

## **FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

El Derecho Administrativo es la parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración Pública.

El ordenamiento no es un agregado de normas; la norma lo es precisamente por su inserción en un ordenamiento concreto, para lo cual ha tenido que ser cualificada previamente como fuentes del derecho.

El problema de las fuentes del derecho se plantea en derecho administrativo de manera similar a la de otras disciplinas jurídicas.

Por ello, para referirnos a esta problemática debemos remitirnos a la Teoría General del Derecho, a la parte general de Derecho Civil y sobre todo al Derecho Constitucional, porque en los ordenamientos modernos la normación sobre fuentes es única y está regulada por completo por normas estatales.

No obstante lo anterior, el tema de las fuentes del derecho tiene en Derecho Administrativo una importancia muy superior a la que tiene en otras disciplinas jurídicas.

\*La primera razón estriba en que la Administración no es únicamente un destinatario obligado por las normas jurídicas, sino que además es un sujeto creador de tales normas.

Esto se manifiesta por tres circunstancias:

- 1.- Por la participación de la Administración en la función legislativa del Parlamento mediante la elaboración de los proyectos de ley, remisión de los mismos al legislativo y la retirada de los mismos, en su caso.
- 2.- Por la participación directa del Gobierno en la propia función legislativa elaborando normas con valor de ley (decretos-leyes y decretos legislativos).
- 3.- Mediante la elaboración de los reglamentos, que si bien cualitativamente, tienen valor inferior a la ley, cuantitativamente, constituyen el sector más importante del ordenamiento.

\*Como segunda especialidad, debe destacarse el distinto valor que en Derecho Administrativo tienen las normas no escritas (costumbre y principios generales del derecho).

## CLASES DE FUENTES

Viene siendo tradicional su regulación en el artículo 1º del Código Civil, cuyo contenido, tras la reforma del Título preliminar de 1973-74, es el siguiente:

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.
3. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.
4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.
6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

*(Redactado por el D. 1836/1.974, de 31 de mayo (B.O.E. del 9 de julio), por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil).*

Esta clasificación de las fuentes en ley, costumbre y principios generales del derecho no se corresponde con la realidad del ordenamiento actual ( Ej. los reglamentos no se citan). Debemos entender que el término ley que emplea el Código Civil hace referencia no a su concepto formal (normas con rango de ley) sino al material (normas escritas, cualquiera que sea el órgano del que emanen).

Por otra parte, la citada regulación de las fuentes del derecho debe estar subordinada a las normas constitucionales. El actual sistema de fuentes es mucho más complejo que cuando se redactó el Código Civil en base a lo siguiente:

- El valor de la Constitución como norma jurídica.
- La aparición de las leyes orgánicas.

- El reconocimiento de las Comunidades Autónomas como una nueva instancia de producción del derecho.
- La entrada de España en las Comunidades Europeas.

A todo lo anterior, debemos añadir una serie de **particularidades del Derecho Administrativo** con respecto al tratamiento de las fuentes en Derecho Civil:

**1.-** El Derecho Administrativo es un derecho “estatutario”, por dedicarse a las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo la denominación de Administración Pública.

**2.-** El Derecho Administrativo tiende a agotar la normativa de las materias que regula, que se manifiesta en:

- importancia fundamental de las normas escritas e importancia secundaria de la costumbre (norma no escrita).
- valor destacado de los principios generales del derecho.

**3.-** Las normas administrativas se caracterizan por su contingencia y variabilidad frente a la estabilidad de la actividad legislativa en otros sectores del ordenamiento.

**4.-** La Administración Pública es, además de sujeto obligado por el derecho, sujeto con potestad normativa (reglamentos).

**5.-** La Administración Pública engloba una pluralidad de entes públicos (Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, Local), constituyendo cada uno de estos entes el centro de verdaderos ordenamientos.

De todo lo expuesto resulta que no se puede arbitrar el sistema de fuentes únicamente en base al principio de jerarquía (que se estudiará posteriormente), sino que es necesario acudir también al principio de competencia.

El principio de competencia o distribución por materias implica la atribución a un órgano u ente concreto de la potestad de regular determinadas materias o de dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás, para lo cual la Constitución establece ordenamientos o sistemas jurídicos autónomos que se corresponden con la atribución de autonomía a determinadas organizaciones. Así, existen subsistemas jurídicos al margen del principio de jerarquía: los reglamentos parlamentarios propios de las Cámaras legislativas, los estatutos de los Colegios Profesionales, leyes y reglamentos de las Comunidades Autónomas, reglamentos y bandos de las Corporaciones locales.

Este principio supone una protección de las normas frente a las normas de igual o superior nivel, que no pueden modificar ni derogar aquellas, salvo si se trata de la misma norma atributiva de competencia u otra de igual naturaleza. (Ej. El reglamento del Congreso solo puede ser modificado por el Congreso o por una reforma constitucional).

## ENUMERACIÓN DE LAS FUENTES

Fuentes directas primarias, ordenadas jerárquicamente:

- La Constitución.
- Leyes orgánicas y ordinarias, y disposiciones del Gobierno con valor de ley.
- Reglamentos y disposiciones administrativas.

Fuentes directas subsidiarias:

- Costumbre
- Principios generales del derecho.

Otras fuentes:

- Tratados internacionales.

## **La Constitución**

La entrada en vigor de la Constitución plantea inmediatamente el problema de su valor normativo propio.

Según el art. 9.1 de la misma, “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución...”, lo que implica su valor normativo inmediato y directo.

Además, la disposición derogatoria 3ª declara “derogadas cuantas disposiciones se opongan a la Constitución”.

Finalmente, esta vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción. Es decir, no solo al poder legislativo, sino a todos los Jueces y Tribunales.

## **Las leyes y disposiciones del Gobierno con valor de ley**

Nuestro ordenamiento jurídico hace referencia a distintas clases de leyes, introduciendo en la Constitución, al lado de las leyes ordinarias, la figura de las leyes orgánicas.

### Leyes orgánicas

Sus notas son las siguientes (art. 81 Const.):

-En cuanto al contenido, son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (Consejo de Estado, Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Tribunal Constitucional, etc).

-Desde el punto de vista procedimental, la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

-En cuanto a su valor jerárquico, existe una posición doctrinal que defiende la superioridad de las leyes orgánicas sobre las ordinarias, y otra tesis, que mantiene que toda ley tiene el mismo rango jerárquico y que las relaciones entre ambas se rigen, no por el principio de jerarquía, sino por el de competencia o distribución por materias. Según este último criterio, la ley orgánica no puede modificar o derogar una ley orgánica, no porque su rango normativo sea inferior, sino porque la Constitución le veda el acceso a las materias que enumera el art. 81 de la Constitución.

### Leyes ordinarias

Por su parte, las leyes ordinarias son las que regulan materias no reservadas a las leyes orgánicas y deben ser aprobadas por los procedimientos parlamentarios comunes, exigiendo con carácter general mayoría simple en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

Dentro de estas podemos distinguir:

- a) Leyes de pleno y leyes de comisión, estableciendo el art. 75 de la Constitución que las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación. Quedan exceptuados

de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

- b) Leyes marco. El art. 150.1 de la Constitución dispone que las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.
- c) Leyes de armonización. Según el art. 150.3 de la Constitución, el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.
- d) Leyes de las Comunidades Autónomas. De diversos preceptos de la Constitución (arts. 149, 150, 152 y 153) resulta que las Asambleas de las Comunidades Autónomas pueden dictar disposiciones normativas con fuerza de ley.

### **Disposiciones del ejecutivo con fuerza de ley**

En nuestro ordenamiento existen normas que, siendo dictadas por órganos que carecen de potestad para dictar leyes, se les atribuye rango y fuerza de ley. Son los decretos legislativos y decretos-leyes.

#### Decretos legislativos

Tal como los define el art. 85 de la Constitución, son decretos legislativos “las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada”.

Su regulación aparece en los arts. 82 a 85 de la Const., de la que se extraen los siguientes requisitos:

- 1.- La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado.

2.- La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente.

3.- No se podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4.- No cabe la delegación en materias reservadas a leyes orgánicas.

Caben dos modalidades:

-Para la formación de textos articulados, deberá otorgarse mediante una ley de bases que delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Las leyes de bases no podrán en ningún caso: autorizar la modificación de la propia ley de bases ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

-Para la formación de textos refundidos, deberá otorgarse mediante una ley ordinaria que determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

### Decretos-leyes

Son disposiciones provisionales que se fundamentan en la urgencia de ciertas situaciones y lo inadecuado del procedimiento legislativo para atenderlas.

Así, el art. 86 de la Constitución establece que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”. (Un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad ha de ser inusual, imprevisible y no susceptible de resolución por otros procedimientos, incluido el de urgencia legislativa).

Como particularidad de su procedimiento, los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días

siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

Cabe también la posibilidad de que durante el plazo anterior, las Cortes puedan tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

### **Costumbre**

Por lo que se refiere a la costumbre, como ya se apuntó anteriormente, es una fuente de valor secundario y limitado en Derecho Administrativo (algunos autores dudan incluso de su existencia ya que estamos ante un derecho positivista, y en todo caso, sólo se admitiría la costumbre secundum legem).

Su existencia viene avalada por su invocación en algunos casos muy puntuales por la legislación administrativa (Ley de Caza, régimen de Concejo abierto, etc.) y por el valor de las prácticas y precedentes administrativos (la ley 30/92 obliga a motivar los actos que se separen del criterio establecido en actuaciones precedentes).

### **Principios generales del derecho**

Tienen una gran importancia en derecho administrativo, donde además el legislador ha ido incorporándolos en las normas positivas: buena fe, audiencia de los ciudadanos, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, prohibición de la indefensión, objetividad como regla de la actuación administrativa, continuidad del funcionamiento de los servicios públicos, etc.

### **JERARQUÍA NORMATIVA**

Según este principio, una fuente o norma prevalece sobre otra en función del rango de la autoridad o del órgano del que emanen. La ordenación vertical de las fuentes según el principio de jerarquía supone que la norma superior siempre deroga la norma inferior (fuerza activa) y la inferior es nula cuando contradice la superior (fuerza pasiva).

Tanto la Constitución como la ley 30/92 garantizan el principio de jerarquía normativa. Se refiere a la relación entre ley y reglamento (“serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución o las leyes”) y también a la relación de los propios reglamentos entre sí (“también serán nulas de pleno derecho las

disposiciones administrativas que vulneren las disposiciones administrativas de rango superior”).

El artículo 23 de la Ley 50/1997, del Gobierno, sanciona expresamente esta jerarquía de los reglamentos:

“ Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

- Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.
- Disposiciones aprobadas por Orden ministerial.

Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.

Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado”.

## **LEYES Y REGLAMENTOS**

Frente a la tradicional concepción del Derecho Civil, donde se habla de ley en una concepción plana (equivalente a norma escrita), en el Derecho Administrativo se aporta la diferenciación entre dos normas escritas: ley y reglamento.

Habiendo hecho anteriormente mención a la ley, podemos referirnos ahora al concepto de reglamento.

Así, podemos definirlo como disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración con valor subordinado a la ley.

Rasgos característicos:

1. La potestad reglamentaria necesita de justificación caso por caso para ser ejercitada, sólo se produce en los ámbitos que la ley le deja, no pudiendo contradecir los preceptos legales ni suplir a la ley allí donde ésta no se ha producido cuando es necesaria para regular alguna materia.
2. El reglamento es dictado por la Administración en el ejercicio de una competencia que le es propia, a diferencia de la legislación delegada en la que los órganos

administrativos ejercitan competencias legislativas previa delegación expresa del poder legislativo.

3. Aparece revestido de diversas formas: decretos, órdenes, disposiciones de autoridades y órganos inferiores.

Es importante analizar la distinción del reglamento con la ley:

Durante mucho tiempo se consideró al reglamento como una ley en sentido material, aplicándosele toda la teoría de la ley con la única especialidad de que no debía contradecir las leyes formales.

Tal teoría, sin embargo, no es posible porque la gran diferencia es que la ley es “expresión de la voluntad popular”, lo que no puede predicarse del reglamento, porque la Administración no es representante de la comunidad, sino una organización al servicio de los intereses generales.

¿En que se fundamenta entonces la existencia de la potestad reglamentaria ?

En tres consideraciones:

- Carácter técnico de los reglamentos, que hace que las Cámaras no sean las más idóneas para su elaboración.
- Gran movilidad de la materia reglamentaria, que exige un procedimiento rápido de elaboración poco acorde con la lentitud del proceso de elaboración de las leyes.
- Necesidad de dotar a la Administración de una esfera de discrecionalidad que le permita resolver dentro de la legalidad situaciones no previstas por el legislativo.