Manual de Dereito administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 161-181
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.

LECCIÓN 6
FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO

José María Rodríguez de Santiago
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. A DIRECCIÓN DA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DO DEREITO E AS FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO.—2. A FUNCIÓN DA CONSTITUCIÓN NO SISTEMA DE FONTES.—3. DEREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, DEREITO DA UNIÓN EUROPEA E NORMAS DE DEREITO INTERNO: 3.1. A disolución da estatalidade do sistema de fontes "cara abaixo"; 3.2. A "evaporación da estatalidade" cara arriba; 3.3. A ordenación das relacións entre as normas do dereito intencional e da Unión Europea e as normas de dereito interno: o principio de primacía.—4. A RESERVA DE LEI.—5. A POTESTADE REGULAMENTARIA DO EXECUTIVO ESTATAL E AUTONÓMICO.—6. O PODER NORMATIVO MUNICIPAL.—7. O COSTUME NO DEREITO ADMINISTRATIVO.—8. OS PRINCIPIOS XERAIS DO DEREITO ADMINISTRATIVO.—9. O PRECEDENTE ADMINISTRATIVO E A XURISPRUDENCIA.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. A DIRECCIÓN DA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DO DEREITO E AS FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO

1. Xa se dixo antes que o Dereito administrativo lexitima e dirixe a Administración, e fai posible o seu control polos tribunais (*supra* § 2.15). Pero o Dereito administrativo non é a única forma de dirección e lexitimación da Administración. **Política**, **Dereito** e **orzamentos** foron formas tradicionais de dirixir (e dotar de lexi-

timidade democrática a) a actividade administrativa que contan cun recoñecemento constitucional: o Goberno dirixe (tamén politicamente) a Administración (art. 97 da Constitución española, CE); a Administración actúa "con sometemento pleno á lei e ao dereito" (art. 103.1 CE); e o que gasta a Administración debe ser autorizado polo Parlamento a través dos orzamentos (art. 66.1 CE en relación coa 134.2 CE).

2. A reforma constitucional do artigo 135 CE en 2011, que tivo lugar como consecuencia da gran crise económica orixinada en 2008, acentuou extraordinariamente o peso da dirección da actividade da Administración tamén pola **economía**: desde entón, puros datos económicos, como o produto interior bruto, o déficit público ou o volume de débeda pública, dirixen rigorosamente a actuación administrativa, a través do "principio de estabilidade orzamentaria" (art. 135.1 CE) (SALVADOR, 2020: 161-206).

3. Hai que preguntarse, entón, que é o específico das **regras e principios xurídicos** como forma de dirixir a actuación administrativa; por exemplo, que diferenza, desde esta perspectiva, o sometemento da Administración a unha lei ou un regulamento (normas xurídicas) da máis difusa dirección da actividade dos órganos da Administración do Estado a través do programa político do Goberno que establece o seu presidente e das directrices da política interior e exterior que tamén determina o presidente do Goberno [art. 2.2 b) da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno: LG)].

4. Pois ben, elixir o dereito como forma de dirixir a actividade da Administración significa valerse dunha serie de técnicas ou instrumentos articulados, precisamente, para garantir o sometemento da actividade administrativa á lei e ao dereito (art. 103.1 CE). Polo momento, significa que a actuación administrativa regulada polo dereito se somete o **control xudicial** (art. 106.1 CE). Na mesma medida en que o dereito dirixe a actuación administrativa, aquel ofrécelles aos órganos xudiciais parámetros para controlar as decisións da Administración. Os tribunais só controlan a legalidade da actuación administrativa (art. 106.1 CE), non a dirección da actividade da Administración a través de criterios doutro tipo, como os políticos (por exemplo, as directrices da política interior e exterior ás que se acaba de facer referencia), técnicos ou, en xeral, de oportunidade. A dirección xurídica (a través do dereito) das decisións administrativas permítelles aos órganos xudiciais non só declarar a conformidade ou desconformidade a dereito daquelas, senón tamén **impoñer forzosamente** a decisión xudicial ditada en exercicio da función de control da actividade da Administración (art. 103 e ss. da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso–administrativa: LXCA). O ordenamento xurídico–administrativo regula que **sanción** reciben as decisións administrativas contrarias ao dereito [invalidez: nulidade de pleno dereito (art. 47 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas: LPAC) ou anulabilidade (art. 48. LPAC)]; identifica quen posúe **lexitimación** para poñer en movemento o proceso de control xudicial da actividade administrativa (art. 19 LXCA); establece as vías para devolver, na medida do posible, a situación dun afectado pola ilegal actuación administrativa ao estadio anterior á infracción xurídica, como se nada pasara (**tutela primaria** ou restitutoria); e, se esa actuación causou un dano, os requisitos para a súa reparación (**tutela secundaria** ou resarcitoria, art. 106.2 CE) etc. Dirixir a actividade da Administración a través do dereito implica, en definitiva, valerse para esa direc-

ción destes e outros instrumentos de sometemento da actividade administrativa aos parámetros xurídicos establecidos polo órgano competente para iso.

5. Falar das fontes do Dereito administrativo é, polo tanto, falar de **quen pode elixir e utilizar o Dereito** como forma de dirixir a actividade da Administración; ou, expresado doutra maneira, quen pode impoñerlle á Administración as súas decisións como mandatos xurídicos, que desencadean todas as consecuencias daqueles (control xudicial, invalidez do acto administrativo disconforme coa norma etc.). A Constitución impón que sexa o lexislador quen dirixa a actividade da Administración nunha longa listaxe de materias (por exemplo, reserva de lei sobre o réxime xurídico dos bens públicos, art. 132 CE); aínda que, cuberto ese mínimo que impón a reserva de lei, o lexislador estatal pode regular a actividade da Administración estatal coa densidade normativa adicional que queira; nalgunhas materias as decisións do lexislador deben contar cun especial grao de consenso (lei orgánica, art. 81 CE); o Goberno tamén pode dirixir xuridicamente a actividade da Administración a través do regulamento; as fontes da Unión Europea determinan a conduta da Administración (v. gr., medioambiental) con primacía con respecto ás fontes do Dereito administrativo interno etc. De todas estas cuestións (e doutras) débese ocupar un estudo das fontes do Dereito administrativo, que é —polo mencionado— un estudo relativo a unha peculiar e eficaz forma de dirixir a actuación administrativa.

2. A FUNCIÓN DA CONSTITUCIÓN NO SISTEMA DE FONTES

6. Do conxunto das fontes normativas que dirixen a actuación administrativa pódese dicir que constitúen un **"sistema"** porque están ordenadas ou articuladas a través da Constitución. Se se admite unha imaxe informática, pódese dicir que a Constitución contén o "programa" para a validez das normas de dereito interno e a "interface" para a aplicabilidade das normas de sistemas externos. Vexámolo.

7. As **normas de dereito interno** (a lei estatal, o regulamento autonómico, a ordenanza municipal etc.) son válidas na medida que fosen elaboradas por uns suxeitos, observasen uns procedementos e respectaran uns contidos materiais regulados pola Constitución, directamente ou coa mediación doutras normas que se deixan reconducir a aquela (o Regulamento do Congreso dos Deputados, cada estatuto de autonomía, a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local [LBRL] etc.). A Constitución contén, así, o **"programa"** (a "secuencia de instrucións") que determina a validez ou invalidez das normas do poder público español.

8. A Constitución, con todo, non se ocupa da validez de **normas pertencentes a sistemas externos**, como os tratados internacionais ou as normas do Dereito da Unión Europea, que nacen e, no seu caso, son axuizadas en canto á súa validez conforme as regras constitutivas deses sistemas externos: a convención de Viena sobre o dereito dos tratados, o Tratado da Unión Europea: TUE, o Tratado de Funcionamento da Unión Europea: TFUE etc. Pero si contén a Constitución unha **"interface"** (un dispositivo capaz de incorporar normas deses sistemas alleos), contida nos artigos

93 e 96 CE, conforme á cal se acepta a **aplicabilidade** en España das normas de sistemas externos consonte as esixencias dos seus propios sistemas, o que significa: con primacía con respecto ás normas de dereito interno (REQUEJO, 2016: 149-161). A Constitución é, desde esta perspectiva, norma integradora de varios sistemas normativos nun ordenamento xurídico.

9. Desde o punto de vista do dereito interno, non convén tampouco descoñecer que son bastantes as **decisións relativas ás fontes do Dereito administrativo que a Constitución non adopta por si mesma**, senón que esta remite —sobre todo— á regulación do lexislador. Polo momento, á lei estatal —ou autonómica, alí onde existan dereitos forais ou especiais— (art. 149.1.8 CE) atribúese na Constitución a importante función de determinar cales son as fontes do dereito (e a orde de prelación entre elas). Especial relevancia ten esta idea aplicada, tamén, á ampla marxe que deixa a Constitución á regulación por lei da propia potestade regulamentaria.

3. DEREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, DEREITO DA UNIÓN EUROPEA E NORMAS DE DEREITO INTERNO

3.1. A disolución da estatalidade do sistema de fontes "cara abaixo"

10. Cando, en 1978, entra en vigor a Constitución española, era fundamentalmente o Estado o único suxeito produtor de normas xurídico-administrativas. A imaxe dunha soa pirámide normativa de regras estatais ordenadas xerarquicamente transmitía con suficiente corrección a realidade dun **Dereito administrativo de autor único**.

11. A creación e o comezo da actividade de produción normativa, nos anos inmediatamente posteriores, das comunidades autónomas inicia o cambio deste panorama; e a gran pirámide do dereito estatal ordenado xerarquicamente vese substituída por unha pirámide estatal que ten cada vez menor envergadura e é desprazada progresivamente por dezasete pirámides autonómicas que se relacionan entre elas e co dereito estatal co "novo" criterio do denominado **principio de competencia** (derivado da repartición de materias normativas entre suxeitos públicos distintos, como o Estado e as comunidades autónomas). O principio de competencia emerxe con forza fronte ao criterio da xerarquía, que dentro do sistema de cada suxeito público ordena as normas por formas normativas de superior ou inferior rango (no Estado, por exemplo: lei, regulamento aprobado por real decreto, regulamento aprobado por orde ministerial etc.).

12. Nas **materias de competencia autonómica exclusiva** (póñense como exemplos típicos as do urbanismo e a vivenda) o Estado ten prohibido lexislar e as normas reguladoras deses ámbitos de actuación da Administración teñen que proceder do parlamento e o executivo autonómicos. Noutras materias xenuinamente xurídico–administrativas, como a expropiación forzosa ou a responsabilidade patrimonial de todas as administración públicas (art. 149.1.18 CE), a lexislación seguirá

sendo, con todo, soamente estatal. Pero unha gran parte da regulación da propia estrutura administrativa e da actividade da Administración repártese entre o Estado e as comunidades autónomas conforme a un esquema competencial consistente en que o **Estado** aproba as normas que deben considerarse **"básicas"** (as que concretan o mínimo común denominador normativo que debe rexer en todo o territorio nacional) e as **comunidades autónomas** ditan as **normas de "desenvolvemento"** desas bases para que sexan aplicables só no seu territorio.

13. Esta repartición das competencias normativas conforme o esquema **"bases–desenvolvemento"** dáse en importantes ámbitos do Dereito administrativo español: o propio réxime xurídico das administracións públicas (que inclúe tamén, por exemplo, o dos bens públicos) e a regulación do estatuto dos seus funcionarios (art. 149.1.18 CE); a ordenación xeral da economía (art. 149.1.13) e da sanidade (art. 149.1.16 CE); a lexislación sobre protección do medio ambiente (art. 149.1.23 CE); o réxime mineiro e enerxético (art. 149.1.16 CE); normas relativas ao dereito á educación (149.1.30 CE); etc. Unha regra especial é a que se refire á lexislación do procedemento administrativo: ao Estado corresponde regular o "procedemento administrativo común" (art. 149.1.18 CE), que non son exactamente as bases do procedemento administrativo [STC 55/2018, FX 4 b)]. Esa é a competencia estatal exercida ao aprobar a LPAC de 2015.

14. Desde a aprobación da Constitución ata o de agora, tamén as **ordenanzas municipais** se abriron camiño como figura do sistema de fontes co empuxe da garantía constitucional da autonomía municipal (art. 137 e 140 CE). A ordenanza, única norma administrativa dotada dunha lexitimidade democrática directa, porque é aprobada polo pleno que representa os veciños, chegou, mesmo, a gañar unha relevante batalla fronte á institución da reserva constitucional de lei nas SSTC 233/1999, do 16 de decembro (flexibilización da reserva de lei en favor da ordenanza en materia tributaria local) e 132/2001, do 8 de xuño (flexibilización da reserva de lei en favor da ordenanza en materia sancionatoria).

3.2. A "evaporación da estatalidade" cara arriba

15. O proceso ata o de agora descrito é o do progresivo desprazamento do Estado central por outros centros territoriais dotados de poder normativo, como as comunidades autónomas e os municipios. O Dereito administrativo "desestatalízase", pero permanece, no que se leva exposto, no ámbito dos poderes internos sometidos á regulación da Constitución nacional. A este proceso, con todo, hai que engadir outro ao que podería graficamente denominarse como de "**evaporación da estatalidade**" (do espazo do poder normativo dominado pola Constitución nacional) a través das xanelas que esa Constitución abriu ás normas procedentes de sistemas externos (art. 93 e 96 CE).

16. A partir do ano 1986 iníciase un transcendental proceso de **europeización** do Dereito administrativo, que termina afectando (só se enumeran algúns exemplos) tanto a institucións da parte xeral dese dereito —acto administrativo transnacional, declaración responsable e comunicación (art. 69 LPAC) ou responsabilidade do Estado por incumprimento do dereito da Unión—, como a sectores completos do dereito regulador da actividade da Administración —contratos públicos, axudas esta-

tais e dereito da competencia, dereito medioambiental (díxose que o 90 por 100 das normas ambientais españolas proceden do Dereito da Unión Europea) (LOZANO, 2016: 127), dereito da regulación e servizos de interese económico xeral (telecomunicacións, transportes, electricidade e gas etc.), dereito de autorización de produtos e substancias, como os medicamentos etc.—.

17. E, practicamente en paralelo, ten lugar outro proceso de **internacionalización** do Dereito administrativo. O conxunto de fenómenos descrito coa expresión "globalización" (en concreto, o crecemento das relacións económicas internacionais), a toma de conciencia fronte a problemas medioambientais transfronteirizos ou globais (obxecto das grandes conferencias internacionais relativas ao medio ambiente nos anos noventa: Río de Janeiro, 1992; Nova York, 1992; Kioto, 1997 etc.) e a fundación da Organización Mundial do Comercio (1995) fixeron crecer de forma moi notable desde eses anos as normas internacionais relevantes para a actividade da Administración.

17 *bis*. En materia de fontes do dereito, precisamente, nos ámbitos do Dereito da Unión Europea e do Dereito internacional xurdiron nas últimas décadas diversos tipos do que se denomina como ***soft law*** (dereito brando). Con esa expresión faise referencia frecuentemente no dereito da Unión Europea a criterios interpretativos contidos en actos non vinculantes (por exemplo, recomendacións da Comisión) que, con todo, os xuíces nacionais han de "ter en conta" ao aplicar disposicións vinculantes. Se o órgano xudicial quere separarse dese criterio interpretativo recae sobre el a carga de motivar expresamente as razóns polas que se separa ou rexeita a aplicación da devandita pauta interpretativa (SSTXUE do 13 de decembro de 1989, *Grimaldi*, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, ap. 18; e do 29 de setembro de 2011, *Arkema/Comisión*, C-520/09, ECLI:EU:C:2011:619, ap. 88). No ámbito do Dereito internacional cualifícanse como *soft law* as recomendacións e directrices non vinculantes das organizacións internacionais, así como normas e estándares (en materia de contabilidade, loita contra o branqueo de capitais, supervisión financeira, fabricación e comercialización de produtos etc.) aprobados por suxeitos tanto públicos como privados que, en moitas ocasións, son obrigatorios *de facto*, porque os seus destinatarios se ven compelidos ao seu cumprimento debido ás esixencias dos mercados internacionais; e poden chegar a converterse en hard *law* mediante a técnica da remisión a elas por normas do ordenamento ou a súa integración neste mediante a súa aprobación como normas vinculantes (LEÑERO e DARNACULLETA, 2011: 697 e ss.).

3.3. A ordenación das relacións entre as normas do Dereito internacional e da Unión Europea e as normas de dereito interno: o principio de primacía

18. Para ordenar as relacións entre as normas procedentes deses dous sistemas externos (o Dereito europeo e o Dereito internacional) e as normas de Dereito administrativo interno utilízase a regra da **primacía aplicativa**, que é unha concreta manifestación da apertura constitucional ao Dereito internacional e ao Dereito europeo. A explicación que sobre a primacía aplicativa do Dereito da Unión Europea realizou a DTC 1/2004, do 13 de decembro (FX 4), sobre a base do artigo 93 CE, ao redor da idea de que a Constitución non regula a validez das normas de sistemas xurídicos distintos ao interno e pode admitir a súa aplicabilidade con preferencia a este, tamén se proxecta, en termos similares aínda que non idénticos, sobre a regulación consti-

tucional da vixencia en España dos tratados internacionais (art. 96 CE). A primacía aplicativa do Dereito da Unión ou dos tratados internacionais é unha regra relativa á solución de conflitos entre normas, en principio, válidas. Cando a un mesmo suposto de feito dúas normas vinculan dúas consecuencias xurídicas distintas, o conflito resólvese outorgando primacía aplicativa a unha delas: o aplicador do dereito ha de ignorar unha (neste caso, a nacional) para aplicar a outra (a europea ou a internacional). Así, por exemplo, se unha norma europea sobre contratación pública prevé a exclusión de ofertas de licitadores anormalmente baixas, pero a lexislación nacional non prevé esa exclusión, a Administración ha de inaplicar a norma nacional e aplicar directamente a norma europea (STXUE do 22 de xuño de 1998, *Fratelli Costanzo Spa*, C–103/08, ECLI:EU:C:1989:256).

4. A RESERVA DE LEI

19. No ámbito do dereito interno a Constitución articula a relación entre a **potestade lexislativa** do parlamento (estatal e das comunidades autónomas) e a potestade normativa do poder executivo (**potestade regulamentaria**) a través da institución central da reserva constitucional de lei.

20. A **reserva constitucional dunha materia á lei** é o mandato constitucional de que esa materia sexa regulada precisamente pola lei; mandato que ten no seu reverso, tamén, unha prohibición dirixida ao propio lexislador de entregar por lei sen o suficiente contido regulatorio material a disciplina restante desa materia ao regulamento (prohibición da remisión en branco); e, simultaneamente, unha prohibición ao executivo de regular a materia por regulamento antes de que o lexislador cumprise cabalmente a súa función reguladora.

21. A Constitución española está salteada de concretos preceptos que reservan á lei a regulación de **materias relevantes para a actuación da Administración**: a reserva de lei en materia de dereitos fundamentais do artigo 53.1 CE —que abarca a regulación do exercicio do dereito de propiedade (art. 33 CE) e da liberdade de empresa (art. 38 CE)-, de diversos ámbitos de actividade social prestadora (capítulo terceiro do título primeiro), de organización da Administración do Estado (art. 103.2 CE), do estatuto dos funcionarios públicos (art. 103.3 CE), do procedemento administrativo [art. 105 c) CE], do réxime dos bens públicos (art. 132 CE) etc. En cada unha desas materias, a determinación precisa do alcance da reserva (o que, en concreto, ten que ser regulado pola lei e o que, pola contra, pode deixarse ao regulamento executivo) supón un (non sempre fácil) exercicio da tarefa da interpretación constitucional.

22. Desde a perspectiva do principio constitucional do **Estado de Dereito**, a reserva de lei en materia de Dereito administrativo expresa canto quere a Constitución (como mínimo) que unha actividade da Administración sexa dirixida polo dereito (e non só, por exemplo, pola política); e canto quere a Constitución que os órganos xudiciais (como mínimo) controlen a actuación administrativa, ao dispoñer de parámetros normativos para levar a cabo ese control. E, desde a perspectiva do principio do **Estado democrático**, a reserva de lei tamén expresa canto quere a Constitución (como mínimo) que a actuación e as decisións administrativas sexan dirixidas polo órgano primario de representación democrática que aproba as leis: as Cortes e as asembleas lexislativas das comunidades autónomas.

23. Ata hoxe tivo unha destacada influencia na doutrina española sobre as relacións entre a lei e o regulamento a teoría denominada do **concepto material de lei**, creada en Alemaña a finais do século XIX (LABAND, 1871 e 1878; JELLINEK, 1887), que se utilizou para interpretar o dereito español cando, en realidade, carece de calquera conexión sistemática cos datos do noso dereito positivo.

24. A doutrina do concepto material de lei divide as materias que poden ser obxecto de regulación polo Estado en binomios que —é innegable— teñen unha notable forza argumentativa e de convicción á marxe do dereito positivo: o contido "propio" da lei sería a regulación da liberdade e a propiedade dos cidadáns, as **regras xurídicas *ad extra*** do Estado. A lei que ten ese contido sería lei en sentido material. O contido "propio" do regulamento (forma normativa procedente dun poder —na orixe da teoría— non lexitimado democraticamente) é, con todo, a "materia administrativa" doméstica, as **normas *ad intra*** referentes á organización e ás relacións especiais de suxeición (funcionarios, militares etc.). O regulamento podería, como unha atribución continxente do dereito positivo, saír do seu ámbito natural, cando a lei lle autoriza caso por caso a regular materias "propias" da lei. A este regulamento chamaríaselle **regulamento xurídico**. O que se move no seu ámbito xenuíno de regulación (o ámbito doméstico do aparello estatal *ad intra*) denomínase **regulamento administrativo**. O espazo tamén propio do denominado regulamento independente (o que non se dita cunha autorización legal e non desenvolve normas *ad extras*) sería, está claro, o que se cingue a regular materias relativas á organización e as mencionadas relacións especiais de suxeición.

25. Como xa se dixo, toda esta construción é por completo allea ao dereito positivo español. O concepto material de lei é descoñecido pola Constitución. No noso sistema, a lei non se define polo seu contido, senón polo seu procedemento de aprobación. O **concepto de lei** do noso Dereito constitucional é, polo tanto, **formal**: é lei o que se decide polas Cortes Xerais ou polos parlamentos autonómicos con esa forma, tras un procedemento marcado pola publicidade, a contradición e o debate (DE OTTO, 1988: 153-154). En consecuencia, hai leis que regulan os dereitos dos cidadáns, pero tamén hai leis (como a LPAC ou a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público: LRXSP) que regulan a organización e o funcionamento da Administración.

26. Por outra banda, o Goberno non carece por completo de lexitimidade democrática. É innegable que o **Goberno** non ten o mesmo grao de lexitimidade democrática que o órgano directamente elixido polo electorado, pero deriva da confianza e do control parlamentarios o **carácter evidentemente democrático da súa actuación**, sen o cal non poderían explicarse desde a perspectiva do artigo 1.2 CE as súas competencias referidas á dirección da completa actividade política do Estado (art. 97 CE) ou da comunidade autónoma. De aquí resulta que un regulamento gobernativo non está na marxe da lexitimidade democrática que comparten todos os poderes do Estado.

27. Polo demais, **a Constitución resérvalle á lei**, precisamente, importantes materias relativas á **organización administrativa** (art. 103.2 CE) ou ás que historicamente se denominaron **relacións especiais de suxeición**, como as que vinculan os funcionarios coa Administración (art. 103.3 CE), o que de forma clara impide que o executivo aprobase neses ámbitos regulamentos independentes (sen cobertura legal) co argumento de que esas fosen materias "propiamente administrativas". Neste sentido, unha gran parte do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do estatuto básico do empregado público (EBEP), malia que regula relacións administrativas *ad intra* (entre os empregados públicos

e a Administración) non podería aprobarse por regulamento. En fin, nin nos seus presupostos nin nos seus detalles ten a vella doutrina alemá do concepto material de lei ningunha utilidade para interpretar o Dereito constitucional e administrativo español. E, polo mesmo, carece de calquera función explicativa do noso sistema a mencionada distinción entre regulamentos xurídicos e regulamentos administrativos.

28. Desde o punto de vista material, o obxecto da regulación dos regulamentos, en principio, non se distingue do das leis. Como estas, poden os regulamentos regular —sempre con respecto da reserva de lei, que esixirá, no seu caso, lei previa— materias que afecten directamente a dereitos e deberes dos cidadáns, ou que caiba situar, máis ben, no ámbito do que pode denominarse organización administrativa. Tradicionalmente, os regulamentos ditados para desenvolver e concretar a regulación xa contida nunha lei denomínanse **regulamentos executivos** —regulamentos para "o desenvolvemento e a execución das leis" [art. 5.1 h) LG] (*infra* § 16.22)—; e os regulamentos que se ditan para regular directamente unha materia non regulada pola lei reciben o nome de **regulamentos independentes**, que caben teoricamente no dereito español (*infra* § 16.21), sempre que sobre a materia da que se trate non se proxecte unha reserva de lei. Na realidade da profusa regulación legal actual non é fácil atopar un bo exemplo de regulamento independente. Pero a esta distinción vincula o dereito positivo consecuencias xurídicas: no procedemento de aprobación dos regulamentos executivos é preceptivo o ditame do Consello de Estado [art. 5.1 h) LG; e 22.3 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, LOCE].

29. Unha das manifestacións máis patentes de como o recoñecemento constitucional do principio de separación de poderes nunca significou o cumprimento da "ecuación función–órgano" (atribución dunha función exclusiva a cada un dos órganos que materializan cada unha das tres clásicas ramas de goberno) é, precisamente, a distribución constitucional do poder normativo entre as Cortes Xerais (art. 66.2 CE) e o Goberno (art. 97 CE). **O principio de reserva de lei parte desta concorrencia de órganos con competencias normativas e introduce unha ordenación material e secuencial entre elas**: as materias reservadas á lei deben ser reguladas suficientemente por esta; mentres o lexislador non cumpra con ese mandato, o regulamento non pode entrar a regular esas materias; o lexislador pode, con todo, aumentar a densidade da regulación que esixe, como mínimo, a reserva de lei, e regular calquera materia; salvo que a lei o prohiba, o regulamento (denominado entón regulamento *executivo*) pode desenvolver a regulación legal nas materias reservadas á lei e reguladas por lei, ou só reguladas por lei (pero non reservadas á lei); a lei (unha vez regulada a materia que lle esixe o cumprimento da reserva de lei) pode ordenar que a materia se desenvolva con máis detalle polo regulamento; o regulamento (chamado entón regulamento independente) pode regular as materias non reservadas á lei etc.

30. É obvio, por outra banda, que da superioridade xerárquica da lei sobre o regulamento (art. 9.3 e 97 CE) e da inexistencia dun ámbito constitucionalmente reservado ao regulamento se deduce que **a lei pode prohibir** expresa ou implicitamente que determinadas materias sexan obxecto de **desenvolvemento regulamentario**. A afirmación debe matizarse para os casos en que unha organización xurídico-pública goza dun ámbito de autonomía garantido pola Constitución ou o Dereito da Unión Europea e só poida exercer esa autonomía a través de regulamentos.

31. Unha última consideración debe realizarse en relación coa articulación das **fontes do Dereito da Unión Europea e a reserva constitucional de lei**. En virtude do principio de autonomía institucional dos Estados membro, a transposición das **directivas** europeas ao dereito interno ha de ter lugar a través da forma normativa que se derive das regras dese dereito. Se a Constitución reserva á lei a regulación da materia da que trata a directiva, a súa transposición deberá utilizar a forma de lei (estatal ou autonómica, en función de quen sexa o titular da competencia para regular nese ámbito, o que tamén se resolve conforme as regras de cada Estado). Nada impide, en principio, que, no non reservado pola Constitución á lei, a transposición lévese a cabo por norma regulamentaria (DÍAZ, 2016: 115-125).

32. É obvio, por outra banda, que o **regulamento europeo**, norma da Unión Europea "directamente aplicable en cada Estado membro" (art. 288 TFUE), pode ocupar un espazo material cuberto por unha reserva constitucional de lei no dereito interno. Un caso coñecido é o do Regulamento xeral de protección de datos [(UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016], que aborda unha materia que, conforme as regras do dereito constitucional interno, esixiría a forma da lei orgánica (art. 81 CE en relación co art. 18.4 CE). Hai que aceptar nestes casos que o artigo 93 CE autoriza implicitamente esa restrición do principio democrático e admite que a regulación da materia en cuestión realícese por unha norma como o regulamento europeo, cun nivel de lexitimidade democrática inferior ao da lei nacional.

33. A propia lei, por último, tamén lle pode reservar á lei algunha decisión que a Constitución non impón que se adopte polo lexislador. Estase, entón, ante unha **reserva legal de lei**.

34. Por exemplo, o artigo 16.3 da Lei do solo da Comunidade de Madrid (Lei madrileña 9/2001, do 17 de xullo) **resérvalle á lei a decisión de desclasificar solo non urbanizable de protección** no que se produciu un incendio, durante un prazo de trinta anos desde o dano medioambiental. Trátase, como é obvio, de desincentivar os incendios provocados coa intención de facilitar un cambio nunha clasificación urbanística, o que se conseguiría impedindo que a decisión poida adoptarse pola Administración e dispoñendo que a desclasificación teña que someterse ao rigor da tramitación parlamentaria.

35. Evidentemente, esa reserva, a diferenza da reserva constitucional de lei, **non vincula o mesmo lexislador para o futuro** (unha lei posterior pode dispoñer o contrario en calquera momento), pero mentres a reserva legal de lei estea en vigor, o executivo non pode adoptar a decisión por norma infralegal. Os maiores problemas e dúbidas sobre a reserva legal de lei prodúcense cando unha **lei estatal** que regula as "bases" dunha determinada materia esixe que as comunidades autónomas regulen o "desenvolvemento" desa materia da súa competencia tamén por lei. Por exemplo, o art. 25.2 LBRL esixe que as comunidades autónomas lles atribúan competencias aos municipios só por lei. O Tribunal Constitucional considerou que esta reserva estatal de lei autonómica non é por si inconstitucional, aínda que o seu exercicio ha de ser moi mesurado, pois afecta á ordenación dos poderes lexislativo e executivo de cada comunidade autónoma (STC 41/2016, FX 10 a) e STC 55/2018, FX 6 b).

5. A POTESTADE REGULAMENTARIA DO EXECUTIVO ESTATAL E AUTONÓMICO

36. Nesta lección vaise tratar unicamente dos **regulamentos procedentes do Goberno estatal e autonómico e do pleno municipal**, isto é, da potestade regulamentaria de tres organizacións xurídico-públicas de carácter territorial: Estado, comunidade autónoma e municipio. Son estas as normas regulamentarias dotadas dun

máis elevado nivel de lexitimidade democrática, derivada da que posúan os órganos que os aproban (os citados órganos de goberno e, especialmente, o pleno municipal); e as que tradicionalmente atoparon un lugar principal no tratamento doutrinal das facultades normativas do poder executivo. Outras disposicións administrativas (ditadas por administracións independentes, corporacións de dereito público etc.) serán obxecto de tratamento na Lección 16, xunto co réxime xurídico de todas as normas de rango infralegal (requisitos de validez, procedemento de elaboración, control xudicial etc.). Tampouco, por outra banda, cubrirá a exposición desta lección as formas normativas da lei, a lei orgánica, o decreto-lei nin o decreto lexislativo, que se fai con detalle nas obras de Dereito constitucional.

36 *bis*. Quedan, así mesmo, fóra da exposición as cuestións que expoñen as **normas técnicas de orixe privada** (por exemplo, as normas da AENOR ou as guías das mellores técnicas dispoñibles), frecuentes en ámbitos nos que o predominio do coñecemento experto existente no sector privado permitiu falar dunha "autorregulación" (DARNACULLETA, 2009; ESTEVE, 2013: 110 e ss.). Estas normas carecen na súa orixe da lexitimidade democrática coa que contan, con todo, as normas aprobadas polo poder público. Pero as normas técnicas de orixe privada poden dirixir eficazmente a actividade da Administración cando normas do ordenamento xurídico remiten a elas ou os órganos administrativos as utilizan para exercer a discrecionalidade que outorga a aplicación de conceptos xurídicos indeterminados que se refiren a criterios de carácter técnico (TARRÉS, 2003).

37. A **potestade regulamentaria do Estado** está atribuída orixinariamente polo art. 97 CE ao Goberno, de forma coherente co grao de lexitimidade democrática deste órgano constitucional. Con todo, da literalidade dese precepto ("consonte a Constitución e as leis") non pode deducirse unha prohibición de que a lei lles atribúa a potestade regulamentaria, parcialmente e con máis ou menos limitacións, tamén a outros órganos do executivo estatal. Iso, de feito, sucede en diversos preceptos da LG e da LRXSP. Cuestión distinta é que, conforme a diferenciación expresa do art. 128.1 LPAC, existan singularidades procedementais para a elaboración dos regulamentos en sentido estrito (isto é, os aprobados polo Goberno da nación, os órganos de goberno das comunidades autónomas ou os órganos de goberno locais) e as demais disposicións administrativas (*infra* § 16.10-11).

38. Conforme ao encargo que lles fai o artigo 97 CE, algunhas leis estatais, en especial a LG e a LRXSP, regulan as formas de exercicio da potestade regulamentaria polo Goberno. Con carácter xeral, ao **Consello de Ministros** atribúeselle a potestade regulamentaria para o "desenvolvemento e a execución das leis" (os denominados regulamentos executivos) e unha potestade regulamentaria residual (normas regulamentarias non atribuídas expresamente a outros cargos) [art. 5.1 h) e 24.1 c) LG]. Ao **presidente do Goberno** atribúeselle unha moi limitada potestade regulamentaria: a competencia para ditar os regulamentos de creación, modificación e supresión dos departamentos ministeriais [art. 2.2 j) e 24.1 b) LG]. Aos **ministros** atribúeselles potestade regulamentaria "nas materias propias do seu departamento" [art. 4.1 b) e 24.1 f) LG; e 61 a) LRXSP]. Non hai ningún apoio na literalidade deses preceptos para soster que esta potestade regulamentaria do ministro só alcance a organización interna do seu departamento e ás relacións especiais de suxeición, como se sostivo frecuentemente na doutrina e na xurisprudencia.

39. A xurisprudencia aceptou que o **ministro** desenvolva "nas materias propias do seu departamento" aspectos "concretos" ou "accesorios" **(regulacións "de detalle") dun regulamento executivo aprobado polo Consello de Ministros** [SSTS do 4 de novembro de 2011, ECLI:ES:TS:2011:7079; e 3 de xuño de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2545]. Neste caso, o regulamento do ministro tamén debe considerarse regulamento executivo e require de ditame previo do Consello de Estado (art. 22.3 LOCE) (STS do 6 de febreiro de 2017, ECLI:ES:TS:2017:332).

40. A esta regulación xeral hai que engadirlle a existencia de regras **legais especiais** (que poden desprazar as mencionadas regras xerais). O **art. 129.4 LPAC** establece unha reserva legal de lei para a atribución do desenvolvemento regulamentario directo dunha lei a un ministro ou cargo subordinado. Esta regra só rexe para os ministros, non para os conselleiros autonómicos, dado que a STC 55/2018, FX 5, declarou inconstitucionais os incisos deste precepto que se referían a órganos do executivo autonómico. O mencionado artigo 129.4 LPAC obviamente prohíbelle ao ministro (ou cargo subordinado) o desenvolvemento directo da lei se non se conta cunha autorización legal expresa; e parece que tamén lle prohibe ao Consello de Ministros conceder esta autorización en branco por real decreto. Non se prohibe, con todo, que o real decreto do Consello de Ministros polo que se aproba o regulamento para o desenvolvemento directo dunha lei lle remita a regulación de aspectos concretos e accesorios (a regulación de detalle, conforme acaba de dicirse) ao ministro. Este precepto, como reserva legal de lei que é, desde logo, non pode vincular o lexislador estatal futuro. Non hai, en realidade, maneira de esixir que a autorización para o desenvolvemento directo polo ministro teña "carácter excepcional" e que isto se xustifique pola lei. O lexislador de hoxe non pode impoñerlle a necesidade de xustificación ao lexislador de mañá.

41. O exercicio da **potestade regulamentaria atribuída ao poder executivo das comunidades autónomas** expón cuestións paralelas ás que se destacaron con respecto á potestade regulamentaria do Estado. Faise referencia aquí, só por vía de exemplo, ao modelo da regulación desta materia na Comunidade Autónoma de Cataluña. O artigo 68.1 do Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 atribúelle ao Goberno da Generalitat o exercicio da potestade regulamentaria "consonte o presente Estatuto e as leis". Como sucede no ámbito do Estado, este precepto non impide que a lei lles atribúa o exercicio —parcial e sometido a máis ou menos cautelas— da devandita potestade a outros órganos ou cargos.

42. Conforme á Lei catalá 13/2008, do 5 de novembro, da Presidencia da Generalitat e do Goberno, precisamente ao **Goberno** correspóndelle un poder normativo regulamentario residual "en todos aqueles casos en que (este poder) non estea atribuído especificamente ao presidente ou presidenta da Generalitat ou aos conselleiros" [art. 26 e)]; o **presidente** da Generalitat pode ditar "disposicións regulamentarias naqueles supostos en que unha norma con rango de lei o autorice expresamente" (art. 39.2); e os **conselleiros** "poden ditar disposicións regulamentarias en materia de organización do departamento do que son titulares" e "con relación a outras materias, en supostos específicos, se unha norma con rango de lei ou un decreto do Goberno llelo autoriza expresamente" (art. 39.3).

6. O PODER NORMATIVO MUNICIPAL

43. O **poder normativo local**, en concreto, a facultade dos municipios de regular a través de normas coñecidas tradicionalmente como ordenanzas os asuntos propios da comunidade veciñal, está **implícito na autonomía garantida constitucionalmente** aos municipios [art. 4.1 a) LBRL; e STC 214/1989, FX 6]. A evolución recente do ámbito atribuído á regulación do poder normativo municipal, ou poder de ordenanza, podería caracterizarse case como un desfile triunfal. O seu punto de partida foi o progresivo afondamento na relación directa que debe existir entre o alto grao de lexitimidade democrática do órgano representativo do municipio (art. 140 CE) e a súa competencia de regulación autónoma dos asuntos veciñais. A imposición constitucional da elección democrática directa da representación dos veciños na corporación municipal casaría mal coa atribución ao municipio dunha potestade regulamentaria irrelevante.

44. A ordenanza municipal debe ditarse no **ámbito das competencias municipais** [art. 4.1 a) LRBL], aínda que está aínda aberta a discusión sobre cales son as competencias locais e, sobre todo, sobre se no noso dereito os municipios teñen unha competencia universal, para todos os asuntos de interese local que a lei non atribuíse a outra entidade territorial.

45. Unha interpretación literal dos artigos 7.2 e 25.2 LBRL conduce, *prima facie*, a soster que con respecto ás competencias propias dos municipios rexe un principio de "competencia de atribución": estas competencias teñen que ser expresamente atribuídas por lei estatal ou autonómica; e a regulación do artigo 25.2 LBRL limítase a identificar os sectores nos que o lexislador do Estado e o autonómico necesariamente (en realidade, "necesariamente" só para a lei autonómica, porque as bases do Estado non poden vincular a lexislación estatal posterior) han de atribuír competencias propias aos municipios (*infra* 11.25). Segundo esta tese, o art. 25.2 LBRL non contería ningunha atribución competencial directa aos municipios (VELASCO, 2009: 2016). Sería un precepto dirixido aos lexisladores do Estado (nos termos aos que se acaba de facer referencia) e da comunidade autónoma. Esta tese foi aceptada expresamente pola STC 41/2016, FX 10 b).

46. Na miña opinión, esta forma de entender as cousas é incompatible cos principios garantidos na **Carta Europea de Autonomía Local**, do 15 de outubro de 1985, en concreto, co principio de subsidiariedade establecido no seu artigo 4.2, que converte en vinculante un esquema xeral precisamente contrario ao exposto: no "ámbito da lei", as entidades locais teñen liberdade plena para exercer a súa iniciativa en toda materia que non estea excluída da súa competencia ou atribuída a outra autoridade. Este precepto imponlles aos Estados parte, polo menos, aparentemente, a coñecida tese da competencia universal alemá (*Allzuständigkeit*). A interpretación do dereito interno conforme co Dereito internacional obriga a "corrixir" o teor literal dos mencionados preceptos da LBRL e completalo cun criterio adicional, necesario para que a regulación española sexa compatible co tratado internacional, que faga dicir á lei española que a enumeración de ámbitos materiais contida no artigo 25.2 LBRL constitúe xa "unha atribución xenérica de potestades aos concellos para intervir en todo o conxunto de materias (alí) relacionadas" (así, expresamente, STS do 22 de maio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2338, que, con este argumento, casa a sentenza impugnada que declarara a invalidez da Ordenanza municipal de Zaragoza de ecoeficiencia enerxética e utilización de enerxías renovables nos edificios e as súas instalacións).

47. Como normas regulamentarias que son, as ordenanzas están sometidas as regras propias do Estado de dereito que suxeitan os regulamentos ao **principio de legalidade** (art. 9.3 CE): primacía da lei e reserva de lei. Polo que se refire ao primeiro,

a conxunción dos principios de legalidade e de **xerarquía normativa** (art. 9.3 CE) determinan, sen dúbida, que exista unha relación de supraordenación xerárquica da lei estatal ou autonómica con respecto ás ordenanzas municipais. A xerarquía da lei non admite matices. Cuestión distinta é que, por mandato constitucional, a lei lles deba de deixar un espazo de propia regulación ás normas locais. E que só alí onde respecte ese ámbito de autorregulación será válida a lei; e, como tal, xerarquicamente superior ás normas locais. Pero, a falta dun criterio constitucional expreso que regule as relacións entre o regulamento estatal ou autonómico e a ordenanza local, será a lei, con carácter xeral ou sectorial, quen determine as relacións entre regulamentos (estatais ou autonómicos) e normas locais.

48. Pódese aceptar que **é función da lei estatal ou autonómica** (cada unha no ámbito das súas competencias) **regular as relacións entre os regulamentos do Estado ou da comunidade autónoma**, por unha banda, **e as ordenanzas municipais**, por outra, de forma respectuosa coa autonomía municipal (art. 137 e 140 CE) e co alto grao de lexitimidade democrática daquelas.

49. A lei autonómica pode, por exemplo, conforme un esquema propio do **principio de competencia** (repartición de materias entre suxeitos distintos) e non de xerarquía, identificar concretamente o ámbito regulatorio que queda reservado á ordenanza municipal e que, por iso, non pode ser regulado polo regulamento autonómico, cunha exclusión *ab initio* da *concorrencia* regulativa que caracteriza a ordenación das normas conforme ao principio de xerarquía. Este parece ser o modelo, por exemplo, con respecto ás ordenanzas de protección contra ruídos producidos por actividades domésticas ou veciños, do artigo 69.2 a) da Lei andaluza 7/2007, do 9 de xullo, de xestión integrada da calidade ambiental; e do art. 2 b) do Decreto andaluz, do 17 de xaneiro, polo que se aproba o regulamento de protección contra a contaminación acústica.

50. Pero tamén é posible que a lei autonómica prevexa a **concorrencia regulativa** do regulamento autonómico e a ordenanza, pero utilice a técnica da **supletoriedade** e o **desprazamento**: o regulamento contén unha regulación **supletoria** que queda desprazada cando o municipio regula a materia por ordenanza. Por exemplo, o artigo 7.2 da Lei aragonesa 7/2010, do 18 de novembro, de protección contra a contaminación acústica, regula a súa propia supletoriedade e o seu desprazamento por ordenanzas que establezan estándares máis esixentes de protección contra o ruído. Un esquema semellante obsérvase na disposición transitoria primeira do Decreto do País Vasco 213/2012, do 16 de outubro, de contaminación acústica.

51. Polo que se refire á **reserva de lei**, aquí atópase, quizais, o éxito recente máis rotundo da ordenanza. No ámbito do poder normativo municipal, a xurisprudencia constitucional admitiu que a tensión existente entre esa regra do Estado de dereito (reserva de lei) e as esixencias do principio democrático [con carácter xeral, as ordenanzas municipais apróbanse por un órgano —o Pleno do Concello— con lexitimidade democrática directa; art. 22.2 d) LBRL] se solucione cunha flexibilización da reserva de lei, por exemplo, en materia tributaria (STC 233/1999, do 16 de decembro, FFXX 10 e 18) e en materia sancionadora (art. 25.1 CE) (STC 132/2001, do 8 de xuño, FX 6), flexibilización que recorta o espazo do que necesariamente debe ser regulado por lei e amplía o do que se pode regular por ordenanza.

52. Os argumentos do Tribunal Constitucional —antes ou despois— poderían xeneralizarse para outros dereitos fundamentais, distintos do recoñecido no artigo 25.1 CE. Por iso, chegouse a soster con bos argumentos que, sempre que a lei identifique, polo menos, o interese público de competencia municipal que o lexislador permite que entre en conflito e sirva de límite a un dereito fundamental (pro-

piedade, liberdade de empresa etc.), seralle posible ao poder de ordenanza **ponderar** para decidir sobre a prevalencia dos principios en conflito (o dereito fundamental ou o interese público) para resolver "axustes singulares", isto é, **"conflitos concretos que se teñen que solucionar a nivel local"** entre dereitos fundamentais e intereses públicos que deban ser garantidos polos municipios (ORTEGA, 2014: 193-219). En contra desta tese, con todo, a STS do 14 de febreiro de 2013, ECLI:ES:TS:2013:693, anulou a prohibición por ordenanza do Concello de Lleida do acceso con veo integral a diversas instalacións municipais.

7. O COSTUME NO DEREITO ADMINISTRATIVO

53. Se "escuridade" e "desorientación" son termos cos que se presentou, en ocasións, o primeiro achegamento ao costume no ámbito do Dereito civil (DE CASTRO, 1949: 363), hai motivos para pensar que conceptos máis rotundos son apropiados para describir a cuestión no campo do Dereito administrativo. En efecto, se se acepta que por costume se entende un conxunto de regras que teñen a súa orixe, precisamente (e por definición), **fóra do Estado, na sociedade**, cuestións como o valor vinculante ou non do precedente [a decisión anterior dun órgano (estatal) administrativo con respecto a un caso análogo posterior] e da xurisprudencia (a decisión anterior dun órgano —estatal— xudicial con respecto a un caso análogo posterior) caen, polo momento, fóra do tratamento do costume en sentido propio.

54. E o problema exponse entón directamente coa pregunta: é posible aceptar que, en defecto de lei escrita, a Administración deba decidir aténdose a regras creadas non polo Estado, senón polas forzas sociais (os comerciantes dunha comarca ou os cabezas de familia dun pobo)? Ou, dito doutra maneira: **rexe o artigo 1.3 CC para o Dereito administrativo?** A resposta positiva non é ningunha evidencia. Noutras ramas do dereito, como o Dereito penal, por exemplo, unha sinxela argumentación con apoio no principio de legalidade (art. 25.1 CE) fai obvia a resposta negativa. O contexto da regulación constitucional da actuación administrativa tamén parece suxerir a resposta negativa para o Dereito administrativo.

55. A reserva de lei no ámbito do Dereito administrativo expresa o mínimo de regulación xurídica que impón a Constitución para cada ámbito de actuación administrativa. Cuberta a reserva de lei e en ausencia de máis lei (ou regulamento) escrita (tras a procura de principios aplicables, se os hai —como se explicará despois—), a Constitución non ten reparo en aceptar que **a Administración decida discrecionalmente** construíndo a súa "norma de conduta" con criterios (xa non xurídicos, senón) de oportunidade (técnicos, de eficiencia, políticos, ou os propios usos tradicionais, por que non?). Actuar discrecionalmente significa exercer o poder de elixir os criterios directivos da actuación, nunca decidir sen criterios (BACIGALUPO, 1997: 188 e ss.) (*supra* § 5.58). Eses criterios de oportunidade poderán vir dados polos órganos de dirección política (con maior lexitimidade democrática que a da Administración) e do seu uso poderase render contas tamén por vías de control democrático.

56. Esta resposta á pregunta de que fai a Administración en ausencia de lei escrita é máis conforme coa **posición constitucional da Administración** e co **principio democrático** (art. 1.1 CE) que o sometemento da actuación administrativa

nese caso a regras creadas por grupos asimétricos de cidadáns e forzas sociais que nada teñen que ver co "pobo" en sentido propio. Tampouco é difícil caer na conta do que se gaña en termos de **seguridade xurídica** (art. 9.3 CE) para o Dereito administrativo se se despexa desta maneira o escuro problema da aplicación do incerto costume en ausencia de lei escrita reguladora da actividade administrativa.

57. Distinta da remisión xenérica ao costume como fonte subsidiaria de primeiro grao (art. 1.3 CC) é a **concreta remisión por determinadas leis a regras individualizadas** que se aplican para regular aspectos diversos das relacións sociais en que intervén a Administración. Hai nestes casos —non no anterior— unha concreta decisión do lexislador democrático sobre os criterios (consuetudinarios) que se consideran adecuados para dirixir a actuación administrativa.

58. Poden citarse como exemplos: artigo 29.3 LBRL (usos, costumes e tradicións locais relativas ao réxime do concello aberto); artigo 103.2 do Regulamento de bens das entidades locais (aprobado polo Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño) (normas consuetudinarias sobre o aproveitamento de bens comunais); artigo 19.3 e 4 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, LOPX (en relación co art. 125 CE) (Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana e Consejo de Hombres Buenos de Murcia como tribunais consuetudinarios e tradicionais); artigo 85 do Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas (organización tradicional dos xurados ou tribunais de rega); artigo 23.4 da Lei 1/1970, do 4 de abril, de caza (regulamentación de determinadas modalidades de caza conforme os usos e costumes do lugar) etc. Poden verse máis exemplos en SANTAMARÍA (1988: 341-342).

8. OS PRINCIPIOS XERAIS DO DEREITO ADMINISTRATIVO

59. O constituínte español de 1978 (que —como xa se dixo— renunciou a adoptar todas as decisións relativas ao sistema de fontes) atribuíulle a importante función de determinar cales son as fontes do Dereito (e a orde de prelación entre elas) á lei estatal —ou autonómica, alí onde existan Dereitos forais ou especiais— (art. 149.1.8 CE). Polo que se refire aos principios xerais do Dereito, desde 1974, o art. 1.1 CC dispón que "as fontes do ordenamento xurídico español son a lei, o costume e os principios xerais do Dereito"; e, segundo o artigo 1.4 CC, "os principios xerais do Dereito aplicaranse **en defecto de lei ou costume**, sen prexuízo do seu **carácter informador** do ordenamento xurídico". Os principios xerais do Dereito son —hai case tantas definicións como autores que escribiron sobre eles— o conxunto de criterios valorativos (escritos —explícitos ou implícitos nas normas positivas— ou non escritos) sobre os que se fundamenta un ordenamento xurídico ou cada unha das súas partes.

60. Só os principios non escritos son fonte subsidiaria do Dereito. Na primeira parte do artigo 1.4 CC os principios xerais son fonte do Dereito subsidiaria: norma non escrita que se aplica se, para que a Administración decida sobre un caso, non hai lei (norma escrita) aplicable. Neste precepto, polo tanto, a distinción clave é a que separa a norma escrita da non escrita; e pártese da base de que os principios que se aplican co carácter de fonte subsidiaria son os non escritos.

61. Os **principios positivizados** ocupan, con todo, **o lugar da norma en que estean contidos**. Existen principios xurídicos positivizados (recolleitos en normas escritas), tanto na lei (por exemplo, art. 3.1 e) LRXSP: principios de boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional, como normas vinculantes para a Administración), como na Constitución (por exemplo, os principios do artigo 9.3 CE: seguridade xurídica, interdición da arbitrariedade etc.). Eses principios contidos na lei ou na Constitución xa non son normas subsidiarias, son "lei" no sentido do artigo 1.1 CC: normas escritas de aplicación directa primaria, que ocupan nas fontes do Dereito, precisamente, o lugar que lle corresponde á lei ou á Constitución nas que están expresados.

62. Por exemplo, o principio de interdición da arbitrariedade (art. 9.3 CE), con axuda do cal se levou a cabo a parte máis importante do control xudicial da discrecionalidade da Administración, non é fonte subsidiaria, senón que é "lei" directa e primariamente aplicable, no sentido do artigo 1.1 CC.

63. Coa expresión **"carácter informador"** da segunda parte do artigo 1.4 CC faise referencia á función dos principios de constituír o fundamento de todo o sistema xurídico (ou dalgún dos seus subsistemas) e de conter, en consecuencia, directivas vinculantes para a interpretación das normas escritas. Esa función fundamentadora de todo o ordenamento xurídico e de proporcionar pautas de interpretación corresponde —aínda que en formas, posiblemente, distintas— tanto aos principios non escritos (da primeira parte do art. 1.4 CC), como aos escritos (por exemplo, os principios constitucionais do art. 5.1 LOPX). En virtude desa función dos principios pode falarse dun "sistema de Dereito administrativo" (*supra* § 2.50).

64. Dicir do ordenamento xurídico, en xeral, ou do ordenamento xurídico–administrativo, en particular, que constitúen un **sistema** significa chamar a atención sobre dúas características deses conxuntos normativos: **a orde e a unidade**. A idea de orde refírese a unha coherencia valorativa interna racionalmente verificable no conxunto das normas particulares do sistema; e a de unidade a que as múltiples partes individuais han de poder reconducirse a uns cantos principios "informadores" relevantes.

65. É prioritariamente a **función informadora** dos principios xerais do dereito a causa desa orde e desa unidade (CANARIS, 1998: 20-26). A función que lle corresponde ao xurista teórico na construción da súa parcela do dereito consiste, en boa medida, en mostrar as conexións de sentido existentes entre regulacións positivas parciais ao redor das ideas valorativas contidas nos principios xerais que "informan" a súa disciplina; e en mostrar, tamén, a conexión existente entre uns principios "máis xerais" con outros que se derivan deles. Por exemplo, a protección da confianza é un subprincipio do máis xeral de seguridade xurídica; da mesma maneira que a seguridade xurídica se deriva do principio do Estado de dereito (art. 1.1 CE e 2 TUE). Os principios, como criterios informadores, son fonte da unidade interna do ordenamento.

66. Os principios xerais do Dereito administrativo utilizáronse para interpretar o artigo 103.1 CE, que somete a actuación administrativa plenamente "á lei e ao dereito". Aceptar para os principios xerais do dereito o cumprimento das tres funcións ás que acaba de aludirse (fundamentos do ordenamento xurídico, directivas orientadoras do labor interpretativo e fonte en caso de insuficiencia da lei) (DE CASTRO, 1949: 427-429) significa tamén aceptar que o ordenamento xurídico é algo máis que

a mera xustaposición do conxunto de preceptos contidos na lei escrita; que hai algo que fai distintos "a lei", sen máis, e "o dereito", que ten máis contido que o sumatorio daquela. Iso que fai do dereito un círculo normativo máis amplo que o delimitado pola lei positiva son os principios xerais do dereito. Constitúe opinión xeneralizada que esta concepción do ordenamento xurídico administrativo, segundo a cal **o sistema normativo** que rexe a actuación da Administración non se contén só nos preceptos da lei, senón que estes se integran cos **principios, para dar lugar ao dereito** que vincula a actividade administrativa, constitucionalizouse —seguindo o modelo do artigo 20.3 da Lei fundamental de Bonn— no artigo 103.1 CE: a Administración actúa "con sometemento pleno á lei e ao dereito".

9. O PRECEDENTE ADMINISTRATIVO E A XURISPRUDENCIA

67. Se a adopción dunha decisión administrativa en aplicación dunha norma xurídica se explica como o resultado dun proceso de progresiva concreción do texto inicial desa norma aplicable ata referilo optimamente ao caso sobre o que se debe decidir, é fácil caer na conta de que o que se coñece como **"precedente"** no ámbito do Dereito administrativo consiste en volver utilizar, para adoptar unha decisión agora, o **criterio determinante que xa concretou a norma** para facela aplicable a un caso no pasado, caso que debe ser igual no relevante a aquel sobre o que hai que decidir no presente.

68. Pode poñerse o exemplo da aplicación pola Axencia Nacional de Avaliación da Calidade e Acreditación da norma que dispón que para recibir a acreditación como profesor contratado doutor se require que quen a solicite conte, entre outras cualificacións, con **"suficientes méritos de investigación"**. A unha solicitante da devandita acreditación xa se lle aplicou o criterio de que **oito artigos publicados en revistas de prestixio** son "suficientes méritos" dese tipo. O criterio de concreción da norma que xa foi utilizado pode ser considerado "precedente" para decisións futuras en casos semellantes no relevante.

69. Non fai falta xustificar con detemento que a utilización dos mesmos criterios cos que se concretou unha norma no pasado para decidir sobre casos semellantes **facilita o traballo** da Administración e outórgalle á decisión presente a **lexitimidade** que procede do sinxelo argumento de que "xa se decidiu así noutra ocasión", o que se sitúa a medio camiño entre o argumento de autoridade e o de que casos iguais deben resolverse cos mesmos criterios, porque a clave da corrección dun criterio decisorio é a súa **universabilidade** (DÍEZ, 2008: 337-339).

70. Un criterio de concreción da norma aplicable pola Administración pode ser utilizado pola **propia Administración** en decisións anteriores ou por un **órgano xudicial** ao resolver algún conflito. Exponse, por iso, a necesidade de distinguir entre o precedente administrativo e o precedente xudicial.

71. Empecemos coa relación entre o **precedente xudicial** e a actuación administrativa. A cuestión relativa á validez da decisión administrativa que se separa dun precedente xudicial pode abordarse ao redor do debate sobre a seguinte pregunta:

está vinculada a Administración cos criterios de concreción das normas dos órganos xudiciais que coñecen dos recursos contra a actuación administrativa?

72. En balde búscase unha resposta clara a esta cuestión na Constitución. Nela establécese que debe existir un control xudicial da actividade administrativa (art. 106.1 CE), pero nada se di sobre a **vinculación da Administración ao dereito xudicial** (aos criterios de concreción do dereito utilizados polos órganos xudiciais nas resolucións que ditan ao controlar aquela actividade). Os órganos xudiciais exercen a potestade xurisdicional, xulgando e facendo executar o xulgado (art. 117.3 CE). As partes do proceso quedan vinculadas ao xulgado pola forza da intanxibilidade das resolucións xudiciais firmes, que é unha vertente do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, STC 200/2003, FX 2). Pero o xuíz é na Constitución un órgano aplicador de normas (como o é a Administración) e non creador de dereito.

73. Con todo, tamén se debe de ter en conta —como xa se expuxo— que a Administración está sometida non só á lei, senón tamén "ao dereito" (art. 103.1 CE). Pero a cuestión volve ser, entón, a mesma: **son Dereito para a Constitución os criterios cos que os órganos xudiciais concretan as normas que aplican?** A resposta, en realidade, non hai que buscala na Constitución, que, como *norma normarum*, é certo que regula boa parte do sistema de fontes, pero non todo o que se refire ao sistema de fontes.

74. De concretos preceptos legais pode deducirse que o lexislador quixo que os criterios de concreción das normas do ordenamento xurídico establecidos en sentenzas ditadas por un concreto procedemento (o da **casación contencioso–administrativa**) e por determinados órganos (o **Tribunal Supremo**, en termos xerais, para o Dereito da Unión Europea e do Estado; e as salas do Contencioso–Administrativo dos **tribunais superiores de xustiza**, en xeral, para o dereito autonómico e local) sexan tidos por **dereito vinculante** para a Administración cando esta ha de decidir sobre casos aos que eses criterios que concretan a norma sexan aplicables.

75. Os artigos 1.6 CC (a **xurisprudencia** do Tribunal Supremo complementa o ordenamento xurídico), e 87 bis.2 e 88.1 LXCA (a infracción dun criterio fixado pola xurisprudencia determina a nulidade dunha sentenza) explícanse correctamente se se entende que **os criterios fixados pola vía do recurso de casación** para concretar o dereito son *dereito* (no sentido do art. 103.1 CE) e, como tal, tamén vinculan á Administración (SANTIAGO, 2021: 141 e ss.).

76. Polo que incumbe aos demais órganos xudiciais da xurisdición contencioso–administrativa, en ocasións sostívose que a independencia xudicial, garantida polo artigo 117.1 CE, é contraria a que os órganos xudiciais inferiores queden vinculados pola xurisprudencia dos superiores. Con todo, parece máis adecuado soster que a lei (o art. 1.6 CC e os preceptos reguladores do recurso de casación na LXCA) pode converter en vinculantes para os órganos xudiciais inferiores os criterios cos que o Tribunal Supremo concreta unha norma e facer así desaparecer a marxe de indeterminación do texto legal, sen que iso supoña ningún atentado contra a **independencia xudicial (art. 117.1 CE)**. A independencia xudicial non é un *prius* con respecto ao ordenamento xurídico, senón ao contrario: o *prius* é o ordenamento xurídico e, despois, vén a independencia xudicial. O ordenamento xurídico non ten que retraerse para deixarlle espazo á independencia xudicial, senón que a independencia xudicial empeza onde acaba o ordenamento xurídico.

77. Con todo, non se pode falar de xurisprudencia vinculante en relación co criterio que adopte un órgano xudicial en **calquera outro recurso distinto do de casación**. A Administración non está vinculada a utilizar ese criterio xudicial de concreción da norma aplicable no caso B, aínda que no caso A (anterior e semellante ao caso B) fose estimado o recurso xudicial que se interpuxo contra a decisión administrativa con fundamento, especificamente, na incorrección do criterio co que a Administración concretou a norma.

78. Con todo, cabería dicir que do **principio de seguridade xurídica** (art. 9.3 CE) pode derivarse unha directiva que obriga a Administración para actuar dunha forma tal que evite a estimación de recursos contra as súas decisións (e os prexuízos que, precisamente, esa estimación ten para a estabilidade das situacións xurídicas declaradas por acto administrativo). Só nesta medida pode afirmarse que o órgano administrativo ha de seguir o criterio fundado do órgano xudicial competente para controlar as súas decisións, o que é especialmente relevante no suposto dos "procesos en masa" (cadeas de asuntos semellantes ou idénticos en materia sancionadora, tributaria, de persoal etc.).

79. Débese agora dirixir a atención ao **precedente administrativo**. O criterio co que a Administración concretou a norma no caso anterior A non vincula directamente a Administración ao adoptar a decisión no caso B, posterior e semellante. Pero o eventual cambio de criterio pode indirectamente determinar a invalidez da decisión do caso B a través da súa integración no suposto de feito de certas normas de control utilizadas polos órganos xudiciais para revisar este tipo de comportamento da Administración: se **non se motiva** suficientemente a separación do criterio seguido en actuacións precedentes [art. 35.1 c) LPAC]; ou se concorren os requisitos para considerar que o cambio de criterio vulnera o **principio de igualdade** na aplicación da lei (art. 14 CE), a **interdición da arbitrariedade** (art. 9.3 CE) ou a **protección da confianza lexítima** (principio derivado da seguridade xurídica, art. 9.3 CE) (DÍEZ, 2008: 244 e ss.).

80. Con perfís moi difusos preséntase tradicionalmente o requisito da **reiteración** do precedente administrativo para que se desencadee ese efecto vinculante, aínda que flexible e indirecto. Se o que o ordenamento pretende protexer como principio de fondo é a seguridade xurídica ou a confianza lexítima, pode explicarse que se requira unha reiteración que é a que xera a expectativa de que se vai seguir decidindo co criterio co que se decidiu habitualmente. Se o valor ao que se pretende servir, con todo, é o da igualdade na aplicación da lei, non ten sentido esixir a reiteración: a Administración xa vulnera a igualdade cando —en concorrencia tamén con outros requisitos— trata de forma desigual a dous suxeitos, sen máis; non é necesario que o último se compare cun 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 2.ª 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, 2.ª 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*, 9.ª 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*, 2.ª 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*, 2.ª 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.