

Administración Especial

Grupo A2

Tema 3 (I) - (Materias Comunes)

Sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Fuentes del Derecho Administrativo. La Ley. Clases de leyes. Disposiciones del Ejecutivo con rango de Ley. El Reglamento y otras disposiciones generales.

Sumario

1. SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO.
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
2. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.
 - 2.1. CONCEPTO.
 - 2.2. POTESTAD Y DERECHO SUBJETIVO.
 - 2.3. CARACTERÍSTICAS GENERALES.
 - 2.4. ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD.
 - 2.5. CLASES.
 - 2.6. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO LOCAL.
3. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.
LÍMITES Y CONTROL: LA DESVIACIÓN DE PODER.
 - 3.1. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.
 - 3.2. LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD.
 - 3.3. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.
 - 3.4. LA DESVIACIÓN DE PODER.
4. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.
 - 4.1. INTRODUCCIÓN.
 - 4.2. PRINCIPIOS DE JERARQUÍA NORMATIVA Y COMPETENCIA.
 - 4.3. FUENTES DIRECTAS SUBSIDIARIAS.
 - 4.3.1. La Costumbre y la Práctica administrativa o precedente.
 - 4.3.2. Los Principios Generales del Derecho.
 - 4.4. FUENTES INDIRECTAS.
 - 4.4.1. La Jurisprudencia.
 - 4.4.2. La Doctrina científica.
 - 4.4.3. Los Tratados Internacionales.

Referencias Normativas:

- Constitución Española. («BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. («BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015)

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. («BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015)
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. («BOE» núm. 68, de 20 de marzo de 2007)
- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. («BOJA» núm. 215, de 31 de octubre de 2007) («BOE» núm. 276, de 17 de noviembre de 2007)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. («BOE» núm. 80, de 03 de abril de 1985)
- Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas. («BOE» núm. 96, de 22 de abril de 1999)
- Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. («BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 1982)
- Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. («BOE» núm. 84, de 7 de abril de 1988)
- Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía. («BOJA» núm. 24, de 22 de marzo de 1988) («BOE» núm. 83, de 6 de abril de 1988)
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. («BOE» núm. 167, de 14 de julio de 1998)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889)
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. («BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985)

1. SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El artículo 1 de la Constitución establece que España se constituye en un Estado caracterizado por tres notas principales: social, democrático y de Derecho.

Así, España se va a constituir en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Para hablar de Estado de Derecho, antes tenemos que referirnos a la configuración de la Ley como expresión de la voluntad popular, de forma que el respeto a la ley es el respeto a la voluntad que manifiesta el pueblo, como proyección del Estado democrático.

El principio de legalidad es, por tanto, una clara manifestación de nuestro Estado de Derecho.

Este principio de legalidad informa todo el texto constitucional y, por ende, todo nuestro ordenamiento jurídico. Desde su Preámbulo, que proclama la voluntad de la Nación Española “de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, a sus distintos artículos y al resto del ordenamiento jurídico.

Nuestra Constitución ha desarrollado este principio de legalidad en:

- El artículo 9.1 y 9.3: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.
- El respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social, al cual se refiere el artículo 10.
- El artículo 97 recuerda al Gobierno que debe ejercer sus funciones de acuerdo con la Constitución y las leyes.
- Principio de legalidad en la Administración Pública al que se refiere el artículo 103.1: la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- El artículo 106.1, el cual prevé que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

La sumisión a la Ley de la actividad administrativa supone, en palabras de Garrido Falla, de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho.

Por otra parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público destaca este principio en el artículo 3.1 reproduciendo íntegramente el artículo 103.1 CE al que hemos hecho referencia y en el artículo 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al determinar que “El contenido de los actos **se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico...**”

El principio de legalidad se ve garantizado además, como ya veníamos señalando, por el papel de los Tribunales, de un Poder Judicial independiente que controla el acatamiento a la Ley de los poderes públicos. Concretamente, el **artículo 106.1 CE** señala que “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

En cuanto a la Administración Local, el art. 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, viene a proclamar la exigencia de este principio de legalidad pero ahora referido a Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales y demás Entidades Locales.

Así, las Entidades locales sirven con objetividad los intereses públicos que les están encomendados y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Nótese, la ausencia del principio de jerarquía, que en el ámbito local no opera, como veremos más adelante en el temario.

Además, insiste en que los Tribunales ejercen el control de legalidad de los acuerdos y actos de las Entidades locales.

El principio de legalidad significa además:

- Que no sólo la Administración Pública sino todos los poderes públicos, en su más amplio sentido, están sujetos a la Ley.

Que por Ley no debe entenderse sólo la emanada del Parlamento, sino también y por supuesto la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, las normas del Gobierno con rango de Ley (Decretos-leyes y Decretos Legislativos), los Tratados y Convenios Internacionales, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, e igualmente los Reglamentos o normas dictadas por la propia Administración, y todo ello en el marco del Estado autonómico y en el ámbito de las respectivas competencias.

2. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.

2.1. CONCEPTO.

Las potestades administrativas pueden definirse, en términos generales, como las prerrogativas que corresponden a la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines, y que le permiten ejercer sus funciones desde una posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción, general o especial, de los administrados a los actos que la Administración dicta en ejercicio de estas potestades y que tienen por objeto la satisfacción de los intereses generales.

El Tribunal Supremo define la potestad como una expresión de supremacía administrativa por razón del interés general.

2.2. POTESTAD Y DERECHO SUBJETIVO.

El concepto de potestad se delimita a través de su comparación con el derecho subjetivo dado que ambas figuras constituyen poderes jurídicos en tanto que son facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico a determinados sujetos. A partir de este núcleo común, todas las demás notas son diferenciales entre la potestad y el derecho subjetivo. Así:

- La potestad tiene su origen siempre en una norma jurídica.
 - El derecho subjetivo emana normalmente de una relación jurídica concreta (por ejemplo, un contrato), aunque también puede ser otorgado directamente por una norma (por ejemplo, los Derechos Fundamentales) e incluso creado por el ejercicio de una potestad.
- La potestad posee un objeto genérico no determinado a priori, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos (por ejemplo, la potestad de expropiar los bienes de cualesquiera particulares).
 - El derecho subjetivo, en cambio, posee un objetivo específico, concreto y determinado, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente específica y concreta que es exigible a uno o varios sujetos pasivos (por ejemplo, el pago del precio por el comprador de la cosa).
- Frente a la potestad existe una mera situación de sujeción, esto es, un deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica el ejercicio legítimo de la potestad; de la potestad no emanan, obligaciones concretas, sino que estas sólo nacerán como consecuencia del ejercicio de la misma y de las relaciones jurídicas que dicho ejercicio establezca.
 - Frente al derecho subjetivo, en cambio, existe siempre una obligación o deber de comportamiento (activo u omisivo) que incumbe a un sujeto.
- La potestad es un poder cuyo beneficiario es una persona distinta a su titular, y que se confiere a éste para la protección de los intereses de terceros.
 - El derecho subjetivo, en cambio, consiste en una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés de su propio titular; por ello mismo, su contenido es libremente modificable por el titular, e incluso renunciabile.
- La potestad, como consecuencia de su origen legal y no negocial, es inalienable, intransmisible e irrenunciabile. Justamente porque son indisponibles por el sujeto, el titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no pueden transferirla.
 - El derecho subjetivo, por el contrario, es por naturaleza, renunciabile y transmisible, salvo los de carácter personalísimo.

2.3. CARACTERÍSTICAS GENERALES.

Las potestades administrativas no pueden ser examinadas si no se parte del acatamiento y de la vigencia del principio de legalidad al que nos hemos referido anteriormente.

Las potestades administrativas presentan las siguientes características generales:

- **Necesaria previsión normativa.** La potestad normativa no existe sin regulación previa, por razón del principio de legalidad.

- **Generalidad y abstracción.** La potestad administrativa no tiene origen en una relación jurídica concreta, sino que procede directamente del ordenamiento jurídico. Asimismo, no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de desarrollar actuaciones gubernativas productoras de efectos jurídicos.

- **Ausencia,** al menos inicial, de una posición concreta de sujeto obligado a su cumplimiento.

- **Vinculación plena al interés público** de la Administración.

- **Obligatoriedad de ejercicio.** Las potestades administrativas son de ejercicio imperativo para la Administración titular de las mismas que no sólo puede, sino que debe ejercerlas, en tanto no concurra prescripción o caducidad del plazo para hacerlas efectivas en un caso concreto.

- **Carácter indisponible e irrenunciable.** Las exigencias del interés público que justifican la potestad administrativa implican que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados.

- **Intransmisibilidad.** La Administración Pública titular de la potestad no puede enajenar o transmitir la misma, sin perjuicio de poder emplear técnicas de alteración del ejercicio de la competencia para ejercerla.

- **Territorialidad.** Como consecuencia de su vinculación al ejercicio del poder público, las potestades administrativas sólo se pueden ejercer en el territorio propio de la Administración titular sea nacional, autonómica o local, a partir de hechos jurídicos producidos en dicho territorio o sobre sujetos vinculados o que tengan cierta conexión con el mismo.

- **Carácter fiduciario,** en la medida en que no hay identidad necesaria entre el titular de la potestad (siempre una Administración Pública) y el beneficiario último de las consecuencias de su ejercicio, que puede ser un particular.

- **Inmodificabilidad** por parte de la Administración Pública titular. Para alterar los términos de la potestad administrativa no basta la voluntad de los sujetos implicados en su ejercicio, sino que es necesaria la alteración normativa previa y genérica.

- **Objetividad,** en el sentido, expresado por el Tribunal Supremo, de que la potestad no se ejerce para satisfacer una finalidad o intención subjetiva del titular del órgano que la actúa, sino el fin público al que atiende.

2.4. ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD.

La atribución de potestades a la Administración tiene que ser:

- **Expresa y explícita.** Requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar.
- **Específica.** Todo poder atribuido por la Ley, ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados o totales dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho.
- **Tasada.** En su extensión y contenido. No pueden ser ilimitadas, incondicionales o absolutas.

2.5. CLASES.

Como cualquier otro concepto jurídico complejo, las potestades administrativas son susceptibles de diversas clasificaciones. Podemos distinguir las siguientes clases:

▶ **Potestad reglamentaria.** Consiste en el poder de dictar Reglamentos. El artículo 97 CE se refiere a ella cuando dice que el Gobierno ejerce “la potestad reglamentaria” de acuerdo con la Constitución y las leyes.

▶ **Potestad imperativa o de mando.** Es la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento.

▶ **Potestad ejecutiva.** Es la facultad de la Administración encaminada a la realización práctica de los fines administrativos.

El artículo 97 CE se refiere a ella cuando dice que el Gobierno ejerce “la función ejecutiva” de acuerdo con la Constitución y las leyes.

▶ **Potestad sancionadora.** Esta facultad se divide en disciplinaria y correctiva:

- Es disciplinaria la facultad de imponer sanciones a los funcionarios responsables de faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos. Tiene carácter interno.
- Es correctiva la facultad de imponer correcciones a los administrados o ciudadanos por los actos contrarios a lo ordenado por la Administración. Tiene carácter externo.

▶ **Potestad jurisdiccional.** Es la facultad de la Administración de decidir en un caso concreto lo que es Derecho según la legislación establecida. Esta potestad jurisdiccional no tiene el alcance de la potestad jurisdiccional ejercida por los Tribunales.

▶ **Potestades regladas y discrecionales.** Por su vinculación previa con la norma.

- Son potestades regladas aquellas en las que el margen de decisión entre opciones posibles, admitidas jurídicamente, es inexistente, de forma que el órgano competente ha de aplicar la única opción aceptable en Derecho.

- Son potestades discrecionales las que permiten al órgano competente la elección entre diversas opciones, todas admisibles en lo jurídico, siempre que no se incurra en arbitrariedad y en el bien entendido de que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquélla se fundamente.

2.6. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO LOCAL.

Especial mención merece la regulación que lleva a cabo la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuyo artículo 4 prevé que:

En su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

- a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.
- b) Las potestades tributaria y financiera.
- c) La potestad de programación o planificación.
- d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.
- f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.
- g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.
- h) Las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

Lo dispuesto en el número precedente podrá ser de aplicación a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal y, asimismo, a las comarcas, áreas metropolitanas y demás entidades locales, debiendo las leyes de las comunidades autónomas concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación, excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente.

Corresponden a las mancomunidades de municipios, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades señaladas en el apartado 1 de este artículo que determinen sus Estatutos. En defecto de previsión estatutaria, les corresponderán todas las potestades enumeradas en dicho apartado, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades, en ambos casos.

3. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN, LÍMITES Y CONTROL: LA DESVIACIÓN DE PODER.

3.1. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Para determinar con precisión el ámbito de libertad que comporta la discrecionalidad, resulta fundamental distinguir ésta del supuesto de aplicación de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”.

Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados:

- Los conceptos determinados, delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca.

- Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.

La Ley utiliza conceptos tales como *experiencia*, *incapacidad*, *buena fe*, *justo precio*, etc., porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa.

Lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso.

Las diferencias con la discrecionalidad son:

- Los conceptos jurídicos indeterminados sólo presentan una unidad de solución justa en cada caso. El ejercicio de la potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas.

- La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas y la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

- En el supuesto de concepto indeterminado, es posible que el Juez revise la apreciación del concepto realizado por la Administración desde su función aplicativa de la Ley. En cambio, el Juez no puede fiscalizar la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa, es necesariamente justa.

Sobre esta base se observa que una buena parte de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las leyes, no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados.

3.2. LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD.

Como hemos visto anteriormente, la actividad discrecional de la Administración es aquella en que la Administración conserva una esfera de actividad dentro del ordenamiento jurídico en la que tiene libertad de elección, una facultad de estimación “subjetiva” de lo que considera más justo o más concerniente para el interés público.

Debemos entender que esta estimación subjetiva no es extralegal, sino expresamente prevista en la Ley que así ha configurado la potestad administrativa (discrecional) y así la ha atribuido a la Administración Pública.

La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable. Hay por ello potestades que en sí mismas son y no pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así la potestad reglamentaria, la potestad organizativa o las potestades directivas de la economía o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas.

La discrecionalidad no está al margen de la Ley, sino que existe en virtud de la Ley en la medida prevista por la misma.

Pero dicha libertad de actuación no es absoluta, ni prevalecerá el juicio subjetivo de la Administración en todo caso. De ahí que se deben establecer unos límites a esa actividad discrecional.

El Preámbulo de la derogada Ley Jurisdiccional de 1956, señalaba que “La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque..., la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto”.

En toda potestad discrecional son cuatro, como mínimo, los elementos reglados:

1. La **existencia** misma de la potestad.
2. Su **extensión** que nunca podrá ser absoluta.
3. La **competencia** para ejecutarla.
4. El **fin**, que tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.

Con estos límites, el ejercicio de la potestad discrecional siempre será una composición de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración Pública.

3.3. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.

En España, el control de la discrecionalidad administrativa se inició con la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

El control de la discrecionalidad está estrechamente ligado al problema de sus límites, ya que las técnicas de control se limitan a constatar que se han sobrepasado esos límites.

Siguiendo al profesor García de Enterría, las técnicas de control del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración pueden sintetizarse de la siguiente forma:

▣ **Sobre los elementos reglados del acto discrecional.**

Permite un control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional.

En todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, fondo parcialmente reglado, etc.).

La discrecionalidad, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución.

▣ **El control de hechos determinantes.**

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata.

Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de una vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una.

La valoración de la realidad podrá, acaso, ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional.

Consecuentemente, la existencia y características de los hechos determinantes escapan a toda discrecionalidad y el control de aquellos hechos queda en cualquier caso remitido a lo que resulte de la prueba que pueda practicarse en el proceso correspondiente.

▣ **El control de los principios generales del Derecho.**

Los principios generales del Derecho ofrecen una última posibilidad de control de la discrecionalidad. La Administración no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplísima e incontestable razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate.

No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general.

3.4. LA DESVIACIÓN DE PODER.

Como ya hemos visto, en toda potestad discrecional son cuatro, como mínimo, los elementos reglados: **existencia, extensión, competencia y fin.**

Es justamente **el control del FIN el que da lugar a la desviación de poder.**

Es una técnica introducida por el Consejo de Estado Francés a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin determinado, siempre expresa o tácitamente por la norma que atribuye la potestad para actuar.

Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de este fin, que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala en su artículo 48.1 que “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

En nuestro Derecho, esta técnica se encuentra recogida en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, definiendo la desviación de poder, al señalar que “**Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico**”.

La definición legal es bastante clara, pero debemos hacer algunas puntualizaciones:

- Para que se produzca la desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad.

- El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que está en juego por tanto, es la legalidad administrativa. El artículo 106.1 CE señala expresamente esta idea cuando encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, fines que obviamente son distintos en cada caso concreto.

En cualquier caso, es evidente que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia.

Fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto del señalado por la norma.

Consciente de esta dificultad, así como de que la exigencia de un excesivo rigor probatorio privaría totalmente de virtualidad a la técnica de la desviación de poder, la jurisprudencia suele afirmar que para que pueda declararse la existencia de esa desviación es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal a la vista de los hechos concretos que en cada caso resulten probados, si bien no bastan las meras presunciones, ni suspicaces interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina.

4. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

4.1. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Administrativo, según *ZANOBINI*, es aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos.

GARRIDO FALLA entiende por fuentes del Derecho Administrativo “aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia”.

Tradicionalmente se distinguen fuentes del derecho en dos sentidos:

- ▶ Sentido **formal**: La forma que adopta la norma en su concreción. *Ejemplo*: La Ley.
- ▶ Sentido **material**: Las instituciones que tienen la potestad atribuida de crear normas jurídicas. *Ejemplo*: Las Cortes Generales.

Las clases de fuentes del ordenamiento jurídico español se encuentran recogidas en el artículo 1 del Código Civil (CC) (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

□ Artículo 1 Código Civil. *Fuentes del ordenamiento jurídico español.*

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son:
 - La LEY,
 - La COSTUMBRE y
 - Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. 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. 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.

Esta tradicional clasificación de las fuentes que hace el Código Civil no se corresponde, sin embargo, con la realidad del actual ordenamiento jurídico, entre otras razones porque no se cita siquiera una fuente tan importante como son los Reglamentos, aunque se puede entender una alusión al hablar de “disposiciones que contradigan otras de rango superior”. Por ello, hay que entender el término “ley” en el sentido de norma estricta, cualquiera que sea el órgano del que emane.

Por otro lado, el sistema de fuentes es hoy mucho más complejo que cuando se redactó el Código Civil en 1889, complejidad que deriva no sólo del valor de la Constitución como norma jurídica, sino también de la aparición de dos nuevas clases de leyes, desconocidas hasta la Constitución de 1978:

- Ley orgánica, que se aplica para regular ciertas materias por su importancia.
- Ley de las Comunidades Autónomas, que surge de haberse reconocido en ellas otra instancia soberana de producción de derecho.

Las Entidades Locales, en cambio, quedaron desprovistas de potestad legislativa pudiendo únicamente acudir al reglamento como instrumento normativo.

Por si esto fuera poco, la entrada de nuestro país en las Comunidades Europeas ha supuesto la aplicación de un nuevo ordenamiento conforme al cual, a parte del valor de los Tratados Internacionales, aparecen los Reglamentos Comunitarios, con vigencia directa e inmediata en el Derecho español e incluso con valor superior al de nuestras leyes, a las que derogan.

Un sistema de fuentes, de otro lado, supone la existencia de unas normas sobre las mismas fuentes, que las ordenen y jerarquicen, asignando a cada una su posición dentro del conjunto. Esta función la cumplen los principios de jerarquía normativa y de competencia.

4.2. PRINCIPIOS DE JERARQUÍA NORMATIVA y COMPETENCIA.

La Constitución Española, en su artículo 9.3, garantiza expresamente, entre otros, el **principio de jerarquía normativa**, según el cual el sistema de fuentes se ordena de acuerdo con la posición que ocupa el órgano emisor de la norma, así, a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada. En primer lugar, la subordinación de las disposiciones administrativas respecto de las emanadas por el Poder Legislativo, y, dentro de éstas últimas, la mayor jerarquía de la Constitución respecto de los demás tipos de Leyes.

Este principio tiene vital importancia en la aplicación de una determinada norma, ya que:

1. **Una norma de rango inferior no puede vulnerar ni contradecir lo dispuesto en otra de rango superior.**
2. **Una norma posterior deroga a una norma anterior de igual rango.** (Principio de temporalidad)
3. **Una ley especial prevalece frente a una ley general.** (Principio de especialidad)

El artículo 1.2 del CC realiza una mención especial al principio de jerarquía normativa al declarar que, "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior".

Por su parte, y como complemento del anterior artículo, el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ordena que "los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa".

Como principio general, las fuentes escritas tienen preferencia sobre las fuentes no escritas, y a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada.

El **principio de competencia**, que opera como regla complementaria del principio de jerarquía normativa, implica la atribución a un órgano o 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 usualmente con la atribución de autonomía a determinadas organizaciones, aunque también hace se referencia al ejercicio de una función determinada.

Este principio de competencia explica la coexistencia de subsistemas jurídicos autónomos de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, engarzados con el general y entre sí por medio del principio de competencia.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y al margen del Derecho Comunitario, se puede establecer la siguiente **clasificación** y **orden jerárquico** de las fuentes del Derecho Administrativo:

- ❖ **FUENTES DIRECTAS:** a) La Constitución.
(Primarias) b) Los Tratados Internacionales (publicados en el B.O.E.).
c) Las Leyes: • Orgánicas.
• Ordinarias.
• Disposiciones del Ejecutivo con fuerza de Ley:
- Decretos-leyes.
- Decretos Legislativos.
d) Los Reglamentos.
- ❖ **FUENTES DIRECTAS SUBSIDIARIAS:** a) La Costumbre y la Práctica Administrativa.
(Secundarias o Complementarias) b) Los Principios Generales del Derecho.
- ❖ **FUENTES INDIRECTAS:** a) Los Tratados Internacionales (no publicados en el B.O.E.).
(Aclaratorias) b) La Jurisprudencia y la Doctrina Científica.

Las fuentes DIRECTAS pueden aplicarse sin ningún tipo de intermediación para decidir sobre la cuestión planteada. Las fuentes DIRECTAS SUBSIDIARIAS se aplican en defecto de las anteriores.

Sin embargo, las fuentes INDIRECTAS sólo podrán aplicarse en el supuesto de ausencia de fuente directa o directa subsidiaria y siempre que con la misma no se violente ninguna de las normas que componen las fuentes directas.

4.3. FUENTES DIRECTAS SUBSIDIARIAS.

4.3.1. La Costumbre y la Práctica Administrativa o precedente.

Según el artículo 1.3 del Código Civil:

“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. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.”

La costumbre puede definirse como la expresión del sentir popular expresado por la repetición de una serie de actos sobre un orden determinado de derecho. Se trata por tanto, como observa *DE CASTRO*, de una norma creada e impuesta por el uso social.

Dentro de la costumbre, podemos distinguir:

- Costumbre a la que se remite la ley, como por ejemplo en materia de aprovechamientos de bienes comunales en cuyo caso si debe reconocérsela como fuente del Derecho Administrativo.

- La costumbre como expresión de las prácticas administrativas. En este caso, la costumbre no se considera fuente del Derecho Administrativo ya que la Administración no se encuentra vinculada por el precedente administrativo, debiendo únicamente motivar su actuación cuando se separe del criterio seguido anteriormente.

Por tanto, la Administración puede desvincularse de su práctica o precedente al resolver un nuevo y análogo asunto con sólo cumplir la carga de la motivación, pero ello implicará la exposición de razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de criterio. De lo contrario la Administración estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria al principio de igualdad de los administrados.

4.3.2. Los Principios Generales del Derecho.

Según el artículo 1.4 del Código Civil, “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró en su sentencia de 2 de febrero de 1981 que “Los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos”.

Estos principios generales del derecho expresan, en el concepto de *GARCÍA DE ENTERRÍA*, “los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético jurídicas fundamentales de una comunidad”.

Este autor viene a destacar su funcionalidad como límite al ejercicio de la actividad discrecional de la Administración, al ser informadores de todo el ordenamiento jurídico.

4.4. FUENTES INDIRECTAS.

4.4.1. La Jurisprudencia.

Según el artículo 1.6 del Código Civil, “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”.

La jurisprudencia por sí solo no integra el ordenamiento jurídico, pero la doctrina del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar dicho ordenamiento establece unas pautas que si no vinculan directamente al resto de los órganos judiciales, sí condiciona en gran manera su ejercicio por la *auctoritas* del órgano del que emana.

Esta importancia es especialmente significativa respecto de las sentencias dictadas en recursos de casación en interés de Ley, tanto por el Tribunal Supremo, respecto de la normativa estatal, como por los Tribunales Superiores de Justicia respecto de la interpretación y aplicación de las normas emanadas de la Comunidad Autónoma respectiva, puesto que en las mismas, de ser estimatorias, se debe fijar la doctrina legal, la cual vinculará a todos los Jueces y Tribunales

inferiores, si la sentencia procede del Tribunal Supremo y a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia si la sentencia procede de estos Tribunales, para lo cual se dispone en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que estas sentencias deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, según la referida sentencia proceda, respectivamente, del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia.

Existen además otras dos fuentes de doctrina jurisprudencial que son fruto de nuestra integración europea:

- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.4.2. La Doctrina Científica.

La doctrina científica está formada por las opiniones de los juristas expresadas en sus trabajos de investigación. Aunque no tiene tampoco carácter de fuente del derecho, se la reconoce el valor de auxiliar en la determinación y comprensión de las normas jurídicas.

Es decir, esta labor de los estudiosos del Derecho implica una importante aportación para la aclaración del contenido de las normas.

Asimismo, resulta interesante destacar que los jueces y tribunales tienen en cuenta la doctrina científica, y en ocasiones, determinados pronunciamientos jurisprudenciales se han basado en opiniones doctrinales autorizadas. En este sentido, podemos afirmar que la doctrina da pautas a los aplicadores del Derecho, esto es, a los jueces y a la Administración.

4.4.3. Los Tratados Internacionales.

Un tratado válidamente concluido no es todavía fuente directa del derecho interno español, sino sólo fuente indirecta. Para llegar a ser fuente directa necesita el requisito de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El tratado válido, una vez publicado podrá crear obligaciones y derechos para los particulares. A este efecto se le denomina "aplicación directa" del tratado sin necesidad de una norma que lo desarrolle, pero sólo se producirá una vez que el tratado se haya publicado y si la naturaleza del mismo lo permite.