder público español.

8. La Constitución, sin embargo, no se ocupa de la validez de **normas pertenecientes a sistemas externos**, como los tratados internacionales o las normas del Derecho de la Unión Europea, que nacen y, en su caso, son enjuiciadas en cuanto a su validez conforme a las reglas constitutivas de esos sistemas externos: la convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, el Tratado de la Unión Europea: TUE, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE, etc. Pero sí contiene la Constitución una **“interfaz”** (un dispositivo capaz de incorporar normas de esos sistemas ajenos), contenida en los artículos 93 y 96 CE, conforme a la cual se acepta la **aplicabilidad** en España de las normas de sistemas externos de acuerdo con las exigencias de sus propios sistemas, lo que significa: con primacía con respecto a las normas de Derecho interno (REQUEJO, 2016: 149-161). La Constitución es, desde esta perspectiva, norma integradora de varios sistemas normativos en un ordenamiento jurídico.

9. Desde el punto de vista del Derecho interno, no conviene tampoco desconocer que son bastantes las **decisiones relativas a las fuentes del Derecho administrativo que la Constitución no adopta por sí misma**, sino que ésta remite —sobre todo— a la regulación del legislador. Por lo pronto, a la ley estatal —o autonómica, allí donde existan Derechos forales o especiales— (art. 149.1.8 CE) se atribuye en la Constitución la importante función de determinar cuáles son las fuentes del Derecho (y el orden de prelación entre ellas). Especial relevancia tiene esta idea aplicada, también, al amplio margen que deja la Constitución a la regulación por ley de la propia potestad reglamentaria.

3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y NORMAS DE DERECHO INTERNO

3.1. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes “hacia abajo”

10. Cuando, en 1978, entra en vigor la Constitución española, era fundamentalmente el Estado el único sujeto productor de normas jurídico—administrativas. La imagen de una sola pirámide normativa de reglas estatales ordenadas jerárquicamente transmitía con suficiente corrección la realidad de un **Derecho administrativo de autor único**.

11. La creación y el comienzo de la actividad de producción normativa, en los años inmediatamente posteriores, de las comunidades autónomas inicia el cambio de este panorama; y la gran pirámide del Derecho estatal ordenado jerárquicamente se ve sustituida por una pirámide estatal que tiene cada vez menor envergadura y es desplazada progresivamente por diecisiete pirámides autonómicas que se relacionan entre ellas y con el Derecho estatal con el “nuevo” criterio del denominado **principio**

de competencia (derivado del reparto de materias normativas entre sujetos públicos distintos, como el Estado y las comunidades autónomas). El principio de competencia emerge con fuerza frente al criterio de la jerarquía, que dentro del sistema de cada sujeto público ordena las normas por formas normativas de superior o inferior rango (en el Estado, por ejemplo: ley, reglamento aprobado por real decreto, reglamento aprobado por orden ministerial, etcétera).

12. En las **materias de competencia autonómica exclusiva** (se ponen como ejemplos típicos las del urbanismo y la vivienda) el Estado tiene prohibido legislar y las normas reguladoras de esos ámbitos de actuación de la Administración tienen que proceder del parlamento y el ejecutivo autonómicos. En otras materias genuinamente jurídico-administrativas, como la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), la legislación seguirá siendo, sin embargo, solamente estatal. Pero una gran parte de la regulación de la propia estructura administrativa y de la actividad de la Administración se reparte entre el Estado y las comunidades autónomas conforme a un esquema competencial consistente en que el **Estado** aprueba las normas que deben considerarse **“básicas”** (las que concretan el mínimo común denominador normativo que debe regir en todo el territorio nacional) y las **comunidades autónomas** dictan las **normas de “desarrollo”** de esas bases para que sean aplicables solo en su territorio.

13. Este reparto de las competencias normativas conforme al esquema **“bases–desarrollo”** se da en importantes ámbitos del Derecho administrativo español: el propio régimen jurídico de las Administraciones públicas (que incluye también, por ejemplo, el de los bienes públicos) y la regulación del estatuto de sus funcionarios (art. 149.1.18 CE); la ordenación general de la economía (art. 149.1.13) y de la sanidad (art. 149.1.16 CE); la legislación sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE); el régimen minero y energético (art. 149.1.16 CE); normas relativas al derecho a la educación (149.1.30 CE); etc. Una regla especial es la que se refiere a la legislación del procedimiento administrativo: al Estado corresponde regular el “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE), que no son exactamente las bases del procedimiento administrativo [STC 55/2018, FJ 4 b)]. Esa es la competencia estatal ejercida al aprobar la LPAC de 2015.

14. Desde la aprobación de la Constitución hasta ahora, también las **ordenanzas municipales** se abrieron camino como figura del sistema de fuentes con el empuje de la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). La ordenanza, única norma administrativa dotada de una legitimidad democrática directa, porque es aprobada por el pleno que representa a los vecinos, llegó, incluso, a ganar una relevante batalla frente a la institución de la reserva constitucional de ley en las SSTC 233/1999, de 16 de diciembre (flexibilización de la reserva de ley en favor de la ordenanza en materia tributaria local) y 132/2001, de 8 de junio (flexibilización de la reserva de ley en favor de la ordenanza en materia sancionatoria).

3.2. La “evaporación de la estatalidad” hacia arriba

15. El proceso hasta ahora descrito es el del progresivo desplazamiento del Estado central por otros centros territoriales dotados de poder normativo, como las comunidades autónomas y los municipios. El Derecho administrativo se “desestatali-

za”, pero permanece, en lo que se lleva expuesto, en el ámbito de los poderes internos sometidos a la regulación de la Constitución nacional. A este proceso, sin embargo, hay que añadir otro al que podría gráficamente denominarse como de **“evaporación de la estatalidad”** (del espacio del poder normativo dominado por la Constitución nacional) a través de las ventanas que esa Constitución ha abierto a las normas procedentes de sistemas externos (arts. 93 y 96 CE).

16. A partir del año 1986 se inicia un trascendental proceso de **europaización** del Derecho administrativo, que termina afectando (solo se enumeran algunos ejemplos) tanto a instituciones de la parte general de ese Derecho —acto administrativo transnacional, declaración responsable y comunicación (art. 69 LPAC) o responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión—, como a sectores completos del Derecho regulador de la actividad de la Administración —contratos públicos, ayudas estatales y Derecho de la competencia, Derecho medioambiental (se ha dicho que el 90 por 100 de las normas ambientales españolas proceden del Derecho de la Unión Europea) (LOZANO, 2016: 127), Derecho de la regulación y servicios de interés económico general (telecomunicaciones, transportes, electricidad y gas, etc.), Derecho de autorización de productos y sustancias, como los medicamentos, etcétera—.

17. Y, prácticamente en paralelo, tiene lugar otro proceso de **internacionalización** del Derecho administrativo. El conjunto de fenómenos descrito con la expresión “globalización” (en concreto, el crecimiento de las relaciones económicas internacionales), la toma de conciencia frente a problemas medioambientales transfronterizos o globales (objeto de las grandes conferencias internacionales relativas al medio ambiente en los años noventa: Río de Janeiro, 1992; Nueva York, 1992; Kioto, 1997; etc.) y la fundación de la Organización Mundial del Comercio (1995) hicieron crecer de forma muy notable desde esos años las normas internacionales relevantes para la actividad de la Administración.

17 bis. En materia de fuentes del Derecho, precisamente, en los ámbitos del Derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional han surgido en las últimas décadas diversos tipos de lo que se denomina como **soft law** (Derecho blando). Con esa expresión se hace referencia frecuentemente en el Derecho de la Unión Europea a criterios interpretativos contenidos en actos no vinculantes (por ejemplo, recomendaciones de la Comisión) que, sin embargo, los jueces nacionales han de “tener en cuenta” al aplicar disposiciones vinculantes. Si el órgano judicial quiere separarse de ese criterio interpretativo recae sobre él la carga de motivar expresamente las razones por las que se separa o rechaza la aplicación de dicha pauta interpretativa (SSTJUE de 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi*, C-322/88, [ECLI:EU:C:1989:646](#), ap. 18; y de 29 de septiembre de 2011, *Arkema/Comisión*, C-520/09, [ECLI:EU:C:2011:619](#), ap. 88). En el ámbito del Derecho internacional se califican como **soft law** las recomendaciones y directrices no vinculantes de las organizaciones internacionales, así como normas y estándares (en materia de contabilidad, lucha contra el blanqueo de capitales, supervisión financiera, fabricación y comercialización de productos, etc.) aprobados por sujetos tanto públicos como privados que, en muchas ocasiones, son obligatorios *de facto*, porque sus destinatarios se ven compelidos a su cumplimiento debido a las exigencias de los mercados internacionales; y pueden llegar a convertirse en **hard law** mediante la técnica de la remisión a ellas por normas del ordenamiento o su integración en este mediante su aprobación como normas vinculantes (LEÑERO y DARNACULLETA, 2011: 697 y ss.).

3.3. La ordenación de las relaciones entre las normas del Derecho internacional y de la Unión Europea y las normas de Derecho interno: el principio de primacía

18. Para ordenar las relaciones entre las normas procedentes de esos dos sistemas externos (el Derecho europeo y el Derecho internacional) y las normas de Derecho administrativo interno se utiliza la regla de la **primacía aplicativa**, que es una concreta manifestación de la apertura constitucional al Derecho internacional y al Derecho europeo. La explicación que sobre la primacía aplicativa del Derecho de la Unión Europea realizó la DTC 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 4), sobre la base del artículo 93 CE, en torno a la idea de que la Constitución no regula la validez de las normas de sistemas jurídicos distintos al interno y puede admitir su aplicabilidad con preferencia a este, también se proyecta, en términos similares aunque no idénticos, sobre la regulación constitucional de la vigencia en España de los tratados internacionales (art. 96 CE). La primacía aplicativa del Derecho de la Unión o de los tratados internacionales es una regla relativa a la solución de conflictos entre normas, en principio, válidas. Cuando a un mismo supuesto de hecho dos normas vinculan dos consecuencias jurídicas distintas, el conflicto se resuelve otorgando primacía aplicativa a una de ellas: el aplicador del Derecho ha de ignorar una (en este caso, la nacional) para aplicar la otra (la europea o la internacional). Así, por ejemplo, si una norma europea sobre contratación pública prevé la exclusión de ofertas de licitadores anormalmente bajas, pero la legislación nacional no prevé esa exclusión, la Administración ha de inaplicar la norma nacional y aplicar directamente la norma europea (STJUE de 22 de junio de 1998, *Fratelli Costanzo SpA*, C-103/08, ECLI:EU:C:1989:256).

4. LA RESERVA DE LEY

19. En el ámbito del Derecho interno la Constitución articula la relación entre la **potestad legislativa** del parlamento (estatal y de las comunidades autónomas) y la potestad normativa del poder ejecutivo (**potestad reglamentaria**) a través de la institución central de la reserva constitucional de ley.

20. La **reserva constitucional de una materia a la ley** es el mandato constitucional de que esa materia sea regulada precisamente por la ley; mandato que tiene en su reverso, también, una prohibición dirigida al propio legislador de entregar por ley sin el suficiente contenido regulatorio material la disciplina restante de esa materia al reglamento (prohibición de la remisión en blanco); y, simultáneamente, una prohibición al ejecutivo de regular la materia por reglamento antes de que el legislador haya cumplido cabalmente su función reguladora.

21. La Constitución Española está salteada de concretos preceptos que reservan a la ley la regulación de **materias relevantes para la actuación de la Administración**: la reserva de ley en materia de derechos fundamentales del artículo 53.1 CE —que abarca la regulación del ejercicio del derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE)—, de diversos ámbitos de actividad social prestadora (capítulo tercero del título primero), de organización de la Administración del Estado

(art. 103.2 CE), del estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE), del procedimiento administrativo [art. 105 c) CE], del régimen de los bienes públicos (art. 132 CE), etc. En cada una de esas materias, la determinación precisa del alcance de la reserva (lo que, en concreto, tiene que ser regulado por la ley y lo que, por el contrario, puede dejarse al reglamento ejecutivo) supone un (no siempre fácil) ejercicio de la tarea de la interpretación constitucional.

22. Desde la perspectiva del principio constitucional del **Estado de Derecho**, la reserva de ley en materia de Derecho administrativo expresa cuánto quiere la Constitución (como mínimo) que una actividad de la Administración sea dirigida por el Derecho (y no solo, por ejemplo, por la política); y cuánto quiere la Constitución que los órganos judiciales (como mínimo) controlen la actuación administrativa, al disponer de parámetros normativos para llevar a cabo ese control. Y, desde la perspectiva del principio del **Estado democrático**, la reserva de ley también expresa cuánto quiere la Constitución (como mínimo) que la actuación y las decisiones administrativas sean dirigidas por el órgano primario de representación democrática que aprueba las leyes: las Cortes y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

23. Hasta hoy ha tenido una destacada influencia en la doctrina española sobre las relaciones entre la ley y el reglamento la teoría denominada del **concepto material de ley**, creada en Alemania a finales del siglo XIX (LABAND, 1871 y 1878; JELLINEK, 1887), que se ha utilizado para interpretar el Derecho español cuando, en realidad, carece de cualquier conexión sistemática con los datos de nuestro Derecho positivo.

24. La doctrina del concepto material de ley divide las materias que pueden ser objeto de regulación por el Estado en binomios que —es innegable— tienen una notable fuerza argumentativa y de convicción al margen del Derecho positivo: el contenido “propio” de la ley sería la regulación de la libertad y la propiedad de los ciudadanos, las **reglas jurídicas *ad extra*** del Estado. La ley que tiene ese contenido sería ley en sentido material. El contenido “propio” del reglamento (forma normativa procedente de un poder —en el origen de la teoría— no legitimado democráticamente) es, sin embargo, la “materia administrativa” doméstica, las **normas *ad intra*** referentes a la organización y a las relaciones especiales de sujeción (funcionarios, militares, etc.). El reglamento podría, como una atribución contingente del Derecho positivo, salir de su ámbito natural, cuando la ley le autoriza caso por caso a regular materias “propias” de la ley. A este reglamento se le llamaría **reglamento jurídico**. El que se mueve en su ámbito genuino de regulación (el ámbito doméstico del aparato estatal *ad intra*) se denomina **reglamento administrativo**. El espacio también propio del denominado reglamento independiente (el que no se dicta con una autorización legal y no desarrolla normas *ad extra*) sería, claro está, el que se ciñe a regular materias relativas a la organización y las mencionadas relaciones especiales de sujeción.

25. Como ya se ha dicho, toda esta construcción es por completo ajena al Derecho positivo español. El concepto material de ley es desconocido por la Constitución. En nuestro sistema, la ley no se define por su contenido, sino por su procedimiento de aprobación. El **concepto de ley** de nuestro Derecho constitucional es, por tanto, **formal**: es ley lo que se decide por las Cortes Generales o por los parlamentos autonómicos con esa forma, tras un procedimiento marcado por la publicidad, la contradicción y el debate (DE OTTO, 1988: 153-154). En consecuencia, hay leyes que regulan los derechos de los ciudadanos, pero también hay leyes (como la LPAC o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: LRJSP) que regulan la organización y el funcionamiento de la Administración.

26. Por otra parte, el Gobierno no carece por completo de legitimidad democrática. Es innegable que el **Gobierno** no tiene el mismo grado de legitimidad de-

mocrática que el órgano directamente elegido por el electorado, pero deriva de la confianza y del control parlamentarios el **carácter evidentemente democrático de su actuación**, sin el cual no podrían explicarse desde la perspectiva del artículo 1.2 CE sus competencias referidas a la dirección de la completa actividad política del Estado (art. 97 CE) o de la comunidad autónoma. De aquí resulta que un reglamento gubernativo no está al margen de la legitimidad democrática que comparten todos los poderes del Estado.

27. Por lo demás, **la Constitución reserva a la ley**, precisamente, importantes materias relativas a la **organización administrativa** (art. 103.2 CE) o a las que históricamente se denominaron **relaciones especiales de sujeción**, como las que vinculan a los funcionarios con la Administración (art. 103.3 CE), lo que de forma clara impide que el ejecutivo aprobara en esos ámbitos reglamentos independientes (sin cobertura legal) con el argumento de que esas fueran materias “propiaamente administrativas”. En este sentido, una gran parte del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pese a que regula relaciones administrativas *ad intra* (entre los empleados públicos y la Administración) no podría aprobarse por reglamento. En fin, ni en sus presupuestos ni en sus detalles tiene la vieja doctrina alemana del concepto material de ley ninguna utilidad para interpretar el Derecho constitucional y administrativo español. Y, por lo mismo, carece de cualquier función explicativa de nuestro sistema la mencionada distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos.

28. Desde el punto de vista material, el objeto de la regulación de los reglamentos, en principio, no se distingue del de las leyes. Como estas, pueden los reglamentos regular —siempre con respeto de la reserva de ley, que exigirá, en su caso, ley previa— materias que afecten directamente a derechos y deberes de los ciudadanos, o que quepa situar, más bien, en el ámbito de lo que puede denominarse organización administrativa. Tradicionalmente, a los reglamentos dictados para desarrollar y concretar la regulación ya contenida en una ley se les denomina **reglamentos ejecutivos** —reglamentos para “el desarrollo y la ejecución de las leyes” [art. 5.1 h) LG] (*infra* § 16.22)—; y los reglamentos que se dictan para regular directamente una materia no regulada por la ley reciben el nombre de **reglamentos independientes**, que caben teóricamente en el Derecho español (*infra* § 16.21), siempre que sobre la materia de la que se trate no se proyecte una reserva de ley. En la realidad de la profusa regulación legal actual no es fácil encontrar un buen ejemplo de reglamento independiente. Pero a esta distinción vincula el Derecho positivo consecuencias jurídicas: en el procedimiento de aprobación de los reglamentos ejecutivos es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado [arts. 5.1 h) LG; y 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE].

29. Una de las manifestaciones más patentes de cómo el reconocimiento constitucional del principio de separación de poderes nunca ha significado el cumplimiento de la “ecuación función—órgano” (atribución de una función exclusiva a cada uno de los órganos que materializan cada una de las tres clásicas ramas de gobierno)

es, precisamente, la distribución constitucional del poder normativo entre las Cortes Generales (art. 66.2 CE) y el Gobierno (art. 97 CE). **El principio de reserva de ley parte de esta concurrencia de órganos con competencias normativas e introduce una ordenación material y secuencial entre ellas:** las materias reservadas a la ley deben ser reguladas suficientemente por esta; mientras el legislador no cumpla con ese mandato, el reglamento no puede entrar a regular esas materias; el legislador puede, no obstante, aumentar la densidad de la regulación que exige, como mínimo, la reserva de ley, y regular cualquier materia; salvo que la ley lo prohíba, el reglamento (denominado entonces reglamento *ejecutivo*) puede desarrollar la regulación legal en las materias reservadas a la ley y reguladas por ley, o solo reguladas por ley (pero no reservadas a la ley); la ley (una vez regulada la materia que le exige el cumplimiento de la reserva de ley) puede ordenar que la materia se desarrolle con más detalle por el reglamento; el reglamento (llamado entonces reglamento independiente) puede regular las materias no reservadas a la ley, etcétera.

30. Es obvio, por otra parte, que de la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento (arts. 9.3 y 97 CE) y de la inexistencia de un ámbito constitucionalmente reservado al reglamento se deduce que **la ley puede prohibir** expresa o implícitamente que determinadas materias sean objeto de **desarrollo reglamentario**. La afirmación debe matizarse para los casos en que una organización jurídico-pública goce de un ámbito de autonomía garantizado por la Constitución o el Derecho de la Unión Europea y solo pueda ejercer esa autonomía a través de reglamentos.

31. Una última consideración debe realizarse en relación con la articulación de las **fuentes del Derecho de la Unión Europea y la reserva constitucional de ley**. En virtud del principio de autonomía institucional de los Estados miembros, la transposición de las **directivas** europeas al Derecho interno ha de tener lugar a través de la forma normativa que se derive de las reglas de ese Derecho. Si la Constitución reserva a la ley la regulación de la materia de la que trata la directiva, su transposición deberá utilizar la forma de ley (estatal o autonómica, en función de quién sea el titular de la competencia para regular en ese ámbito, lo que también se resuelve conforme a las reglas de cada Estado). Nada impide, en principio, que, en lo no reservado por la Constitución a la ley, la transposición se lleve a cabo por norma reglamentaria (DÍAZ, 2016: 115-125).

32. Es obvio, por otra parte, que el **reglamento europeo**, norma de la Unión Europea “directamente aplicable en cada Estado miembro” (art. 288 TFUE), puede ocupar un espacio material cubierto por una reserva constitucional de ley en el Derecho interno. Un caso conocido es el del Reglamento general de protección de datos [(UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016], que aborda una materia que, conforme a las reglas del Derecho constitucional interno, exigiría la forma de la ley orgánica (art. 81 CE en relación con el art. 18.4 CE). Hay que aceptar en estos casos que el artículo 93 CE autoriza implícitamente esa restricción del principio democrático y admite que la regulación de la materia en cuestión se realice por una norma como el reglamento europeo, con un nivel de legitimidad democrática inferior al de la ley nacional.

33. La propia ley, por último, también puede reservar a la ley alguna decisión que la Constitución no impone que se adopte por el legislador. Se está, entonces, ante una **reserva legal de ley**.

34. Por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio) **reserva a la ley la decisión de desclasificar suelo no urbanizable de protección** en el que se haya producido un incendio, durante un plazo de treinta años desde el daño medioambiental. Se trata, como es obvio, de desincentivar los incendios provocados con la intención de facilitar un cambio en una clasificación urbanística, lo que se conseguiría impidiendo que la decisión pueda adoptarse por la Administración y disponiendo que la desclasificación tenga que someterse al rigor de la tramitación parlamentaria.

35. Evidentemente, esa reserva, a diferencia de la reserva constitucional de ley, **no vincula al mismo legislador para el futuro** (una ley posterior puede disponer lo contrario en cualquier momento), pero mientras la reserva legal de ley esté en vigor, el ejecutivo no puede adoptar la decisión por norma infralegal. Los mayores problemas y dudas sobre la reserva legal de ley se producen cuando una **ley estatal** que regula las “bases” de una determinada materia exige que las comunidades autónomas regulen el “desarrollo” de esa materia de su competencia también por ley. Por ejemplo, el art. 25.2 LBRL exige que las comunidades autónomas atribuyan competencias a los municipios sólo por ley. El Tribunal Constitucional ha considerado que esta reserva estatal de ley autonómica no es por sí inconstitucional, aunque su ejercicio ha de ser muy mesurado, pues afecta a la ordenación de los poderes legislativo y ejecutivo de cada comunidad autónoma (STC 41/2016, FJ 10 a) y STC 55/2018, FJ 6 b).

5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO

36. En esta lección se va a tratar únicamente de los **reglamentos procedentes del Gobierno estatal y autonómico y del pleno municipal**, esto es, de la potestad reglamentaria de tres organizaciones jurídico-públicas de carácter territorial: Estado, comunidad autónoma y municipio. Son estas las normas reglamentarias dotadas de un más elevado nivel de legitimidad democrática, derivada de la que ostentan los órganos que los aprueban (los citados órganos de gobierno y, especialmente, el pleno municipal); y las que tradicionalmente han encontrado un lugar principal en el tratamiento doctrinal de las facultades normativas del poder ejecutivo. Otras disposiciones administrativas (dictadas por Administraciones independientes, corporaciones de Derecho público, etc.) serán objeto de tratamiento en la Lección 16, junto con el régimen jurídico de todas las normas de rango infralegal (requisitos de validez, procedimiento de elaboración, control judicial, etc.). Tampoco, por otra parte, cubrirá la exposición de esta lección las formas normativas de la ley, la ley orgánica, el decreto-ley ni el decreto legislativo, que se hace con detalle en las obras de Derecho constitucional.

36 bis. Quedan, asimismo, fuera de la exposición las cuestiones que plantean las **normas técnicas de origen privado** (por ejemplo, las normas de la AENOR o las guías de las mejores técnicas disponibles), frecuentes en ámbitos en los que el predominio del conocimiento experto existente en el sector privado ha permitido hablar de una “autorregulación” (DARNACULLETA, 2009; ESTEVE, 2013: 110 y ss.). Estas normas carecen en su origen de la legitimidad democrática con la que cuentan, sin embargo, las normas aprobadas por el poder público. Pero las normas técnicas de origen privado pueden dirigir eficazmente la actividad de la Administración cuando normas del ordenamiento jurídico remiten a ellas o los órganos administrativos las utilizan para ejercer la discrecionalidad que otorga la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que se refieren a criterios de carácter técnico (TARRÉS, 2003).

37. La **potestad reglamentaria del Estado** está atribuida originariamente por el art. 97 CE al Gobierno, de forma coherente con el grado de legitimidad democrática de este órgano constitucional. No obstante, de la literalidad de ese precepto (“de acuerdo con la Constitución y las leyes”) no puede deducirse una prohibición

de que la ley atribuya la potestad reglamentaria, parcialmente y con más o menos limitaciones, también a otros órganos del ejecutivo estatal. Eso, de hecho, sucede en diversos preceptos de la LG y de la LRJSP. Cuestión distinta es que, conforme a la diferenciación expresa del art. 128.1 LPAC, existan singularidades procedimentales para la elaboración de los reglamentos en sentido estricto (esto es, los aprobados por el Gobierno de la Nación, los órganos de gobierno de las comunidades autónomas o los órganos de gobierno locales) y las demás disposiciones administrativas (*infra* § 16.10-11).

38. Conforme al encargo que les hace el artículo 97 CE, algunas leyes estatales, en especial la LG y la LRJSP, regulan las formas de ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno. Con carácter general, al **Consejo de Ministros** se atribuye la potestad reglamentaria para el “desarrollo y la ejecución de las leyes” (los denominados reglamentos ejecutivos) y una potestad reglamentaria residual (normas reglamentarias no atribuidas expresamente a otros cargos) [arts. 5.1 h) y 24.1 c) LG]. Al **presidente del Gobierno** se atribuye una muy limitada potestad reglamentaria: la competencia para dictar los reglamentos de creación, modificación y supresión de los departamentos ministeriales [arts. 2.2 j) y 24.1 b) LG]. A los **ministros** se atribuye potestad reglamentaria “en las materias propias de su Departamento” [arts. 4.1 b) y 24.1 f) LG; y 61 a) LRJSP]. No hay ningún apoyo en la literalidad de esos preceptos para sostener que esta potestad reglamentaria del ministro solo alcance a la organización interna de su departamento y a las relaciones especiales de sujeción, como se ha sostenido frecuentemente en la doctrina y en la jurisprudencia.

39. La jurisprudencia ha aceptado que el **ministro** desarrolle “en las materias propias de su Departamento” aspectos “concretos” o “accesorios” (**regulaciones “de detalle” de un reglamento ejecutivo aprobado por el Consejo de Ministros** [SSTS de 4 de noviembre de 2011, [ECLI:ES:TS:2011:7079](#); y 3 de junio de 2015, [ECLI:ES:TS:2015:2545](#)]). En este caso, el reglamento del ministro también debe considerarse reglamento ejecutivo y requiere de previo dictamen del Consejo de Estado (art. 22.3 LOCE) (STS de 6 de febrero de 2017, [ECLI:ES:TS:2017:332](#)).

40. A esta regulación general hay que añadir la existencia de **reglas legales especiales** (que pueden desplazar las mencionadas reglas generales). El **art. 129.4 LPAC** establece una reserva legal de ley para la atribución del desarrollo reglamentario directo de una ley a un ministro o cargo subordinado. Esta regla sólo rige para los ministros, no para los consejeros autonómicos, dado que la STC 55/2018, FJ 5, declaró inconstitucionales los incisos de este precepto que se referían a órganos del ejecutivo autonómico. El mencionado artículo 129.4 LPAC obviamente prohíbe al ministro (o cargo subordinado) el desarrollo directo de la ley si no se cuenta con una autorización legal expresa; y parece que también prohíbe al consejo de ministros conceder esta autorización en blanco por real decreto. No se prohíbe, sin embargo, que el real decreto del Consejo de Ministros por el que se aprueba el reglamento para el desarrollo directo de una ley remita la regulación de aspectos concretos y accesorios (la regulación de detalle, conforme acaba de decirse) al ministro. Este precepto, como reserva legal de ley que es, desde luego, no puede vincular al legislador estatal futuro. No hay, en realidad, manera de exigir que la autorización para el desarrollo directo

por el ministro tenga “carácter excepcional” y que esto se justifique por la ley. El legislador de hoy no puede imponer la necesidad de justificación al legislador de mañana.

41. El ejercicio de la **potestad reglamentaria atribuida al poder ejecutivo de las comunidades autónomas** plantea cuestiones paralelas a las que se han destacado con respecto a la potestad reglamentaria del Estado. Se hace referencia aquí, solo por vía de ejemplo, al modelo de la regulación de esta materia en la Comunidad Autónoma de Cataluña. El artículo 68.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 atribuye al Gobierno de la Generalitat el ejercicio de la potestad reglamentaria “de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes”. Como sucede en el ámbito del Estado, este precepto no impide que la ley atribuya el ejercicio —parcial y sometido a más o menos cautelas— de dicha potestad a otros órganos o cargos.

42. Conforme a la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, precisamente al **Gobierno** corresponde un poder normativo reglamentario residual “en todos aquellos casos en que (este poder) no esté atribuido específicamente al presidente o presidenta de la Generalidad o a los consejeros” [art. 26 e)]; el **presidente** de la Generalidad puede dictar “disposiciones reglamentarias en aquellos supuestos en que una norma con rango de ley se lo autorice expresamente” (art. 39.2); y los **consejeros** “pueden dictar disposiciones reglamentarias en materia de organización del departamento del que son titulares” y “con relación a otras materias, en supuestos específicos, si una norma con rango de ley o un decreto del Gobierno se lo autoriza expresamente” (art. 39.3).

6. EL PODER NORMATIVO MUNICIPAL

43. El **poder normativo local**, en concreto, la facultad de los municipios de regular a través de normas conocidas tradicionalmente como ordenanzas los asuntos propios de la comunidad vecinal, está **implícito en la autonomía garantizada constitucionalmente** a los municipios [art. 4.1 a) LBRL; y STC 214/1989, FJ 6]. La evolución reciente del ámbito atribuido a la regulación del poder normativo municipal, o poder de ordenanza, podría caracterizarse casi como un desfile triunfal. Su punto de partida ha sido la progresiva profundización en la relación directa que debe existir entre el alto grado de legitimidad democrática del órgano representativo del municipio (art. 140 CE) y su competencia de regulación autónoma de los asuntos vecinales. La imposición constitucional de la elección democrática directa de la representación de los vecinos en la corporación municipal casaría mal con la atribución al municipio de una potestad reglamentaria irrelevante.

44. La ordenanza municipal debe dictarse en el **ámbito de las competencias municipales** [art. 4.1 a) LRBL], si bien está aún abierta la discusión sobre cuáles son las competencias locales y, sobre todo, sobre si en nuestro Derecho los municipios tienen una competencia universal, para todos los asuntos de interés local que la ley no haya atribuido a otra entidad territorial.

45. Una interpretación literal de los artículos 7.2 y 25.2 LBRL conduce, *prima facie*, a sostener que con respecto a las competencias propias de los municipios rige un principio de “competencia de atribución”: estas competencias tienen que ser expresamente atribuidas por ley estatal o autonómica; y la regulación del artículo 25.2 LBRL se limita a identificar los sectores en los que el legislador del Estado y el autonómico necesariamente (en realidad, “necesariamente” solo para la ley autonómica, porque las bases del Estado no pueden vincular la legislación estatal posterior) han de atribuir competencias propias a los municipios (*infra* 11.25). Según esta tesis, el art. 25.2 LBRL no contendría ninguna atribución competencial directa a los municipios (VELASCO, 2009: 2016). Sería un precepto dirigido a los legisladores del Estado (en los términos a los que se acaba de hacer referencia) y de la comunidad autónoma. Esta tesis ha sido aceptada expresamente por la STC 41/2016, FJ 10 b).

46. En mi opinión, esta forma de entender las cosas es incompatible con los principios garantizados en la **Carta Europea de Autonomía Local**, de 15 de octubre de 1985, en concreto, con el principio de subsidiariedad establecido en su artículo 4.2, que convierte en vinculante un esquema general precisamente contrario al expuesto: en el “ámbito de la ley”, las entidades locales tienen libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Este precepto impone a los Estados parte, al menos, aparentemente, la conocida tesis de la competencia universal alemana (*Allzuständigkeit*). La interpretación del Derecho interno conforme con el Derecho internacional obliga a “corregir” el tenor literal de los mencionados preceptos de la LBRL y completarlo con un criterio adicional, necesario para que la regulación española sea compatible con el tratado internacional, que haga decir a la ley española que la enumeración de ámbitos materiales contenida en el artículo 25.2 LBRL constituye ya “una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias (allí) relacionadas” (así, expresamente, STS de 22 de mayo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2338, que, con este argumento, casa la sentencia impugnada que había declarado la invalidez de la Ordenanza municipal de Zaragoza de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones).

47. Como normas reglamentarias que son, las ordenanzas están sometidas a las reglas propias del Estado de Derecho que sujetan los reglamentos al **principio de legalidad** (art. 9.3 CE): primacía de la ley y reserva de ley. Por lo que se refiere a lo primero, la conjunción de los principios de legalidad y de **jerarquía normativa** (art. 9.3 CE) determinan, sin duda, que exista una relación de supraordenación jerárquica de la ley estatal o autonómica con respecto a las ordenanzas municipales. La jerarquía de la ley no admite matices. Cuestión distinta es que, por mandato constitucional, la ley haya de dejar un espacio de propia regulación a las normas locales. Y que sólo allí donde respete ese ámbito de autorregulación será válida la ley; y, como tal, jerárquicamente superior a las normas locales. Pero, a falta de un criterio constitucional expreso que regule las relaciones entre el reglamento estatal o autonómico y la ordenanza local, será la ley, con carácter general o sectorial, quien determine las relaciones entre reglamentos (estatales o autonómicos) y normas locales.

48. Puede aceptarse que **es función de la ley estatal o autonómica** (cada una en el ámbito de sus competencias) **regular las relaciones entre los reglamentos del Estado o de la comunidad autónoma**, por una parte, **y las ordenanzas municipales**, por otra, de forma respetuosa con la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) y con el alto grado de legitimidad democrática de aquellas.

49. La ley autonómica puede, por ejemplo, conforme a un esquema propio del **principio de competencia** (reparto de materias entre sujetos distintos) y no de jerarquía, identificar concretamente el ámbito regulativo que queda reservado a la ordenanza municipal y que, por eso, no puede ser regulado por el reglamento autonómico, con una exclusión *ab initio* de la *concurrency* regulativa que caracteriza a la ordenación de las normas conforme al principio de jerarquía. Este parece ser el modelo, por ejem-

plo, con respecto a las ordenanzas de protección contra ruidos producidos por actividades domésticas o vecinos, del artículo 69.2 a) de la Ley andaluza 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental; y del art. 2 b) del Decreto andaluz, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de protección contra la contaminación acústica.

50. Pero también es posible que la ley autonómica prevea la **conurrencia regulativa** del reglamento autonómico y la ordenanza, pero utilice la técnica de la **supletoriedad** y el **desplazamiento**: el reglamento contiene una regulación **supletoria** que queda desplazada cuando el municipio regula la materia por ordenanza. Por ejemplo, el artículo 7.2 de la Ley aragonesa 7/2010, de 18 de noviembre, de protección contra la contaminación acústica, regula su propia supletoriedad y su desplazamiento por ordenanzas que establezcan estándares más exigentes de protección contra el ruido. Un esquema semejante se observa en la disposición transitoria primera del Decreto del País Vasco 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica.

51. Por lo que se refiere a la **reserva de ley**, aquí se encuentra, quizás, el éxito reciente más rotundo de la ordenanza. En el ámbito del poder normativo municipal, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la tensión existente entre esa regla del Estado de Derecho (reserva de ley) y las exigencias del principio democrático [con carácter general, las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el pleno del ayuntamiento— con legitimidad democrática directa; art. 22.2 d) LBRL] se solucione con una flexibilización de la reserva de ley, por ejemplo, en materia tributaria (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 10 y 18) y en materia sancionadora (art. 25.1 CE) (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6), flexibilización que recorta el espacio de lo que necesariamente debe ser regulado por ley y amplía el de lo que se puede regular por ordenanza.

52. Los argumentos del Tribunal Constitucional —antes o después— podrían generalizarse para otros derechos fundamentales, distintos del reconocido en el artículo 25.1 CE. Por eso, se ha llegado a sostener con buenos argumentos que, siempre que la ley identifique, al menos, el interés público de competencia municipal que el legislador permite que entre en conflicto y sirva de límite a un derecho fundamental (propiedad, libertad de empresa, etc.), será posible al poder de ordenanza **ponderar** para decidir sobre la prevalencia de los principios en conflicto (el derecho fundamental o el interés público) para resolver “ajustes singulares”, esto es, **“conflictos concretos que tienen que solucionarse a nivel local”** entre derechos fundamentales e intereses públicos que deban ser garantizados por los municipios (ORTEGA, 2014: 193-219). En contra de esta tesis, sin embargo, la STS de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:693, anuló la prohibición por Ordenanza del Ayuntamiento de Lleida del acceso con velo integral a diversas instalaciones municipales.

7. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

53. Si “oscuridad” y “desorientación” son términos con los que se ha presentado, en ocasiones, el primer acercamiento a la costumbre en el ámbito del Derecho civil (DE CASTRO, 1949: 363), hay motivos para pensar que conceptos más rotundos son apropiados para describir la cuestión en el campo del Derecho administrativo. En efecto, si se acepta que por costumbre se entiende un conjunto de reglas que tienen su origen, precisamente (y por definición), **fuera del Estado, en la sociedad**, cuestiones como el valor vinculante o no del precedente [la decisión anterior de un órgano (estatal) administrativo con respecto a un caso análogo posterior] y de la jurisprudencia (la decisión anterior de un órgano —estatal— judicial con respecto

a un caso análogo posterior) caen, por lo pronto, fuera del tratamiento de la costumbre en sentido propio.

54. Y el problema se plantea entonces directamente con la pregunta: ¿es posible aceptar que, en defecto de ley escrita, la Administración deba decidir ateniéndose a reglas creadas no por el Estado, sino por las fuerzas sociales (los comerciantes de una comarca o los cabezas de familia de un pueblo)? O, dicho de otra manera: **¿rige el artículo 1.3 CC para el Derecho administrativo?** La respuesta positiva no es ninguna evidencia. En otras ramas del Derecho, como el Derecho penal, por ejemplo, una sencilla argumentación con apoyo en el principio de legalidad (art. 25.1 CE) hace obvia la respuesta negativa. El contexto de la regulación constitucional de la actuación administrativa también parece sugerir la respuesta negativa para el Derecho administrativo.

55. La reserva de ley en el ámbito del Derecho administrativo expresa el mínimo de regulación jurídica que impone la Constitución para cada ámbito de actuación administrativa. Cubierta la reserva de ley y en ausencia de más ley (o reglamento) escrita (tras la búsqueda de principios aplicables, si los hay —como se explicará después—), la Constitución no tiene reparo en aceptar que **la Administración decida discrecionalmente** construyendo su “norma de conducta” con criterios (ya no jurídicos, sino) de oportunidad (técnicos, de eficiencia, políticos, o los propios usos tradicionales, ¿por qué no?). Actuar discrecionalmente significa ejercer el poder de elegir los criterios directivos de la actuación, nunca decidir sin criterios (BACIGALUPO, 1997: 188 y ss.) (*supra* § 5.58). Esos criterios de oportunidad podrán venir dados por los órganos de dirección política (con mayor legitimidad democrática que la de la Administración) y de su uso se podrá rendir cuentas también por vías de control democrático.

56. Esta respuesta a la pregunta de qué hace la Administración en ausencia de ley escrita es más conforme con la **posición constitucional de la Administración** y con el **principio democrático** (art. 1.1 CE) que el sometimiento de la actuación administrativa en ese caso a reglas creadas por grupos asimétricos de ciudadanos y fuerzas sociales que nada tienen que ver con el “pueblo” en sentido propio. Tampoco es difícil caer en la cuenta de lo que se gana en términos de **seguridad jurídica** (art. 9.3 CE) para el Derecho administrativo si se despeja de esta manera el oscuro problema de la aplicación de la incierta costumbre en ausencia de ley escrita reguladora de la actividad administrativa.

57. Distinta de la remisión genérica a la costumbre como fuente subsidiaria de primer grado (art. 1.3 CC) es la **concreta remisión por determinadas leyes a reglas individualizadas** que se aplican para regular aspectos diversos de las relaciones sociales en que interviene la Administración. Hay en estos casos —no en el anterior— una concreta decisión del legislador democrático sobre los criterios (consuetudinarios) que se consideran adecuados para dirigir la actuación administrativa.

58. Pueden citarse como ejemplos: artículo 29.3 LBRL (usos, costumbres y tradiciones locales relativas al régimen del conejo abierto); artículo 103.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) (normas consuetudinarias sobre el apro-

vechamiento de bienes comunales); artículo 19.3 y 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ (en relación con el art. 125 CE) (Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y Consejo de Hombres Buenos de Murcia como tribunales consuetudinarios y tradicionales); artículo 85 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (organización tradicional de los jurados o tribunales de riego); artículo 23.4 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (reglamentación de determinadas modalidades de caza conforme a los usos y costumbres del lugar), etc. Pueden verse más ejemplos en SANTAMARÍA (1988: 341-342).

8. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

59. El constituyente español de 1978 (que —como ya se ha dicho— renunció a adoptar todas las decisiones relativas al sistema de fuentes) atribuyó la importante función de determinar cuáles son las fuentes del Derecho (y el orden de prelación entre ellas) a la ley estatal —o autonómica, allí donde existan Derechos forales o especiales— (art. 149.1.8 CE). Por lo que se refiere a los principios generales del Derecho, desde 1974, el art. 1.1 CC dispone que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”; y, según el artículo 1.4 CC, “los principios generales del Derecho se aplicarán **en defecto de ley o costumbre**, sin perjuicio de su **carácter informador** del ordenamiento jurídico”. Los principios generales del Derecho son —hay casi tantas definiciones como autores que han escrito sobre ellos— el conjunto de criterios valorativos (escritos —explícitos o implícitos en las normas positivas— o no escritos) sobre los que se fundamenta un ordenamiento jurídico o cada una de sus partes.

60. Solo los principios no escritos son fuente subsidiaria del Derecho. En la primera parte del artículo 1.4 CC los principios generales son fuente del Derecho subsidiaria: norma no escrita que se aplica si, para que la Administración decida sobre un caso, no hay ley (norma escrita) aplicable. En este precepto, por tanto, la distinción clave es la que separa la norma escrita de la no escrita; y se parte de la base de que los principios que se aplican con el carácter de fuente subsidiaria son los no escritos.

61. Los principios positivizados ocupan, sin embargo, el lugar de la norma en que estén contenidos. Existen principios jurídicos positivizados (recogidos en normas escritas), tanto en la ley [por ejemplo, art. 3.1 e) LRJSP: principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, como normas vinculantes para la Administración], como en la Constitución (por ejemplo, los principios del artículo 9.3 CE: seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Esos principios contenidos en la ley o en la Constitución ya no son normas subsidiarias, son “ley” en el sentido del artículo 1.1 CC: normas escritas de aplicación directa primaria, que ocupan en las fuentes del Derecho, precisamente, el lugar que corresponde a la ley o a la Constitución en las que están expresados.

62. Por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), con ayuda del cual se ha llevado a cabo la parte más importante del control judicial de la discrecionalidad de la Adminis-

tración, no es fuente subsidiaria, sino que es “ley” directa y primariamente aplicable, en el sentido del artículo 1.1 CC.

63. Con la expresión “**carácter informador**” de la segunda parte del artículo 1.4 CC se hace referencia a la función de los principios de constituir el fundamento de todo el sistema jurídico (o de alguno de sus subsistemas) y de contener, en consecuencia, directivas vinculantes para la interpretación de las normas escritas. Esa función fundadora de todo el ordenamiento jurídico y de proporcionar pautas de interpretación corresponde —aunque en formas, posiblemente, distintas— tanto a los principios no escritos (de la primera parte del art. 1.4 CC), como a los escritos (por ejemplo, los principios constitucionales del art. 5.1 LOPJ). En virtud de esa función de los principios puede hablarse de un “sistema de Derecho administrativo” (*supra* § 2.50).

64. Decir del ordenamiento jurídico, en general, o del ordenamiento jurídico-administrativo, en particular, que constituyen un **sistema** significa llamar la atención sobre dos características de esos conjuntos normativos: **el orden y la unidad**. La idea de orden se refiere a una coherencia valorativa interna racionalmente verificable en el conjunto de las normas particulares del sistema; y la de unidad a que las múltiples partes individuales han de poder reconducirse a unos cuantos principios “informadores” relevantes.

65. Es prioritariamente la **función informadora** de los principios generales del Derecho la causa de ese orden y de esa unidad (CANARIS, 1998: 20-26). La función que corresponde al jurista teórico en la construcción de su parcela del Derecho consiste, en buena medida, en mostrar las conexiones de sentido existentes entre regulaciones positivas parciales en torno a las ideas valorativas contenidas en los principios generales que “informan” su disciplina; y en mostrar, también, la conexión existente entre unos principios “más generales” con otros que se derivan de ellos. Por ejemplo, la protección de la confianza es un subprincipio del más general de seguridad jurídica; de la misma manera que la seguridad jurídica se deriva del principio del Estado de Derecho (arts. 1.1 CE y 2 TUE). Los principios, como criterios informadores, son fuente de la unidad interna del ordenamiento.

66. Los principios generales del Derecho administrativo se han utilizado para interpretar el artículo 103.1 CE, que somete la actuación administrativa plenamente “a la ley y al Derecho”. Aceptar para los principios generales del Derecho el cumplimiento de las tres funciones a las que acaba de aludirse (fundamentos del ordenamiento jurídico, directivas orientadoras de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la ley) (DE CASTRO, 1949: 427-429) significa también aceptar que el ordenamiento jurídico es algo más que la mera yuxtaposición del conjunto de preceptos contenidos en la ley escrita; que hay algo que hace distintos “la ley”, sin más, y “el Derecho”, que tiene más contenido que el sumatorio de aquella. Eso que hace del Derecho un círculo normativo más amplio que el delimitado por la ley positiva son los principios generales del Derecho. Constituye opinión generalizada que esta concepción del ordenamiento jurídico administrativo, según la cual **el sistema normativo** que rige la actuación de la Administración no se contiene sólo en los preceptos de la ley, sino que éstos se integran con los **principios, para dar lugar al Derecho** que vincula la actividad administrativa, se ha constitucionalizado —si-

guiendo el modelo del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn— en el artículo 103.1 CE: la Administración actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA

67. Si la adopción de una decisión administrativa en aplicación de una norma jurídica se explica como el resultado de un proceso de progresiva concreción del texto inicial de esa norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidirse, es fácil caer en la cuenta de que lo que se conoce como “**precedente**” en el ámbito del Derecho administrativo consiste en volver a utilizar, para adoptar una decisión ahora, el **criterio determinante que ya concretó la norma** para hacerla aplicable a un caso en el pasado, caso que debe ser igual en lo relevante a aquel sobre el que hay que decidir en el presente.

68. Puede ponerse el ejemplo de la aplicación por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación de la norma que dispone que para recibir la acreditación como profesor contratado doctor se requiere que quien la solicite cuente, entre otras cualificaciones, con “**suficientes méritos de investigación**”. A una solicitante de dicha acreditación ya se le aplicó el criterio de que **ocho artículos publicados en revistas de prestigio** son “suficientes méritos” de ese tipo. El criterio de concreción de la norma que ya ha sido utilizado puede ser considerado “precedente” para decisiones futuras en casos semejantes en lo relevante.

69. No hace falta justificar con detenimiento que la utilización de los mismos criterios con los que se concretó una norma en el pasado para decidir sobre casos semejantes **facilita el trabajo** de la Administración y otorga a la decisión presente la **legitimidad** que procede del sencillo argumento de que “ya se ha decidido así en otra ocasión”, lo que se sitúa a medio camino entre el argumento de autoridad y el de que casos iguales deben resolverse con los mismos criterios, porque la clave de la corrección de un criterio decisorio es su **universabilidad** (DÍEZ, 2008: 337-339).

70. Un criterio de concreción de la norma aplicable por la Administración puede haber sido utilizado por **la propia Administración** en decisiones anteriores o por **un órgano judicial** al resolver algún conflicto. Se plantea, por eso, la necesidad de distinguir entre el precedente administrativo y el precedente judicial.

71. Empecemos con la relación entre el **precedente judicial** y la actuación administrativa. La cuestión relativa a la validez de la decisión administrativa que se separa de un precedente judicial puede abordarse en torno al debate sobre la siguiente pregunta: ¿está vinculada la Administración a los criterios de concreción de las normas de los órganos judiciales que conocen de los recursos contra la actuación administrativa?

72. En vano se busca una respuesta clara a esta cuestión en la Constitución. En ella se establece que debe existir un control judicial de la actividad administrativa (art. 106.1 CE), pero nada se dice sobre la **vinculación de la Administración al Derecho judicial** (a los criterios de concreción del Derecho utilizados por los órganos

judiciales en las resoluciones que dictan al controlar aquella actividad). Los órganos judiciales ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Las partes del proceso quedan vinculadas a lo juzgado por la fuerza de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que es una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, *STC 200/2003*, FJ 2). Pero el juez es en la Constitución un órgano aplicador de normas (como lo es la Administración) y no creador de Derecho.

73. No obstante, también debe tenerse en cuenta —como ya se ha expuesto— que la Administración está sometida no solo a la ley, sino también “al Derecho” (art. 103.1 CE). Pero la cuestión vuelve a ser, entonces, la misma: **¿son Derecho para la Constitución los criterios con los que los órganos judiciales concretan las normas que aplican?** La respuesta, en realidad, no hay que buscarla en la Constitución, que, como *norma normarum*, es cierto que regula buena parte del sistema de fuentes, pero no todo lo que se refiere al sistema de fuentes.

74. De concretos preceptos legales puede deducirse que el legislador ha querido que los criterios de concreción de las normas del ordenamiento jurídico establecidos en sentencias dictadas por un concreto procedimiento (el de la **casación contencioso-administrativa**) y por determinados órganos (el **Tribunal Supremo**, en términos generales, para el Derecho de la Unión Europea y del Estado; y las Salas de lo Contencioso-administrativo de los **tribunales superiores de justicia**, en general, para el Derecho autonómico y local) sean tenidos por **Derecho vinculante** para la Administración cuando esta ha de decidir sobre casos a los que esos criterios que concretan la norma sean aplicables.

75. Los artículos 1.6 CC (la **jurisprudencia** del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico), y 87 bis.2 y 88.1 LJCA (la infracción de un criterio fijado por la jurisprudencia determina la nulidad de una sentencia) se explican correctamente si se entiende que **los criterios fijados por la vía del recurso de casación** para concretar el Derecho son *Derecho* (en el sentido del art. 103.1 CE) y, como tal, también vinculan a la Administración (SANTIAGO, 2021: 141 y ss.).

76. Por lo que atañe a los demás órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, en ocasiones se ha sostenido que la independencia judicial, garantizada por el artículo 117.1 CE, es contraria a que los órganos judiciales inferiores queden vinculados por la jurisprudencia de los superiores. Sin embargo, parece más adecuado sostener que la ley (el art. 1.6 CC y los preceptos reguladores del recurso de casación en la LJCA) puede convertir en vinculantes para aquellos órganos judiciales inferiores los criterios con los que el Tribunal Supremo concreta una norma, haciendo así desaparecer el margen de indeterminación del texto legal, sin que ello suponga ningún atentado contra la **independencia judicial** (art. 117.1 CE). La independencia judicial no es un *prius* con respecto al ordenamiento jurídico, sino al contrario: el *prius* es el ordenamiento jurídico y, después, viene la independencia judicial. El ordenamiento jurídico no tiene que retraerse para dejar espacio a la independencia judicial, sino que la independencia judicial empieza donde acaba el ordenamiento jurídico.

77. Sin embargo, no se puede hablar de jurisprudencia vinculante en relación con el criterio que adopte un órgano judicial en **cualquier otro recurso distinto del de casación**. La Administración no está vinculada a utilizar ese criterio judicial de concreción de la norma aplicable en el caso B, aunque en el caso A (anterior y seme-

jante al caso B) fuera estimado el recurso judicial que se interpuso contra la decisión administrativa con fundamento, específicamente, en la incorrección del criterio con el que la Administración concretó la norma.

78. No obstante, cabría decir que del **principio de seguridad jurídica** (art. 9.3 CE) puede derivarse una directiva que obliga a la Administración a actuar de una forma tal que evite la estimación de recursos contra sus decisiones (y los perjuicios que, precisamente, esa estimación tiene para la estabilidad de las situaciones jurídicas declaradas por acto administrativo). Solo en esta medida puede afirmarse que el órgano administrativo ha de seguir el criterio fundado del órgano judicial competente para controlar sus decisiones, lo que es especialmente relevante en el supuesto de los “procesos en masa” (cadenas de asuntos semejantes o idénticos en materia sancionadora, tributaria, de personal, etcétera).

79. Debe ahora dirigirse la atención al **precedente administrativo**. El criterio con el que la Administración concretó la norma en el caso anterior A no vincula directamente a la Administración al adoptar la decisión en el caso B, posterior y semejante. Pero el eventual cambio de criterio puede indirectamente determinar la invalidez de la decisión del caso B a través de su integración en el supuesto de hecho de ciertas normas de control utilizadas por los órganos judiciales para revisar este tipo de comportamiento de la Administración: si **no se motiva** suficientemente la separación del criterio seguido en actuaciones precedentes [art. 35.1 c) LPAC]; o si concurren los requisitos para considerar que el cambio de criterio vulnera el **principio de igualdad** en la aplicación de la ley (art. 14 CE), la **interdicción de la arbitrariedad** (art. 9.3 CE) o la **protección de la confianza legítima** (principio derivado de la seguridad jurídica, art. 9.3 CE) (DÍEZ, 2008: 244 y ss.).

80. Con perfiles muy difusos se presenta tradicionalmente el requisito de la **reiteración** del precedente administrativo para que se desencadene ese efecto vinculante, aunque flexible e indirecto. Si lo que el ordenamiento pretende proteger como principio de fondo es la seguridad jurídica o la confianza legítima, puede explicarse que se requiera una reiteración que es la que genera la expectativa de que se va a seguir decidiendo con el criterio con el que se ha decidido habitualmente. Si el valor al que se pretende servir, sin embargo, es el de la igualdad en la aplicación de la ley, no tiene sentido exigir la reiteración: la Administración ya vulnera la igualdad cuando —en concurrencia también con otros requisitos— trata de forma desigual a dos sujetos, sin más; no es necesario que el último se compare con un grupo de casos anteriores.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Bibliografía citada

- Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Claus-Wilhelm CANARIS, *El sistema en la Jurisprudencia* (trad. esp. de 1998 la 2ª ed. alemana *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Civitas, Madrid, 1983.

- M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.
- Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Iustel, Madrid, 2016.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Mohr Siebeck, Freiburg i. B, 1887.
- Paul LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde*, Guttentag, Berlin, 1871.
- Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, tomo 2, Laupp, Tübingen, 1878.
- Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “Derecho administrativo y Derecho internacional”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo, vol. I, Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 665-742.
- Blanca LOZANO CUTANDA, “Introducción al Derecho ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente”, en Blanca LOZANO CUTANDA y Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, *Administración y legislación ambiental*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 99-y ss.
- Julia ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.
- Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KKK, Oviedo, 2016.
- Diana SANTIAGO IGLESIAS, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 161-206.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ceura, Madrid, 1988.
- Marc TARRÉS VIVES, “Las normas técnicas en el Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, núms. 265-266, 2003.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

- Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.