Traducció al català de:
Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 163-184
Madrid, 2026
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L06
© José María Rodríguez de Santiago
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.
Edició i traducció: Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC). Creative Commons CC BY SA

LLIÇÓ 6

FONTS DEL DRET ADMINISTRATIU

José María Rodríguez de Santiago
Universitat Autònoma de Madrid (UAM)

SUMARI: 1. LA DIRECCIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ A TRAVÉS DEL DRET I LES FONTS DEL DRET ADMINISTRATIU. —2. LA FUNCIÓ DE LA CONSTITUCIÓ EN EL SISTEMA DE FONTS. —3. DRET INTERNACIONAL PÚBLIC, DRET DE LA UNIÓ EUROPEA I NORMES DE DRET INTERN: 3.1. La dissolució de l'estatalitat del sistema de fonts "cap avall"; 3.2. L'"evaporació de l'estatalitat" cap amunt; 3.3. L'ordenació de les relacions entre les normes del dret internacional i de la Unió Europea i les normes de dret intern: el principi de primacia. —4. LA RESERVA DE LLEI. —5. LA POTESTAT REGLAMENTÀRIA DE L'EXECUTIU ESTATAL I AUTONÒMIC. —6. EL PODER NORMATIU MUNICIPAL. —7. EL COSTUM EN EL DRET ADMINISTRATIU. —8. ELS PRINCIPIS GENERALS DEL DRET ADMINISTRATIU. —9. EL PRECEDENT ADMINISTRATIU I LA JURISPRUDÈNCIA. —10. BIBLIOGRAFIA: 10.1. Bibliografia citada; 10.2. Bibliografia complementària recomanada.

1. LA DIRECCIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ A TRAVÉS DEL DRET I LES FONTS DEL DRET ADMINISTRATIU

1. Ja s'ha dit abans que el dret administratiu legitima i dirigeix l'Administració, i en fa possible el control per part dels tribunals (*supra* § 2.15). Però el dret administratiu no és l'única forma de direcció i legitimació de l'Administració. **Política, dret**

i **pressupostos** han estat formes tradicionals de dirigir (i dotar de legitimitat democràtica) l'activitat administrativa que compten amb un reconeixement constitucional: el Govern dirigeix (també políticament) l'Administració (art. 97 de la Constitució espanyola, CE); l'Administració actua "amb sotmetiment ple a la llei i al dret" (art. 103.1 CE), i el que gasta l'Administració ha de ser autoritzat pel parlament a través dels pressupostos (art. 66.1 CE en relació amb el 134.2 CE).

2. La reforma constitucional de l'article 135 CE el 2011, que va tenir lloc a conseqüència de la gran crisi econòmica originada el 2008, ha accentuat extraordinàriament el pes de la direcció de l'activitat de l'Administració també per l'**economia**: des de llavors, pures dades econòmiques —com el producte interior brut, el dèficit públic o el volum de deute públic— dirigeixen rigorosament l'actuació administrativa, a través del "principi d'estabilitat pressupostària" (art. 135.1 CE) (SALVADOR, 2020: 161-206).

3. Cal preguntar-se, llavors, què és l'específic de **les regles i els principis jurídics** com a manera de dirigir l'actuació administrativa; per exemple, quina diferència hi ha, des d'aquesta perspectiva, entre el sotmetiment de l'Administració a una llei o un reglament (normes jurídiques) i la direcció més difusa de l'activitat dels òrgans de l'Administració de l'Estat a través del programa polític del Govern, que estableix el seu president, i de les directrius de la política interior i exterior, que també determina el president del Govern (art. 2.2 *b*) de la Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern [LG]).

4. Doncs bé, triar el dret com a manera de dirigir l'activitat de l'Administració significa valer-se d'una sèrie de tècniques o instruments articulats, precisament, per garantir el sotmetiment de l'activitat administrativa a la llei i al dret (art. 103.1 CE). D'entrada, significa que l'actuació administrativa regulada pel dret se sotmet al **control judicial** (art. 106.1 CE). En el mateix grau en què el dret dirigeix l'actuació administrativa, el control judicial ofereix als òrgans judicials paràmetres per controlar les decisions de l'Administració. Els tribunals només controlen la legalitat de l'actuació administrativa (art. 106.1 CE), no la direcció de l'activitat de l'Administració a través de criteris d'un altre tipus, com els polítics (per exemple, les directrius de la política interior i exterior a les quals acaba de fer referència), tècnics o, en general, d'oportunitat. La direcció jurídica (a través del dret) de les decisions administratives permet als òrgans judicials no només declarar la conformitat o disconformitat a dret d'aquestes decisions, sinó també **imposar forçosament** la decisió judicial dictada en exercici de la funció de control de l'activitat de l'Administració (art. 103 i següents de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa: [LJCA]). L'ordenament juridicoadministratiu regula quina **sanció** reben les decisions administratives contràries al dret (invalidesa: nul·litat de ple dret [art. 47 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques: LPAC] o anul·labilitat [art. 48 LPAC]); identifica qui té **legitimació** per posar en moviment el procés de control judicial de l'activitat administrativa (art. 19 LJCA); estableix les vies per retornar, en la manera que sigui possible, la situació d'un afectat per l'actuació administrativa il·legal a l'estadi anterior a la infracció jurídica, com si res hagués passat (**tutela primària** o restitutòria); i, si aquesta actuació ha causat un dany, els requisits per

reparar-lo (**tutela secundària** o rescabalatòria, art. 106.2 CE), etc. Dirigir l'activitat de l'Administració a través del dret implica, en definitiva, valer-se per a aquesta direcció d'aquests i altres instruments de sotmetiment de l'activitat administrativa als paràmetres jurídics establerts per l'òrgan competent per a això.

5. Parlar de les fonts del dret administratiu és, per tant, parlar de **qui pot elegir i utilitzar el dret** com a manera de dirigir l'activitat de l'Administració; o, expressat d'una altra manera, qui pot imposar a l'Administració les seves decisions com a mandats jurídics, que desencadenen totes les conseqüències d'aquests mandats (control judicial, invalidesa de l'acte administratiu disconforme amb la norma, etc.). La Constitució imposa que sigui el legislador qui dirigeixi l'activitat de l'Administració en un llarg llistat de matèries (per exemple, reserva de llei sobre el règim jurídic dels béns públics, art. 132 CE), encara que, cobert aquest mínim que imposa la reserva de llei, el legislador estatal pot regular l'activitat de l'Administració estatal amb la densitat normativa addicional que vulgui; en algunes matèries les decisions del legislador han de tenir un grau de consens especial (llei orgànica, art. 81 CE); el Govern també pot dirigir jurídicament l'activitat de l'Administració a través del reglament; les fonts de la Unió Europea determinen la conducta de l'Administració (v. gr. mediambiental), amb primacia respecte de les fonts del dret administratiu intern, etc. De totes aquestes qüestions (i d'altres), se n'ha d'ocupar un estudi de les fonts del dret administratiu, que és —pel que s'ha dit— un estudi relatiu a una manera peculiar i eficaç de dirigir l'actuació administrativa.

2. LA FUNCIÓ DE LA CONSTITUCIÓ EN EL SISTEMA DE FONTS

6. Del conjunt de les fonts normatives que dirigeixen l'actuació administrativa, se'n pot dir que constitueixen un "**sistema**", perquè estan ordenades o articulades a través de la Constitució. Si s'admet una imatge informàtica, es pot dir que la Constitució conté el "programa" per a la validesa de les normes de dret intern i la "interfície" per a l'aplicabilitat de les normes de sistemes externs. Vegem-ho.

7. Les **normes de dret intern** (la llei estatal, el reglament autonòmic, l'ordenança municipal, etc.) són vàlides en la mesura en què hagin estat elaborades per uns subjectes, s'hagin observat uns procediments i s'hagin respectat uns continguts materials que regula la Constitució, directament o amb la mediació d'altres normes que es deixen reconduir a aquesta (el Reglament del Congrés dels Diputats; cada estatut d'autonomia; la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local [LBRL], etc.). La Constitució conté, així, el "**programa**" (la "seqüència d'instruccions") que determina la validesa o invalidesa de les normes del poder públic espanyol.

8. No obstant això, la Constitució no s'ocupa de la validesa de **normes pertanyents a sistemes externs**, com els tractats internacionals o les normes del dret de la Unió Europea, que neixen i, si escau, són enjudiciades quant a llur validesa conforme a les regles constitutives d'aquests sistemes externs: la Convenció de Viena

sobre el dret dels tractats, el Tractat de la Unió Europea (TUE), el Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), etc. Però la Constitució sí que conté una **"interfície"** (un dispositiu capaç d'incorporar normes d'aquests sistemes aliens), continguda en els articles 93 i 96 CE, conforme a la qual s'accepta l'**aplicabilitat** a Espanya de les normes de sistemes externs d'acord amb les exigències dels seus propis sistemes, la qual cosa significa amb primacia respecte de les normes de dret intern (REQUEJO, 2016: 149-161). Des d'aquesta perspectiva, la Constitució és norma integradora de diversos sistemes normatius en un ordenament jurídic.

9. Des del punt de vista del dret intern, també convé saber que hi ha força **decisions relatives a les fonts del dret administratiu que la Constitució no adopta per si mateixa**, sinó que remet —sobretot— a la regulació del legislador. D'entrada, en la Constitució s'atribueix a la llei estatal —o autonòmica, allà on existeixin drets forals o especials— (art. 149.1.8 CE) la important funció de determinar quines són les fonts del dret (i l'ordre de prelació entre si). Rellevància especial té aquesta idea aplicada, també, a l'ampli marge que deixa la Constitució a la regulació per llei de la mateixa potestat reglamentària.

3. DRET INTERNACIONAL PÚBLIC, DRET DE LA UNIÓ EUROPEA I NORMES DE DRET INTERN

3.1. La dissolució de l'estatalitat del sistema de fonts "cap avall"

10. Quan, el 1978, entra en vigor la Constitució espanyola, l'Estat era fonamentalment l'únic subjecte productor de normes juridicoadministratives. La imatge d'una sola piràmide normativa de regles estatals ordenades jeràrquicament transmetia amb prou correcció la realitat d'un **dret administratiu d'autor únic**.

11. Els anys immediatament posteriors, la creació i el començament de l'activitat de producció normativa de les comunitats autònomes inicia el canvi d'aquest panorama, i la gran piràmide del dret estatal ordenat jeràrquicament es veu substituïda per una piràmide estatal que té cada vegada menys envergadura i és desplaçada progressivament per disset piràmides autonòmiques que es relacionen entre si i amb el dret estatal amb el "nou" criteri del denominat **principi de competència** (derivat del repartiment de matèries normatives entre subjectes públics diferents, com l'Estat i les comunitats autònomes). El principi de competència emergeix amb força enfront del criteri de la jerarquia, que dins del sistema de cada subjecte públic ordena les normes per formes normatives de superior o inferior rang (en l'Estat, per exemple: llei, reglament aprovat per reial decret, reglament aprovat per ordre ministerial, etc.).

12. En les **matèries de competència autonòmica exclusiva** (se'n posen com a exemples típics les de l'urbanisme i l'habitatge), l'Estat té prohibit legislar i les normes reguladores d'aquests àmbits d'actuació de l'Administració han de procedir

del parlament i l'executiu autonòmics. En altres matèries genuïnament juridicoadministratives, com l'expropiació forçosa o la responsabilitat patrimonial de totes les administracions públiques (art. 149.1.18 CE), la legislació ha de continuar sent, no obstant això, només estatal. Però una gran part de la regulació de la mateixa estructura administrativa i de l'activitat de l'Administració es reparteix entre l'Estat i les comunitats autònomes conforme a un esquema competencial consistent en el fet que l'**Estat** aprova les normes que s'han de considerar "**bàsiques**" (les que concreten el mínim comú denominador normatiu que ha de regir en tot el territori nacional) i les **comunitats autònomes** dicten les **normes de "desplegament"** d'aquestes bases perquè siguin aplicables tan sols en el seu territori.

13. Aquest repartiment de les competències normatives conforme a l'esquema **"bases–desplegament"** es dona en importants àmbits del dret administratiu espanyol: el mateix règim jurídic de les administracions públiques (que inclou també, per exemple, el dels béns públics) i la regulació de l'estatut dels seus funcionaris (art. 149.1.18 CE); l'ordenació general de l'economia (art. 149.1.13) i de la sanitat (art. 149.1.16 CE); la legislació sobre protecció del medi ambient (art. 149.1.23 CE); el règim miner i energètic (art. 149.1.16 CE); normes relatives al dret a l'educació (149.1.30 CE); etc. Una regla especial és la que es refereix a la legislació del procediment administratiu: correspon a l'Estat regular el "procediment administratiu comú" (art. 149.1.18 CE), que no és exactament les bases del procediment administratiu (STC 55/2018, FJ 4 *b*). Aquesta és la competència estatal exercida per aprovar la LPAC de 2015.

14. Des que es va aprovar la Constitució fins ara, les **ordenances municipals** també es van obrir camí com a figura del sistema de fonts amb l'embranzida de la garantia constitucional de l'autonomia municipal (art. 137 i 140 CE). L'ordenança, única norma administrativa dotada d'una legitimitat democràtica directa, perquè és aprovada pel ple —que representa els veïns—, va arribar, fins i tot, a guanyar una rellevant batalla enfront de la institució de la reserva constitucional de llei en les SSTC 233/1999, de 16 de desembre (flexibilització de la reserva de llei en favor de l'ordenança en matèria tributària local) i 132/2001, de 8 de juny (flexibilització de la reserva de llei en favor de l'ordenança en matèria sancionadora).

3.2. L'"evaporació de l'estatalitat" cap amunt

15. El procés fins ara descrit és el del desplaçament progressiu de l'Estat central per altres centres territorials dotats de poder normatiu, com les comunitats autònomes i els municipis. El dret administratiu es "desestatalitza", però roman, en el que s'ha exposat fins aquí, en l'àmbit dels poders interns sotmesos a la regulació de la Constitució nacional. No obstant això, a aquest procés, cal afegir-n'hi un altre al qual es podria denominar gràficament d'"**evaporació de l'estatalitat**" (de l'espai del poder normatiu dominat per la Constitució nacional), a través de les finestres que aquesta Constitució ha obert a les normes procedents de sistemes externs (art. 93 i 96 CE).

16. A partir de l'any 1986, s'inicia un transcendental procés d'**europeïtzació** del dret administratiu, que acaba afectant (només se n'enumeren alguns exemples) tant institucions de la part general d'aquest dret —acte administratiu transnacional, de-

claració responsable i comunicació (art. 69 LPAC) o responsabilitat de l'Estat per incompliment del dret de la Unió— com sectors complets del dret regulador de l'activitat de l'Administració —contractes públics, ajudes estatals i dret de la competència; dret mediambiental (s'ha dit que el 90 % de les normes ambientals espanyoles procedeixen del dret de la Unió Europea) (LOZANO, 2016: 127); dret de la regulació i serveis d'interès econòmic general (telecomunicacions, transports, electricitat i gas, etc.); dret d'autorització de productes i substàncies, com els medicaments, etc.

17. I, pràcticament en paral·lel, té lloc un altre procés d'**internacionalització** del dret administratiu. El conjunt de fenòmens descrit amb l'expressió "globalització" (en concret, el creixement de les relacions econòmiques internacionals), la presa de consciència enfront de problemes mediambientals transfronterers o globals (objecte de les grans conferències internacionals relatives al medi ambient en els anys noranta: Rio de Janeiro, 1992; Nova York, 1992; Kyoto, 1997; etc.) i la fundació de l'Organització Mundial del Comerç (1995) van fer créixer de manera molt notable des d'aquests anys les normes internacionals rellevants per a l'activitat de l'Administració.

17 *bis*. En matèria de fonts del dret, precisament en els àmbits del dret de la Unió Europea i del dret internacional han sorgit en les últimes dècades diversos tipus del que es denomina ***soft law*** (dret tou). Amb aquesta expressió en el dret de la Unió Europea sovint es fa referència a criteris interpretatius continguts en actes no vinculants (per exemple, recomanacions de la Comissió) que, això no obstant, els jutges nacionals han de "tenir en compte" en aplicar disposicions vinculants. Si l'òrgan judicial es vol separar d'aquest criteri interpretatiu li recau a sobre la càrrega de motivar expressament les raons per les quals se separa d'aplicar aquesta pauta interpretativa o la rebutja (SSTJUE de 13 de desembre de 1989, *Grimaldi*, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, ap. 18; i de 29 de setembre de 2011, *Arkema/Comissió*, C-520/09, ECLI:EU:C:2011:619, ap. 88). En l'àmbit del dret internacional es qualifiquen de *soft law* les recomanacions i directrius no vinculants de les organitzacions internacionals, així com normes i estàndards (en matèria de comptabilitat, lluita contra el blanqueig de capitals, supervisió financera, fabricació i comercialització de productes, etc.) aprovats per subjectes tant públics com privats que, molt sovint, són obligatoris *de facto*, perquè els seus destinataris es veuen compel·lits a complir-los a causa de les exigències dels mercats internacionals, i poden arribar a esdevenir *hard law* mitjançant la tècnica de la remissió a aquestes que fan normes de l'ordenament o la integració en aquest ordenament mitjançant la seva aprovació com a normes vinculants (LEÑERO i DARNACULLETA, 2011: 697 i següents).

3.3. L'ordenació de les relacions entre les normes del dret internacional i de la Unió Europea i les normes de dret intern: el principi de primacia

18. Per ordenar les relacions entre les normes que procedeixen d'aquests dos sistemes externs (el dret europeu i el dret internacional) i les normes de dret administratiu intern, s'utilitza la regla de la **primacia aplicativa**, que és una manifestació concreta de l'obertura constitucional al dret internacional i al dret europeu. L'explicació que va fer sobre la primacia aplicativa del dret de la Unió Europea la DTC 1/2004, de 13 de desembre (FJ 4), sobre la base de l'article 93 CE, entorn de

la idea que la Constitució no regula la validesa de les normes de sistemes jurídics diferents de l'intern i en pot admetre l'aplicabilitat amb preferència a aquest sistema, també es projecta, en termes similars —encara que no idèntics—, sobre la regulació constitucional de la vigència a Espanya dels tractats internacionals (art. 96 CE). La primacia aplicativa del dret de la Unió o dels tractats internacionals és una regla relativa a la solució de conflictes entre normes, en principi, vàlides. Quan dues normes vinculen dues conseqüències jurídiques diferents a un mateix supòsit de fet, el conflicte es resol atorgant primacia aplicativa a una d'aquestes: l'aplicador del dret n'ha d'ignorar una (en aquest cas, la nacional) per aplicar l'altra (l'europea o la internacional). Així, per exemple, si una norma europea sobre contractació pública preveu l'exclusió d'ofertes de licitadors anormalment baixes, però la legislació nacional no preveu aquesta exclusió, l'Administració ha d'inaplicar la norma nacional i aplicar directament la norma europea (STJUE de 22 de juny de 1998, *Fratelli Costanzo Spa*, C–103/08, ECLI:EU:C:1989:256).

4. LA RESERVA DE LLEI

19. En l'àmbit del dret intern, la Constitució articula la relació entre la **potestat legislativa** del parlament (estatal i de les comunitats autònomes) i la potestat normativa del poder executiu (**potestat reglamentària**) a través de la institució central de la reserva constitucional de llei.

20. La **reserva constitucional d'una matèria a la llei** és el mandat constitucional que aquesta matèria sigui regulada precisament per la llei; mandat que també té en el seu revers una prohibició dirigida al mateix legislador d'entregar per llei sense el contingut regulador material suficient la disciplina restant d'aquesta matèria al reglament (prohibició de la remissió en blanc); i, simultàniament, una prohibició a l'executiu de regular la matèria per reglament abans que el legislador hagi complert totalment la seva funció reguladora.

21. La Constitució espanyola està farcida de concrets preceptes que reserven a la llei la regulació de **matèries rellevants per a l'actuació de l'Administració**: la reserva de llei en matèria de drets fonamentals de l'article 53.1 CE —que comprèn la regulació de l'exercici del dret de propietat (art. 33 CE) i de la llibertat d'empresa (art. 38 CE)—, de diversos àmbits d'activitat social prestadora (capítol tercer del títol primer), d'organització de l'Administració de l'Estat (art. 103.2 CE), de l'estatut dels funcionaris públics (art. 103.3 CE), del procediment administratiu [art. 105 *c*) CE] del règim dels béns públics (art. 132 CE), etc. En cadascuna d'aquestes matèries, la determinació precisa de l'abast de la reserva (allò que, en concret, ha de ser regulat per la llei i allò que, per contra, es pot deixar al reglament executiu) suposa un (no sempre fàcil) exercici de la tasca de la interpretació constitucional.

22. Des de la perspectiva del principi constitucional de l'**Estat de dret**, la reserva de llei en matèria de dret administratiu expressa quant vol la Constitució (com a mínim) que una activitat de l'Administració sigui dirigida pel dret (i no només, per exemple, per la política); i quant vol la Constitució que els òrgans judicials (com a mínim) controlin l'actuació administrativa, en disposar de paràmetres normatius per dur a terme aquest control. I, des de la perspectiva del principi de l'**Estat democrà-**

tic, la reserva de llei també expressa quant vol la Constitució (com a mínim) que l'actuació i les decisions administratives siguin dirigides per l'òrgan primari de representació democràtica que aprova les lleis: les Corts i les assemblees legislatives de les comunitats autònomes.

23. Fins avui, ha tingut una influència destacada en la doctrina espanyola sobre les relacions entre la llei i el reglament la teoria denominada del **concepte material de llei**, creada a Alemanya a la fi del segle XIX (LABAND, 1871 i 1878; JELLINEK, 1887), que s'ha utilitzat per interpretar el dret espanyol quan, en realitat, manca de qualsevol connexió sistemàtica amb les dades del nostre dret positiu.

24. La doctrina del concepte material de llei divideix les matèries que poden ser objecte de regulació per l'Estat en binomis que —és innegable— tenen una notable força argumentativa i de convicció al marge del dret positiu: el contingut "propi" de la llei seria la regulació de la llibertat i la propietat dels ciutadans, les **regles jurídiques *ad extra*** de l'Estat. La llei que té aquest contingut seria llei en sentit material. El contingut "propi" del reglament (forma normativa procedent d'un poder —en l'origen de la teoria— no legitimat democràticament) és, no obstant això, la "matèria administrativa" domèstica, les **normes *ad intra*** referents a l'organització i a les relacions especials de subjecció (funcionaris, militars, etc.). El reglament podria, com una atribució contingent del dret positiu, sortir del seu àmbit natural, quan la llei l'autoritza cas per cas a regular matèries "pròpies" de la llei. D'aquest reglament, se'n diria **reglament jurídic**. El que es mou en el seu àmbit genuí de regulació (l'àmbit domèstic de l'aparell estatal *ad intra*) es denomina **reglament administratiu**. L'espai també propi del denominat reglament independent (el que no es dicta amb una autorització legal i no desplega normes *ad extra*) seria, és clar, el que se cenyeix a regular matèries relatives a l'organització i les relacions especials de subjecció esmentades.

25. Com ja s'ha dit, tota aquesta construcció és completament aliena al dret positiu espanyol. El concepte material de llei és desconegut per la Constitució. En el nostre sistema, la llei no es defineix pel seu contingut, sinó pel seu procediment d'aprovació. El **concepte de llei** del nostre dret constitucional és, per tant, **formal**: és llei el que decideixen les Corts Generals o els parlaments autonòmics amb aquesta forma, després d'un procediment marcat per la publicitat, la contradicció i el debat (DE OTTO, 1988: 153-154). En conseqüència, hi ha lleis que regulen els drets dels ciutadans, però també hi ha lleis (com la LPAC o la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic [LRJSP]) que regulen l'organització i el funcionament de l'Administració.

26. D'altra banda, el Govern no està completament mancat de legitimitat democràtica. És innegable que el **Govern** no té el mateix grau de legitimitat democràtica que l'òrgan elegit directament per l'electorat, però deriva de la confiança i del control parlamentaris el **caràcter evidentment democràtic de la seva actuació**, sense el qual no es podrien explicar des de la perspectiva de l'article 1.2 CE les competències que té referides a la direcció de l'activitat política completa de l'Estat (art. 97 CE) o de la comunitat autònoma. D'això, resulta que un reglament governatiu no està al marge de la legitimitat democràtica que comparteixen tots els poders de l'Estat.

27. D'altra banda, **la Constitució reserva a la llei**, precisament, matèries importants relatives a l'**organització administrativa** (art. 103.2 CE) o a les que, històricament, s'han denominat **relacions especials de subjecció**, com les que vinculen els funcionaris amb l'Administració (art. 103.3 CE), la qual cosa impedeix de manera clara que l'executiu aprovi en aquests àmbits reglaments independents (sen-

se cobertura legal) amb l'argument que aquestes matèries siguin "pròpiament administratives". En aquest sentit, una gran part del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), malgrat que regula relacions administratives *ad intra* (entre els empleats públics i l'Administració), no es podria aprovar per reglament. En fi, ni en els seus pressupòsits ni en els seus detalls, la vella doctrina alemanya del concepte material de llei no té cap utilitat per interpretar el dret constitucional i administratiu espanyol. I, per això mateix, la distinció esmentada entre reglaments jurídics i reglaments administratius manca de qualsevol funció explicativa del nostre sistema.

28. Des del punt de vista material, l'objecte de la regulació dels reglaments, en principi, no es distingeix del de les lleis. Com les lleis, els reglaments poden regular —sempre respectant la reserva de llei, que exigeix, si escau, llei prèvia— matèries que afectin directament drets i deures dels ciutadans, o que calgui situar, més aviat, en l'àmbit del que es pot denominar "organització administrativa". Tradicionalment, als reglaments dictats per desplegar i concretar la regulació ja continguda en una llei se'ls denomina **reglaments executius** —reglaments per al "desenvolupament i l'execució de les lleis" [art. 5.1 *h*) LG) (*infra* § 16.22)—; i els reglaments que es dicten per regular directament una matèria no regulada per la llei reben el nom de **reglaments independents**, que tenen cabuda teòricament en el dret espanyol (*infra* § 16.21), sempre que sobre la matèria de la qual es tracti no es projecti una reserva de llei. En la realitat, en la profusa regulació legal actual no és fàcil trobar un bon exemple de reglament independent. Però el dret positiu vincula a aquesta distinció conseqüències jurídiques: en el procediment d'aprovació dels reglaments executius és preceptiu el dictamen del Consell d'Estat (arts. 5.1 *h*) LG, i 22.3 de la Llei orgànica 3/1980, de 22 d'abril, del Consell d'Estat [LOCE]).

29. Una de les manifestacions més patents de com el reconeixement constitucional del principi de separació de poders no ha significat mai el compliment de l'"equació funció–òrgan" (atribució d'una funció exclusiva a cadascun dels òrgans que materialitzen cadascuna de les tres branques clàssiques de govern) és, precisament, la distribució constitucional del poder normatiu entre les Corts Generals (art. 66.2 CE) i el Govern (art. 97 CE). **El principi de reserva de llei parteix d'aquesta concurrència d'òrgans amb competències normatives i introdueix una ordenació material i seqüencial entre elles**: les matèries reservades a la llei han de ser regulades suficientment per aquesta llei; mentre el legislador no compleixi amb aquest mandat, el reglament no pot entrar a regular aquestes matèries; no obstant això, el legislador pot augmentar la densitat de la regulació que exigeix, com a mínim, la reserva de llei, i regular qualsevol matèria; tret que la llei ho prohibeixi, el reglament (denominat llavors reglament "executiu") pot desplegar la regulació legal en les matèries reservades a la llei i regulades per llei, o només regulades per llei (però no reservades a la llei); la llei (una vegada regulada la matèria que li exigeix el compliment de la reserva de llei) pot ordenar que la matèria es desplegui amb més detall pel reglament; el reglament (anomenat llavors reglament "independent") pot regular les matèries no reservades a la llei, etc.

30. D'altra banda, és obvi que, de la superioritat jeràrquica de la llei sobre el reglament (art. 9.3 i 97 CE) i de la inexistència d'un àmbit reservat constitucionalment al reglament, se'n dedueix que **la llei pot prohibir** expressament o implícitament que determinades matèries siguin objecte de **desplegament reglamentari**. L'afirmació s'ha de matisar per als casos en què una organització juridicopública gaudeixi d'un àmbit d'autonomia garantit per la Constitució o el dret de la Unió Europea i només pugui exercir aquesta autonomia a través de reglaments.

31. Hi ha una última consideració que s'ha de fer en relació amb l'articulació de les **fonts del dret de la Unió Europea i la reserva constitucional de llei**. En virtut del principi d'autonomia institucional dels estats membres, la transposició de les **directives** europees al dret intern s'ha de fer a través de la forma normativa que es derivi de les regles d'aquest dret. Si la Constitució reserva a la llei la regulació de la matèria de la qual tracta la directiva, la transposició ha d'utilitzar la forma de llei (estatal o autonòmica, depenent de qui sigui el titular de la competència per regular en aquest àmbit, la qual cosa també es resol d'acord amb les regles de cada estat). Res no impedeix, en principi, que, en allò que la Constitució no reserva a la llei, la transposició es dugui a terme mitjançant norma reglamentària (DÍAZ, 2016: 115-125).

32. D'altra banda, és obvi que el **reglament europeu**, norma de la Unió Europea "directament aplicable en cada estat membre" (art. 288 TFUE), pot ocupar un espai material cobert per una reserva constitucional de llei en el dret intern. Un cas conegut és el del Reglament general de protecció de dades ([UE] 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016), que aborda una matèria que, conforme a les regles del dret constitucional intern, exigiria la forma de la llei orgànica (art. 81 CE, en relació amb l'art. 18.4 CE). En aquests casos cal acceptar que l'article 93 CE autoritza implícitament aquesta restricció del principi democràtic i admet que la regulació de la matèria en qüestió es faci mitjançant una norma com el reglament europeu, amb un nivell de legitimitat democràtica inferior al de la llei nacional.

33. Finalment, la mateixa llei també pot reservar a la llei alguna decisió que la Constitució no imposa que sigui adoptada pel legislador. Aleshores, s'està davant una **reserva legal de llei**.

34. Per exemple, l'article 16.3 de la Llei del sòl de la Comunitat de Madrid (Llei madrilenya 9/2001, de 17 de juliol) **reserva a la llei la decisió de desclassificar sòl no urbanitzable de protecció** en el qual s'hagi produït un incendi, durant un termini de trenta anys des del dany mediambiental. Es tracta, com és obvi, de desincentivar els incendis provocats amb la intenció de facilitar un canvi en una classificació urbanística, la qual cosa s'aconseguiria en impedir que la decisió pogués adoptar-la l'Administració i disposar que la desclassificació s'ha de sotmetre al rigor de la tramitació parlamentària.

35. Evidentment, aquesta reserva, a diferència de la reserva constitucional de llei, **no vincula el mateix legislador per al futur** (una llei posterior pot disposar el contrari en qualsevol moment), però, mentre la reserva legal de llei estigui en vigor, l'executiu no pot adoptar la decisió mitjançant una norma infralegal. Els problemes i dubtes més grans sobre la reserva legal de llei es produeixen quan una **llei estatal** que regula les "bases" d'una determinada matèria exigeix que les comunitats autònomes regulin el "desplegament" d'aquesta matèria de la seva competència també per llei. Per exemple, l'art. 25.2 LBRL exigeix que les comunitats autònomes atribueixin competències als municipis només per llei. El Tribunal Constitucional ha considerat que aquesta reserva estatal de llei autonòmica no és per si inconstitucional, encara que el seu exercici ha de ser molt mesurat, perquè afecta l'ordenació dels poders legislatiu i executiu de cada comunitat autònoma (STC 41/2016, FJ 10 *a*) i STC 55/2018, FJ 6 *b*).

5. LA POTESTAT REGLAMENTÀRIA DE L'EXECUTIU ESTATAL I AUTONÒMIC

36. En aquesta lliçó es tractarà únicament dels **reglaments procedents del Govern estatal i l'autonòmic i del ple municipal**, és a dir, de la potestat reglamentària de tres organitzacions juridicopúbliques de caràcter territorial: l'Estat, la comunitat autònoma i el municipi. Aquestes són les normes reglamentàries dotades d'un nivell més elevat de legitimitat democràtica, derivada de la que tenen els òrgans que els aproven (els òrgans de govern esmentats i, especialment, el ple municipal); i les que tradicionalment han trobat un lloc principal en el tractament doctrinal de les facultats normatives del poder executiu. Altres disposicions administratives (dictades per administracions independents, corporacions de dret públic, etc.) són objecte de tractament en la lliçó 16, juntament amb el règim jurídic de totes les normes de rang infralegal (requisits de validesa, procediment d'elaboració, control judicial, etc.). D'altra banda, l'exposició d'aquesta lliçó tampoc no cobreix les formes normatives de la llei, la llei orgànica, el decret llei ni el decret legislatiu, que es troben amb detall en obres de dret constitucional.

36 *bis*. Així mateix, queden fora de l'exposició les qüestions que plantegen les normes tècniques d'origen privat (per exemple, les normes de l'AENOR o les guies de les millors tècniques disponibles), freqüents en àmbits en què el predomini del coneixement expert que es dona en el sector privat ha permès parlar d'una "autoregulació" (DARNACULLETA, 2009; ESTEVE, 2013: 110 i següents). Aquestes normes no disposen, en l'origen, de la legitimitat democràtica que tenen, en canvi, les normes aprovades pel poder públic. Ara bé, les normes tècniques d'origen privat poden dirigir eficaçment l'activitat de l'Administració quan normes de l'ordenament jurídic hi remeten o els òrgans administratius les utilitzen per exercir la discrecionalitat que atorga l'aplicació de conceptes jurídics indeterminats que es refereixen a criteris de caràcter tècnic (TARRÉS, 2003).

37. La **potestat reglamentària de l'Estat** és atribuïda originàriament per l'art. 97 CE al Govern, de manera coherent amb el grau de legitimitat democràtica d'aquest òrgan constitucional. No obstant això, de la literalitat d'aquest precepte ("d'acord amb la Constitució i les lleis") no es pot deduir una prohibició del fet que la llei atribueixi la potestat reglamentària, parcialment i amb més o menys limitacions, també a altres òrgans de l'executiu estatal. De fet, això succeeix en diversos preceptes de la LG i de la LRJSP. Una qüestió diferent és que, d'acord amb la diferenciació expressa de l'art. 128.1 LPAC, existeixin singularitats procedimentals per elaborar els reglaments en sentit estricte (això és, els aprovats pel Govern de la nació, els òrgans de govern de les comunitats autònomes o els òrgans de govern locals) i les altres disposicions administratives (*infra* § 16.10-11).

38. En virtut de l'encàrrec que els fa l'article 97 CE, algunes lleis estatals, especialment la LG i la LRJSP, regulen les formes d'exercici de la potestat reglamentària pel Govern. Amb caràcter general, s'atribueix al **Consell de Ministres** la potestat reglamentària per al "desenvolupament i l'execució de les lleis" (els denominats reglaments executius) i una potestat reglamentària residual (normes reglamentàries no atribuïdes expressament a altres càrrecs) (art. 5.1 *h*) i 24.1 *c*) LG). S'atribueix al **president del Govern** una potestat reglamentària molt limitada: la competència per

dictar els reglaments de creació, modificació i supressió dels departaments ministerials (art. 2.2 *j*) i 24.1 *b*) LG). S'atribueix als **ministres** potestat reglamentària "en les matèries pròpies del seu departament" (art. 4.1 *b*) i 24.1 *f*) LG; i 61 *a*) LRJSP). En la literalitat d'aquests preceptes no hi ha cap suport per sostenir que aquesta potestat reglamentària del ministre només afecti l'organització interna del seu departament i les relacions especials de subjecció, com s'ha sostingut sovint en la doctrina i en la jurisprudència.

39. La jurisprudència ha acceptat que el **ministre** desplegui "en les matèries pròpies del seu departament" aspectes "concrets" o "accessoris" **(regulacions "de detall") d'un reglament executiu aprovat pel Consell de Ministres** (SSTS de 4 de novembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:7079; i 3 de juny de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2545). En aquest cas, el reglament del ministre també s'ha de considerar reglament executiu i requereix el dictamen previ del Consell d'Estat (art. 22.3 LOCE) (STS de 6 de febrer de 2017, ECLI:ES:TS:2017:332).

40. A aquesta regulació general, cal afegir-hi l'existència de **regles legals especials** (que poden desplaçar les regles generals esmentades). L'**art. 129.4 LPAC** estableix una reserva legal de llei per atribuir el desplegament reglamentari directe d'una llei a un ministre o càrrec subordinat. Aquesta regla només regeix per als ministres, no per als consellers autonòmics, atès que la STC 55/2018, FJ 5, va declarar inconstitucionals els incisos d'aquest precepte que es referien a òrgans de l'executiu autonòmic. L'article 129.4 LPAC esmentat òbviament prohibeix al ministre (o càrrec subordinat) el desenvolupament directe de la llei si no es disposa d'una autorització legal expressa; i sembla que també prohibeix al Consell de Ministres concedir aquesta autorització en blanc per reial decret. No obstant això, no es prohibeix que el reial decret del Consell de Ministres pel qual s'aprova el reglament per al desplegament directe d'una llei remeti la regulació d'aspectes concrets i accessoris (la regulació de detall, d'acord amb el que s'acaba de dir) al ministre. Aquest precepte, com a reserva legal de llei que és, per descomptat, no pot vincular el legislador estatal futur. No hi ha, en realitat, manera d'exigir que l'autorització per al desenvolupament directe per part del ministre tingui "caràcter excepcional" i que això es justifiqui per la llei. El legislador d'avui no pot imposar la necessitat de justificació al legislador de demà.

41. L'exercici de la **potestat reglamentària atribuïda al poder executiu de les comunitats autònomes** planteja qüestions paral·leles a les que s'han destacat respecte de la potestat reglamentària de l'Estat. Aquí es fa referència, només a tall d'exemple, al model de la regulació d'aquesta matèria a la comunitat autònoma de Catalunya. L'article 68.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 atribueix al Govern de la Generalitat l'exercici de la potestat reglamentària "d'acord amb aquest Estatut i les lleis". Com succeeix en l'àmbit de l'Estat, aquest precepte no impedeix que la llei atribueixi l'exercici —parcial i sotmès a més o menys cauteles— d'aquesta potestat a altres òrgans o càrrecs.

42. D'acord amb la Llei catalana 13/2008, de 5 de novembre, de la presidència de la Generalitat i del Govern, precisament al **Govern** correspon un poder normatiu reglamentari residual "en tots els casos en què [la potestat reglamentària] no sigui específicament atribuïda al president o presidenta de la Generalitat o als consellers"

[art. 26 *e*)]; el **president** de la Generalitat pot dictar "disposicions reglamentàries en els supòsits en què una norma amb rang de llei li ho autoritzi expressament" (art. 39.2); i els **consellers** "poden dictar disposicions reglamentàries en matèria d'organització del departament del qual són titulars" i "relatives altres matèries, en supòsits específics, si una norma amb rang de llei o un decret del Govern els ho autoritza expressament" (art. 39.3).

6. EL PODER NORMATIU MUNICIPAL

43. El **poder normatiu local**, en concret, la facultat dels municipis de regular els assumptes propis de la comunitat veïnal a través de normes conegudes tradicionalment com a "ordenances", està **implícit en l'autonomia garantida constitucionalment** als municipis [art. 4.1 *a*) LBRL; i STC 214/1989, FJ 6]. L'evolució recent de l'àmbit atribuït a la regulació del poder normatiu municipal, o poder d'ordenança, es podria caracteritzar gairebé com una desfilada triomfal. El punt de partida ha estat l'aprofundiment progressiu en la relació directa que hi ha d'haver entre l'alt grau de legitimitat democràtica de l'òrgan representatiu del municipi (art. 140 CE) i la seva competència de regulació autònoma dels assumptes veïnals. La imposició constitucional de l'elecció democràtica directa de la representació dels veïns en la corporació municipal casaria malament amb l'atribució al municipi d'una potestat reglamentària irrellevant.

44. L'ordenança municipal s'ha de dictar en l'**àmbit de les competències municipals** (art. 4.1 *a*) LRBL), si bé està encara oberta la discussió sobre quines són les competències locals i, sobretot, sobre si en el nostre dret els municipis tenen una competència universal, per a tots els assumptes d'interès local que la llei no hagi atribuït a una altra entitat territorial.

45. Una interpretació literal dels articles 7.2 i 25.2 LBRL condueix, *prima facie*, a sostenir que, respecte de les competències pròpies dels municipis, regeix un principi de "competència d'atribució": aquestes competències han de ser atribuïdes expressament mitjançant una llei estatal o autonòmica; i la regulació de l'article 25.2 LBRL es limita a identificar els sectors en els quals el legislador de l'Estat i l'autonòmic necessàriament (en realitat, "necessàriament" només per a la llei autonòmica, perquè les bases de l'Estat no poden vincular la legislació estatal posterior) han d'atribuir competències pròpies als municipis (*infra* 11.25). Segons aquesta tesi, l'art. 25.2 LBRL no contindria cap atribució competencial directa als municipis (VELASCO, 2009: 2016). Seria un precepte dirigit als legisladors de l'Estat (en els termes als quals s'acaba de fer referència) i de la comunitat autònoma. Aquesta tesi l'ha acceptada expressament la STC 41/2016, FJ 10 b).

46. A parer meu, aquesta manera d'entendre les coses és incompatible amb els principis garantits en la **Carta europea d'autonomia local**, de 15 d'octubre de 1985, en concret, amb el principi de subsidiarietat que estableix l'article 4.2, que converteix en vinculant un esquema general precisament contrari al que s'ha exposat: en l'"àmbit de la llei", les entitats locals tenen llibertat plena per exercir la iniciativa en tota matèria que no estigui exclosa de la seva competència o atribuïda a una altra autoritat. Aquest precepte imposa als estats part, almenys aparentment, la coneguda tesi de la competència universal alemanya (*Allzuständigkeit*). La interpretació del dret intern d'acord amb el dret internacional obliga a "corregir" el tenor literal dels preceptes esmentats de la LBRL i completar-lo amb un criteri addicional, necessari perquè la regulació espanyola sigui compatible amb el tractat internacional, que faci dir a la llei espanyola que l'enumeració d'àmbits materials que conté l'article 25.2 LBRL constitueix

ja "una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias (allí) relacionadas" (així, expressament, STS de 22 de maig de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2338, que, amb aquest argument, casa la sentència impugnada que havia declarat la invalidesa de l'Ordenança municipal de Saragossa d'ecoeficiència energètica i utilització d'energies renovables als edificis i les seves instal·lacions).

47. Com a normes reglamentàries que són, les ordenances estan sotmeses a les regles pròpies de l'Estat de dret que subjecten els reglaments al **principi de legalitat** (art. 9.3 CE): primacia de la llei i reserva de llei. Pel que fa al primer, la conjunció dels principis de legalitat i de **jerarquia normativa** (art. 9.3 CE) determina, sens dubte, que hi hagi una relació de supraordenació jeràrquica de la llei estatal o autonòmica respecte de les ordenances municipals. La jerarquia de la llei no admet matisos. Una qüestió diferent és que, per mandat constitucional, la llei hagi de deixar un espai de regulació pròpia a les normes locals. I que només allà on respecti aquest àmbit d'autoregulació serà vàlida la llei; i, com a tal, jeràrquicament superior a les normes locals. Ara bé, mancant un criteri constitucional exprés que reguli les relacions entre el reglament estatal o autonòmic i l'ordenança local, ha de ser la llei, amb caràcter general o sectorial, la que determini les relacions entre reglaments (estatals o autonòmics) i normes locals.

48. Es pot acceptar que **és funció de la llei estatal o autonòmica** (cadascuna en l'àmbit de les seves competències) **regular les relacions entre els reglaments de l'Estat o de la comunitat autònoma**, d'una banda, **i les ordenances municipals**, d'una altra, de manera respectuosa amb l'autonomia municipal (art. 137 i 140 CE) i amb l'alt grau de legitimitat democràtica d'aquestes.

49. Per exemple, la llei autonòmica, d'acord amb un esquema propi del **principi de competència** (repartiment de matèries entre subjectes diferents) i no de jerarquia, pot identificar concretament l'àmbit regulatiu que queda reservat a l'ordenança municipal i que, per això, no pot ser regulat pel reglament autonòmic, amb una exclusió *ab initio* de la *concurrència* regulativa que caracteritza l'ordenació de les normes en virtut del principi de jerarquia. Aquest sembla el model, per exemple, respecte de les ordenances de protecció contra sorolls produïts per activitats domèstiques o veïns, de l'article 69.2 *a*) de la Llei andalusa 7/2007, de 9 de juliol, de gestió integrada de la qualitat ambiental; i de l'art. 2 *b*) del Decret andalús, de 17 de gener, pel qual s'aprova el reglament de protecció contra la contaminació acústica.

50. Ara bé, també és possible que la llei autonòmica prevegi la **concurrència regulativa** del reglament autonòmic i l'ordenança, però utilitzi la tècnica de la **supletorietat** i el **desplaçament**: el reglament conté una regulació **supletòria** que queda desplaçada quan el municipi regula la matèria per ordenança. Per exemple, l'article 7.2 de la Llei aragonesa 7/2010, de 18 de novembre, de protecció contra la contaminació acústica, regula la seva pròpia supletorietat i el desplaçament per ordenances que estableixin estàndards més exigents de protecció contra el soroll. Un esquema semblant s'observa en la disposició transitòria primera del Decret del País Basc 213/2012, de 16 d'octubre, de contaminació acústica.

51. Pel que fa a la **reserva de llei**, aquí es troba, tal vegada, l'èxit recent més rotund de l'ordenança. En l'àmbit del poder normatiu municipal, la jurisprudència constitucional ha admès que la tensió existent entre aquesta regla de l'Estat de dret (reserva de llei) i les exigències del principi democràtic (amb caràcter general, les ordenances municipals les aprova un òrgan —el ple de l'ajuntament— amb legitimitat democràtica directa; art. 22.2 *d*) LBRL) se solucioni amb una flexibilització de la

reserva de llei, per exemple, en matèria tributària (STC 233/1999, de 16 de desembre, FJ 10 i 18) i en matèria sancionadora (art. 25.1 CE) (STC 132/2001, de 8 de juny, FJ 6). Aquesta flexibilització retalla l'espai d'allò que necessàriament ha de ser regulat per llei i amplia el d'allò que es pot regular mitjançant una ordenança.

52. Els arguments del Tribunal Constitucional —abans o després— es podrien generalitzar per a altres drets fonamentals, diferents del que reconeix l'art. 25.1 CE. Per això, s'ha arribat a sostenir amb bons arguments que, sempre que la llei identifiqui almenys l'interès públic de competència municipal que el legislador permet que entri en conflicte i serveixi de límit a un dret fonamental (propietat, llibertat d'empresa, etc.), serà possible al poder d'ordenança **ponderar** per decidir sobre la prevalença dels principis en conflicte (el dret fonamental o l'interès públic) per resoldre "ajustaments singulars", és a dir, **"conflictes concrets que s'han de solucionar a nivell local"** entre drets fonamentals i interessos públics que hagin de garantir els municipis (ORTEGA, 2014: 193-219). Tanmateix, en contra d'aquesta tesi, la STS de 14 de febrer de 2013, ECLI:ES:TS:2013:693, va anul·lar la prohibició per una ordenança de l'Ajuntament de Lleida d'accedir amb vel integral a diverses instal·lacions municipals.

7. EL COSTUM EN EL DRET ADMINISTRATIU

53. Si "foscor" i "desorientació" són termes amb els quals s'ha presentat, a vegades, un primer acostament al costum en l'àmbit del dret civil (DE CASTRO, 1949: 363), hi ha motius per pensar que conceptes més rotunds són apropiats per descriure la qüestió en el camp del dret administratiu. En efecte, si s'accepta que per "costum" s'entén un conjunt de regles que tenen l'origen —precisament (i per definició)— **fora de l'Estat, en la societat**, aleshores qüestions com el valor vinculant o no del precedent (la decisió anterior d'un òrgan —estatal— administratiu respecte d'un cas anàleg posterior) i de la jurisprudència (la decisió anterior d'un òrgan —estatal— judicial respecte d'un cas anàleg posterior) queden, d'entrada, fora del tractament del costum en sentit propi.

54. Llavors, el problema es planteja directament amb la pregunta: és possible acceptar que, a falta de llei escrita, l'Administració hagi de decidir atenint-se a regles creades no per l'Estat, sinó per les forces socials (els comerciants d'una comarca o els caps de família d'un poble)? O, dit d'una altra manera: **regeix l'article 1.3 CC per al dret administratiu?** La resposta positiva no és cap evidència. En altres branques del dret, com el dret penal, per exemple, una senzilla argumentació amb suport en el principi de legalitat (art. 25.1 CE) fa òbvia la resposta negativa. El context de la regulació constitucional de l'actuació administrativa també sembla suggerir la resposta negativa per al dret administratiu.

55. La reserva de llei en l'àmbit del dret administratiu expressa el mínim de regulació jurídica que imposa la Constitució per a cada àmbit d'actuació administrativa. Coberta la reserva de llei i en absència de més llei (o reglament) escrita (després de cercar principis aplicables, si n'hi ha —com s'explicarà després—), la Constitució no té objecció a acceptar que **l'Administració decideixi discrecionalment** construint la seva "norma de conducta" amb criteris —ja no jurídics, sinó— d'oportunitat (tècnics, d'eficiència, polítics, o els mateixos usos tradicionals: per què

no?). Actuar discrecionalment significa exercir el poder de triar els criteris directius de l'actuació, mai decidir sense criteris (BACIGALUPO, 1997: 188 i següents) (*supra* § 5.58). Aquests criteris d'oportunitat poden venir donats pels òrgans de direcció política (amb més legitimitat democràtica que la de l'Administració) i, del seu ús, se'n pot retre comptes també per vies de control democràtic.

56. Aquesta resposta a la pregunta de què fa l'Administració en absència de llei escrita és més conforme a la **posició constitucional de l'Administració** i al **principi democràtic** (art. 1.1 CE) que el sotmetiment de l'actuació administrativa en aquest cas a regles creades per grups asimètrics de ciutadans i forces socials que no tenen a veure res amb el "poble" en sentit propi. Tampoc no és difícil adonar-se del que es guanya en termes de **seguretat jurídica** (art. 9.3 CE) per al dret administratiu si s'aclareix d'aquesta manera l'obscur problema d'aplicar l'incert costum en absència de llei escrita reguladora de l'activitat administrativa.

57. És diferent de la remissió genèrica al costum com a font subsidiària de primer grau (art. 1.3 CC) la **remissió concreta que fan determinades lleis a regles individualitzades** que s'apliquen per regular aspectes diversos de les relacions socials en què intervé l'Administració. En aquests casos —no en l'anterior—, hi ha una decisió concreta del legislador democràtic sobre els criteris (consuetudinaris) que es consideren adequats per dirigir l'actuació administrativa.

58. Es poden esmentar com a exemples: art. 29.3 LBRL (usos, costums i tradicions locals relatius al règim del consell obert); art. 103.2 del Reglament de béns de les entitats locals (aprovat pel Reial decret 1372/1986, de 13 de juny) (normes consuetudinàries sobre l'aprofitament de béns comunals); art. 19.3 i 4 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial, LOPJ (en relació amb l'art. 125 CE) (Tribunal de les Aigües de la Vega Valenciana i Consell d'Homes Bons de Múrcia, com a tribunals consuetudinaris i tradicionals); art. 85 del Reial decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'aigües (organització tradicional dels jurats o tribunals de reg); art. 23.4 de la Llei 1/1970, de 4 d'abril, de caça (reglamentació de determinades modalitats de caça d'acord amb els usos i costums del lloc), etc. Se'n poden trobar més exemples en SANTAMARÍA (1988: 341-342).

8. ELS PRINCIPIS GENERALS DEL DRET ADMINISTRATIU

59. El constituent espanyol de 1978 (que —com ja s'ha dit— va renunciar a adoptar totes les decisions relatives al sistema de fonts) va atribuir la important funció de determinar quines són les fonts del dret (i l'ordre de prelació entre elles) a la llei estatal —o autonòmica, allà on hi hagi drets forals o especials (art. 149.1.8 CE). Pel que fa als principis generals del dret, des de 1974, l'art. 1.1 CC disposa: "Les fonts de l'ordenament jurídic espanyol són la llei, el costum i els principis generals del dret"; i, segons l'article 1.4 CC: "Els principis generals del dret s'apliquen **en defecte de llei o costum**, sens perjudici del seu **caràcter informador** de l'ordenament jurídic". Els principis generals del dret són —hi ha gairebé tantes definicions com autors que han escrit sobre el tema— el conjunt de criteris valoratius (escrits —explícits o implícits en les normes positives— o no escrits) sobre els quals es fonamenta un ordenament jurídic o cadascuna de les seves parts.

60. Només els principis no escrits són font subsidiària del dret. En la primera part de l'article 1.4 CC els principis generals són font del dret subsidiària: norma no escrita que s'aplica si, perquè l'Administració decideixi sobre un cas, no hi ha llei (norma escrita) aplicable. Per tant, en aquest precepte la distinció clau és la que separa la norma escrita de la no escrita, i es parteix de la base que els principis que s'apliquen amb el caràcter de font subsidiària són els no escrits.

61. No obstant això, els **principis positivitzats** ocupen **el lloc de la norma en què estan continguts**. Existeixen principis jurídics positivitzats (recollits en normes escrites), tant en la llei (per exemple, art. 3.1 *e*) LRJSP: principis de bona fe, confiança legítima i lleialtat institucional, com a normes vinculants per a l'Administració), com en la Constitució (per exemple, els principis de l'article 9.3 CE: seguretat jurídica, interdicció de l'arbitrarietat, etc.). Aquests principis continguts en la llei o en la Constitució ja no són normes subsidiàries; són "llei" en el sentit de l'article 1.1 CC: normes escrites d'aplicació directa primària, que ocupen en les fonts del dret, precisament, el lloc que correspon a la llei o a la Constitució en què estan expressats.

62. Per exemple, el principi d'interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE), amb ajuda del qual s'ha dut a terme la part més important del control judicial de la discrecionalitat de l'Administració, no és font subsidiària, sinó que és "llei" directa i aplicable primàriament, en el sentit de l'article 1.1 CC.

63. Amb l'expressió **"caràcter informador"** de la segona part de l'article 1.4 CC es fa referència a la funció dels principis de constituir el fonament de tot el sistema jurídic (o d'algun dels seus subsistemes) i de contenir, en conseqüència, directives vinculants per interpretar les normes escrites. Aquesta funció fonamentadora de tot l'ordenament jurídic i de proporcionar pautes d'interpretació correspon —encara que en formes, possiblement, diferents— tant als principis no escrits (de la primera part de l'art. 1.4 CC) com als escrits (per exemple, els principis constitucionals de l'art. 5.1 LOPJ). En virtut d'aquesta funció dels principis, es pot parlar d'un "sistema de dret administratiu" (*supra* § 2.50).

64. Dir de l'ordenament jurídic, en general, o de l'ordenament juridicoadministratiu, en particular, que constitueixen un **sistema** significa cridar l'atenció sobre dues característiques d'aquests conjunts normatius: **l'ordre i la unitat**. La idea d'ordre es refereix a una coherència valorativa interna verificable racionalment en el conjunt de les normes particulars del sistema; i la d'unitat, al fet que les múltiples parts individuals s'han de poder reconduir a uns quants principis "informadors" rellevants.

65. És prioritàriament la **funció informadora** dels principis generals del dret la causa d'aquest ordre i d'aquesta unitat (CANARIS, 1998: 20-26). La funció que correspon al jurista teòric en la construcció de la seva parcel·la del dret consisteix, en bona part, a mostrar les connexions de sentit existents entre regulacions positives parcials entorn de les idees valoratives contingudes en els principis generals que "informen" la seva disciplina; i a mostrar, també, la connexió existent entre uns principis "més generals" amb uns altres que se'n deriven. Per exemple, la protecció de la confiança és un subprincipi del més general de seguretat jurídica, de la mateixa manera que la seguretat jurídica es deriva del principi de l'Estat de dret (art. 1.1 CE i 2 TUE). Els principis, com a criteris informadors, són font de la unitat interna de l'ordenament.

66. Els principis generals del dret administratiu s'han utilitzat per interpretar l'article 103.1 CE, que sotmet l'actuació administrativa plenament "a la llei i al dret". Acceptar per als principis generals del dret el compliment de les tres funcions a les quals s'acaba d'al·ludir (fonaments de l'ordenament jurídic, directives orientadores de la labor interpretativa i font en cas d'insuficiència de la llei) (DE CASTRO, 1949: 427-429) significa també acceptar que l'ordenament jurídic és alguna cosa més que la mera juxtaposició del conjunt de preceptes continguts en la llei escrita; que hi ha alguna cosa que fa diferents "la llei" —sense més ni més— i "el dret", que té més contingut que el sumatori d'aquesta. El que fa del dret un cercle normatiu més ampli que el que delimita la llei positiva són els principis generals del dret. Constitueix una opinió generalitzada que aquesta concepció de l'ordenament jurídic administratiu —segons la qual **el sistema normatiu** que regeix l'actuació de l'Administració no es conté només en els preceptes de la llei, sinó que aquests s'integren amb els **principis, per donar lloc al dret** que vincula l'activitat administrativa— s'ha constitucionalitzat —seguint el model de l'article 20.3 de la Llei fonamental de Bonn— en l'article 103.1 CE: l'Administració actua "amb sotmetiment ple a la llei i al dret".

9. EL PRECEDENT ADMINISTRATIU I LA JURISPRUDÈNCIA

67. Si adoptar una decisió administrativa en aplicació d'una norma jurídica s'explica com el resultat d'un procés de concreció progressiva del text inicial d'aquesta norma aplicable fins a referir-lo òptimament al cas sobre el qual s'ha de decidir, és fàcil adonar-se que el que es coneix com a **"precedent"** en l'àmbit del dret administratiu consisteix a tornar a utilitzar, per adoptar una decisió ara, el **criteri determinant que ja va concretar la norma** per fer-la aplicable a un cas en el passat, cas que ha de ser igual en allò rellevant a aquell sobre el que cal decidir en el present.

68. Es pot posar l'exemple de l'aplicació per part de l'Agència Nacional d'Avaluació de la Qualitat i Acreditació de la norma que disposa que, per rebre l'acreditació com a professor contractat doctor, es requereix que qui la sol·liciti tingui, entre altres qualificacions, **"suficients mèrits de recerca"**. A una sol·licitant d'aquesta acreditació, ja se li va aplicar el criteri que **vuit articles publicats en revistes de prestigi** són "suficients mèrits" d'aquest tipus. El criteri de concreció de la norma que ja ha estat utilitzat es pot considerar "precedent" per a decisions futures en casos semblants en el que és rellevant.

69. No fa falta justificar amb deteniment que la utilització dels mateixos criteris amb els quals es va concretar una norma en el passat per decidir sobre casos semblants **facilita la feina** de l'Administració i atorga a la decisió actual la **legitimitat** que procedeix del senzill argument que "ja s'ha decidit així en una altra ocasió". Això se situa a mig camí entre l'argument d'autoritat i l'argument que casos iguals s'han de resoldre amb els mateixos criteris, perquè la clau de la correcció d'un criteri decisori n'és la **universabilitat** (DÍEZ, 2008: 337-339).

70. Un criteri de concreció de la norma aplicable per l'Administració el pot haver utilitzat **la mateixa Administració** en decisions anteriors o **un òrgan judicial**

en resoldre algun conflicte. Per això, es planteja la necessitat de distingir entre el precedent administratiu i el precedent judicial.

71. Comencem amb la relació entre el **precedent judicial** i l'actuació administrativa. La qüestió relativa a la validesa de la decisió administrativa que se separa d'un precedent judicial es pot abordar al voltant del debat sobre la pregunta següent: està vinculada l'Administració als criteris de concreció de les normes dels òrgans judicials que coneixen dels recursos contra l'actuació administrativa?

72. Debades es busca una resposta clara a aquesta qüestió en la Constitució. S'hi estableix que ha d'existir un control judicial de l'activitat administrativa (art. 106.1 CE), però no es diu res sobre la **vinculació de l'Administració al dret judicial** (als criteris de concreció del dret utilitzats pels òrgans judicials en les resolucions que dicten en controlar aquesta activitat). Els òrgans judicials exerceixen la potestat jurisdiccional, jutjant i fent executar el que s'ha jutjat (art. 117.3 CE). Les parts del procés queden vinculades al que s'ha jutjat per la força de la intangibilitat de les resolucions judicials fermes, que és un vessant del dret de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (per totes, STC 200/2003, FJ 2). Ara bé, en la Constitució el jutge és un òrgan aplicador de normes (com és l'Administració) i no creador de dret.

73. No obstant això, també s'ha de tenir en compte —com ja s'ha exposat— que l'Administració està sotmesa no sols a la llei, sinó també "al dret" (art. 103.1 CE). Però, aleshores, la qüestió torna a ser la mateixa: **són "dret" per a la Constitució els criteris amb els quals els òrgans judicials concreten les normes que apliquen?** La resposta, en realitat, no cal buscar-la en la Constitució, que, com a *norma normarum*, és cert que regula bona part del sistema de fonts, però no tot el que es refereix al sistema de fonts.

74. De preceptes legals concrets, se'n pot deduir que el legislador ha volgut que els criteris de concreció de les normes de l'ordenament jurídic establerts en sentències dictades per un procediment concret (el de la **cassació contenciosa administrativa**) i per determinats òrgans (el **Tribunal Suprem**, en termes generals, per al dret de la Unió Europea i de l'Estat; i les sales contencioses administratives dels **tribunals superiors de justícia**, en general, per al dret autonòmic i local) siguin tinguts per **dret vinculant** per a l'Administració quan ha de decidir sobre casos als quals siguin aplicables aquests criteris que concreten la norma.

75. Els articles 1.6 CC (la **jurisprudència** del Tribunal Suprem complementa l'ordenament jurídic) i 87 bis.2 i 88.1 LJCA (la infracció d'un criteri fixat per la jurisprudència determina la nul·litat d'una sentència) s'expliquen correctament si s'entén que **els criteris fixats per la via del recurs de cassació** per concretar el dret són *dret* (en el sentit de l'art. 103.1 CE) i, com a tal, també vinculen l'Administració (SANTIAGO, 2021: 141 i següents).

76. Pel que fa als altres òrgans judicials de la jurisdicció contenciosa administrativa, a vegades s'ha sostingut que la independència judicial, que garanteix l'article 117.1 CE, és contrària al fet que els òrgans judicials inferiors quedin vinculats per la jurisprudència dels superiors. No obstant això, sembla més adequat sostenir que la llei (l'art. 1.6 CC i els preceptes reguladors del recurs de cassació en la LJCA) pot convertir en vinculants per als òrgans judicials inferiors els criteris amb els quals el Tribunal

Suprem concreta una norma, de manera que fa desaparèixer el marge d'indeterminació del text legal, sense que això suposi cap atemptat contra la **independència judicial (art. 117.1 CE)**. La independència judicial no és un *prius* respecte de l'ordenament jurídic, sinó al contrari: el *prius* és l'ordenament jurídic i, després, ve la independència judicial. L'ordenament jurídic no s'ha de retreure per deixar espai a la independència judicial, sinó que la independència judicial comença on acaba l'ordenament jurídic.

77. No obstant això, no es pot parlar de jurisprudència vinculant en relació amb el criteri que adopti un òrgan judicial en **qualsevol altre recurs diferent del de cassació**. L'Administració no està vinculada a utilitzar aquest criteri judicial de concreció de la norma aplicable en el cas B, encara que en el cas A (anterior i semblant al cas B) fos estimat el recurs judicial que es va interposar contra la decisió administrativa amb fonament, específicament, en la incorrecció del criteri amb el qual l'Administració va concretar la norma.

78. No obstant això, caldria dir que, del **principi de seguretat jurídica** (art. 9.3 CE), se'n pot derivar una directiva que obliga l'Administració a actuar d'una manera que eviti que s'estimin recursos contra les seves decisions (i els perjudicis que, precisament, aquesta estimació té per a l'estabilitat de les situacions jurídiques declarades per l'acte administratiu). Només així es pot afirmar que l'òrgan administratiu ha de seguir el criteri fundat de l'òrgan judicial competent per controlar les seves decisions, la qual cosa és especialment rellevant en el supòsit dels "processos en massa" (cadenes d'assumptes semblants o idèntics en matèria sancionadora, tributària, de personal, etc.).

79. Ara cal dirigir l'atenció al **precedent administratiu**. El criteri amb el qual l'Administració va concretar la norma en el cas A anterior no vincula directament l'Administració en adoptar la decisió en el cas B, posterior i semblant. Ara bé, l'eventual canvi de criteri pot determinar indirectament la invalidesa de la decisió del cas B a través de la integració en el supòsit de fet de certes normes de control utilitzades pels òrgans judicials per revisar aquest tipus de comportament de l'Administració: si **no es motiva** prou la separació del criteri seguit en actuacions precedents (art. 35.1 *i*) LPAC), o si es donen els requisits per considerar que el canvi de criteri vulnera el **principi d'igualtat** en l'aplicació de la llei (art. 14 CE), la **interdicció de l'arbitrarietat** (art. 9.3 CE) o la **protecció de la confiança legítima** (principi derivat de la seguretat jurídica, art. 9.3 CE) (DÍEZ, 2008: 244 i següents).

80. Amb perfils molt difusos es presenta tradicionalment el requisit de la **reiteració** del precedent administratiu perquè es desencadeni aquest efecte vinculant, encara que flexible i indirecte. Si el que l'ordenament pretén protegir com a principi de fons és la seguretat jurídica o la confiança legítima, aleshores es pot explicar que calgui una reiteració que és la que genera l'expectativa que es continuarà decidint amb el criteri amb què s'ha decidit habitualment. Això no obstant, si el valor al qual es pretén servir és el de la igualtat en l'aplicació de la llei, no té sentit exigir la reiteració: l'Administració ja vulnera la igualtat quan —en concurrència també amb altres requisits— tracta de manera desigual dos subjectes, sense més ni més; no és necessari que l'últim es compari amb un grup de casos anteriors.

10. BIBLIOGRAFIA

10.1. Bibliografia 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 de la 2a ed. Alemanya: 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*, t. 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.

José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

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, Berlín, 1871.

Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, t. 2, Laupp, Tübingen, 1878.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ i M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Derecho administrativo y derecho internacional", a José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL i Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, *Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pàg. 665-742.

Blanca LOZANO CUTANDA, "Introducción al Derecho ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente", a Blanca LOZANO CUTANDA i Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, *Administración y legislación ambiental*, 9a ed., Dykinson, Madrid, 2016, pàg. 99 i següents.

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), pàg. 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*, núm. 265-266, 2003.

Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

10.2. Bibliografia complementària recomanada

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.