



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria: Junio

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

[Custom as a source of Administrative Law]

Alumna: DÁCIL MEDINA BACALLADO

Tutorizado por el Profesor D. FERNANDO JOSÉ BETANCORT REYES

Departamento: DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS.

Área de conocimiento: DERECHO ADMINISTRATIVO.

RESUMEN.

El papel de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico tiene un tratamiento más certero y generalizado en el Derecho privado, fruto de la tradición histórica. En cambio, en el Derecho público, que se ha venido construyendo en estos siglos en base a la primacía de la ley, se ha venido cuestionando. Sin perjuicio de ello no son pocos los ejemplos en los que la costumbre opera como fuente del Derecho Administrativo; en ocasiones, incluso, por expresa remisión de las leyes. Para tales supuestos, la doctrina actual acepta mayoritariamente su validez.

Ahora bien, lejos de encontrarnos ante posiciones unánimes, el valor de la costumbre en el Derecho Administrativo sigue siendo objeto de controversia, debido tanto a su propia naturaleza, como a su distinción respecto de otras figuras jurídicas (tradicionalmente tratadas como costumbre). El presente trabajo estudia las posiciones existentes, con el fin de compararlas con los supuestos de costumbre administrativa existentes.

ABSTRACT.

The role of custom as a source of legal order has a more accurate and generalized treatment in private law, the result of historical tradition. In contrast, in public law, which has been constructed in these centuries based on the primacy of the law, it has been questioned. Without prejudice to this, there are many examples in which custom operates as a source of Administrative Law; sometimes, even, by express remission of the laws. For such assumptions, the current doctrine accepts its validity by majority.

However, far from being in front of unanimous positions, the value of custom in Administrative Law remains controversial, due both to its own nature and to its distinction from other legal entities (traditionally treated as custom). The present work studies the existing positions, in order to compare them with the existing assumptions of administrative custom.

AGRADECIMIENTOS

A todas las personas que han apoyado y han hecho que el trabajo se realice con éxito, en especial a la Secretaria del Ayuntamiento de la Hiruela y al Gerente de la Comunidad de Villa y Tierra de Segovia, por la información facilitada y los conocimientos transmitidos.

A Javier Morales Febles (Técnico Jefe del Servicio de Agricultura y Pesca del Cabildo del Hierro); Carlos Rivera (Secretario del Ayuntamiento de Puebla Sierra y del Ayuntamiento de Pradena del Rincón) y Juan José Cabrera Abreu (Secretario de la Federación Canaria de Caza) por su colaboración desinteresada y por brindarme con el valor incalculable de sus conocimientos a lo largo de esta investigación.

De manera especial, a mi tutor, quien con su dirección, conocimiento, paciencia y colaboración ha guiado la elaboración de este proyecto, brindándome apoyo y consejo en todo momento. Gracias por su ayuda y buena voluntad.

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| I. INTRODUCCIÓN | 6 |
| II. LA COSTUMBRE. DOCTRINA GENERAL | 8 |
| A. Régimen general. | 8 |
| 1. Concepto y requisitos. | 8 |
| 2. Clases de costumbre. | 9 |
| B. Los usos jurídicos. | 10 |
| C. La costumbre en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. | 10 |
| III. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO | 13 |
| A. Precedentes. | 13 |
| B. Compatibilidad con los principios generales del Derecho. Especial referencia al principio de legalidad. | 14 |
| 1. El principio de legalidad. | 15 |
| 2. El principio de reserva de ley. | 16 |
| 3. El principio de tutela judicial. | 17 |
| 4. El principio de confianza legítima. | 18 |
| C. Posición de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la costumbre en el Derecho Público. | 18 |
| D. Pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. | 20 |
| E. Posición de la doctrina administrativa. | 21 |
| 1. Sobre el valor de la costumbre como fuente. | 21 |
| 2. Sobre su significado y alcance. | 24 |
| F. Distinción de otros conceptos afines. | 27 |
| 1. Práctica y precedentes administrativos. | 27 |
| 2. Autorregulación reglada. | 29 |
| 3. La “costumbre” abrogatoria. | 30 |
| IV. SUPUESTOS DE COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. | 31 |
| A. Remisiones a la costumbre en el Derecho Administrativo. | 31 |
| 1. Asamblea Vecinal. | 31 |
| 2. Comunidades de Villa y Tierra. | 33 |

| | | |
|-----|---|----|
| 3. | Aprovechamiento y disfrute de bienes comunales. Especial referencia al pastoreo en La Dehesa de la Isla de El Hierro. | 34 |
| 4. | Aprovechamientos colectivos tradicionales y Jurados o Tribunales de riego. | 37 |
| 5. | Caza | 39 |
| 6. | La publicación de bandos locales no normativos. | 40 |
| | B. Costumbres independientes. | 41 |
| V. | CONCLUSIONES | 44 |
| VI. | BIBLIOGRAFÍA | 46 |

I. INTRODUCCIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua se refiere a la costumbre como la manera habitual de actuar o comportarse, o como aquellas prácticas tradicionales de una colectividad o de un determinado lugar. También el Diccionario del Español Jurídico (obra dirigida por el Profesor Muñoz Machado) considera la costumbre como norma que resulta de las prácticas reiteradas y generalmente asumidas por la mayoría de los que están en un lugar o participan en una determinada situación, no estando habitualmente expresadas por escrito.

Desde etapas remotas de la humanidad su presencia es indiscutible, pues tratando de ordenar su convivencia y los aspectos más esenciales de la vida cotidiana constituyeron auténticas normas de conducta, observadas como obligatorias y nacidas de las prácticas sociales.

En el actual Estado Social y Democrático de Derecho, la producción de normas externas a la voluntad del legislador estatal, y la obligatoriedad de las mismas es cuestión pacífica; con particular relevancia en el Derecho privado. El Código civil, en sus disposiciones generales, admite la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico. En este sector del ordenamiento jurídico, en el que el juego de la autonomía de la voluntad es determinante, la costumbre ha desempeñado un papel importante históricamente.

En cambio, la práctica consuetudinaria en el Derecho Público no ostenta la misma relevancia que el Derecho privado, al quedar sometido aquél al principio de legalidad y la reserva de ley; ofreciendo fuertes resistencias a la admisión de la costumbre como fuente, por dos motivos: preservar las debidas garantías a los ciudadanos e interceder en la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por estos motivos, tradicionalmente se ha venido negando por la doctrina administrativa la validez de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, al considerarla incompatible con el principio de legalidad. Ahora bien, existen supuestos de costumbre administrativa que, aun siendo limitados, han hecho que la doctrina administrativa actual acoja en sus manuales generales y publicaciones un apartado relativo al alcance de la costumbre en el Derecho Administrativo; aún cuando, sabido es, las publicaciones al respecto son escasas. Ello ha generado diferencias conceptuales significativas.

La doctrina dista en aspectos tan básicos para la definición de cualquier figura consuetudinaria como su propio valor, significado y alcance. Incluso hay quienes, alejándose de lo que la teoría general del Derecho explicita en torno a esta figura, admiten ejemplos de costumbre inaplicables en nuestro ordenamiento jurídico, muchas veces debido a la confusión existente entre su propia naturaleza y la afinidad de ciertos conceptos con la misma. En un sucinto análisis sobre el papel de la costumbre en nuestro ordenamiento jurídico general, se observa cómo los distintos sectores del ordenamiento jurídico adaptan su configuración a los principios rectores de sus disciplinas; hecho que no se ha producido en el Derecho Administrativo (al menos, en un sentido uniforme).

Por ello, aun siendo las fuentes del ordenamiento jurídico materia dada *ab initio* de cualquier Grado de Derecho y básica para nuestra formación, extraña la confluencia de opiniones divergentes existentes en este punto respecto a la costumbre. A esta actual situación se añaden otros factores, tales como la multicentralidad de la producción normativa, la pluridimensionalidad del sistema normativo y la superproducción normativa¹; que provocan que la operatividad de la costumbre como fuente (*en defecto de ley*) se dé en supuestos muy limitados y residuales.

En el presente trabajo se analiza –de un modo conciso– las posiciones existentes respecto al papel que debe tener la costumbre en el Derecho Administrativo, aunando en lo posible los pronunciamientos hechos por la doctrina constitucional, la jurisprudencia y nuestra doctrina administrativa de autores, para su posterior comparación con los supuestos de costumbre administrativa existentes. También será necesario distinguir posibles figuras afines, señalar el ámbito en el que incide la costumbre y su compatibilidad con los principios rectores de la disciplina administrativa. Todo ello con el propósito de identificar los supuestos y causas excepcionales en que la costumbre pueda ser aceptada por el Derecho Administrativo; así como determinar su posible implicación en esta disciplina del conocimiento jurídico.

¹ PRIETO GONZÁLEZ, L.F.: «Sobre el estado del Derecho. A propósito de algunas grietas en nuestro edificio normativo». La Laguna, Tenerife, 2014.

II. LA COSTUMBRE. DOCTRINA GENERAL.

A. Régimen general.

Con carácter previo a cualquier consideración es preciso realizar una aproximación a la costumbre como fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello es preciso acudir a la doctrina civilista.

1. Concepto y requisitos.

El artículo 1.1 del Código Civil incluye, dentro de las fuentes del ordenamiento jurídico español, a la costumbre. Según dispone el apartado 3 del mismo precepto, ésta solo regirá en defecto de ley aplicable. La costumbre es una norma jurídica establecida directamente por la comunidad -o algún sector de la misma- mediante su uso; es decir, la general observancia como tal norma obligatoria². La jurisprudencia también ha definido la costumbre como «*aquella norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica*»³.

Los requisitos para que exista la costumbre son, principalmente, tres. En primer lugar, respecto al elemento externo o material, se tiene que dar el uso, integrado por una determinada conducta que se haya repetido en el tiempo. Ha de comprobarse una serie de conductas o actos públicos, libres, repetidos, constantes, uniformes y generalizados. La doctrina civilista entiende que no se puede establecer previamente el número de actos o su duración para que se cumpla el requisito de la reiteración. Todo ello dependerá de la naturaleza de los actos y de la frecuencia con que se presenta la oportunidad de realizarlos; aunque se tiene que dar durante un período de tiempo más o menos extenso: la misma reacción ante supuestos de hecho iguales o semejantes, sin solución de continuidad⁴.

En segundo lugar, se debe dar un elemento interno o espiritual: la convicción de que la conducta observada no es arbitraria, sino que es realmente debida u obligatoria (referenciado con el latinismo *opinio iuris seu necessitatis*). Se entiende que ese acto debido es exigido por la naturaleza de las cosas y la justicia de los comportamientos, no

² GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho Civil Español*. Ed. Civitas. Madrid, 1983, p. 90

³ STS 18 de abril de 1951, apud: DE PABLO CONTERAS, P.

⁴ DE PABLO CONTERAS, P. (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. 5ª edición. Ed. Colex. Madrid, 2015, p. 112

existiendo la intención de crear una norma jurídica, sino la convicción de que ya se está observando una norma existente.

En tercer lugar, se encuentra el requisito de racionalidad de la costumbre: éste hace referencia a que la costumbre no puede ser contraria a la ley, a la moral o al orden público (artículo 1.3 Cc). La moral alude al estándar ético, es decir: serán ineficaces aquellos actos consuetudinarios considerados reprobables socialmente. El orden público es un concepto jurídico indeterminado, entendido por la jurisprudencia como aquellos principios jurídicos absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada⁵. Esta definición ha sido objeto de crítica por algún sector doctrinal, dada la ubicación preferente de la costumbre en el orden de fuentes (preferente a los principios), y entendiéndose que debe definirse en tanto a otras reglas o principios no formulados expresamente ni en la Constitución ni en la ley, pero que se estiman obligatorios⁶.

Pese a que la prueba de la costumbre parece ser un requisito de su existencia como norma jurídica por la propia redacción del precepto, en realidad se trata de una exigencia que sólo afecta a su posibilidad de aplicación en sede judicial⁷. El conocimiento de la costumbre se exceptúa del principio *iura novit curia* (artículo 218.1 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil); por lo que será la parte que lo alegue quien, mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho, pruebe la existencia y la observancia de su uso. Ésta no será necesaria cuando ambas partes estuviesen conformes con su existencia y contenido. La valoración de la costumbre, una vez probada como verdadera norma consuetudinaria, corresponde al Juez.

2. Clases de costumbre.

La costumbre puede clasificarse atendiendo a múltiples criterios, aunque la clasificación que aquí interesa a los efectos del presente trabajo es la que se realiza en función de su relación con la ley. De esta forma, estaríamos ante costumbres *extra o praeter legem*, costumbres *secundum legem* y costumbres *contra legem*. Las primeras regulan materias no previstas por la ley; y las segundas regulan materias interpretando o desarrollando una previsión legal. En cuanto a la costumbres *contra legem*, entendidas como aquellas que regulan materias en forma distinta o contraria a la ley, se ha

⁵ STC (Sala Segunda) 54/1989, de 23 de febrero.

⁶ DE PABLO CONTERAS: Op. cit, p. 113

⁷ DE PABLO CONTERAS: Op. cit, p. 114

entendido por la doctrina civilista que no tienen aplicación en nuestro Derecho civil común (en algún régimen especial sí tienen relevancia), dada la primacía de la ley en el sistema.

También se ha clasificado la costumbre atendiendo a su ámbito territorial. Así, existen costumbres generales (se practican en todo el territorio nacional); costumbres regionales, provinciales o comarcales y costumbres locales. Esta clasificación ha perdido importancia en tanto que la costumbre sólo es fuente donde se observa, siendo por ello siempre local. Pero es importante resaltar cómo un sector doctrinal entiende que tiene sentido, en tanto se ha admitido que algunas Comunidades Autónomas puedan conservar, modificar y desarrollar su derecho propio, incluyendo en ello el consuetudinario⁸.

B. Los usos jurídicos.

El artículo 1.3 *in fine* Cc hace referencia a los usos jurídicos, disponiendo que aquellos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

La doctrina civilista ha interpretado esto en referencia a los usos de tráfico, entendiendo que no son costumbre al no considerarse conducta debida (falta el elemento volitivo), siendo conductas convenientes. Los usos de tráfico se definen como el modo normal de proceder en el desarrollo de las relaciones de los negocios. Ocurre que, aún distinguiendo los conceptos en el precepto, se equiparan los efectos de los usos jurídicos y las costumbres en tanto que las primeras no sean interpretativas de declaraciones de voluntad individual. Así, se debe entender que los usos son normas cuando la ley los considera fuente jurídica; es decir, cuando forme parte que integre el contenido típico y habitual de los contratos o negocios⁹.

C. La costumbre en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

El artículo 1.1 Cc, de aplicación general para todo nuestro ordenamiento jurídico, dispone que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Sucede que la costumbre no tiene la misma importancia ni cumple la misma función en todos los sectores.

⁸ VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de derecho civil. Derecho civil I*. 2ª edición. Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2019. Pp. 48-50.

⁹ *Ibid*, p. 50.

En el Derecho Privado no existe duda de que la costumbre juega su papel de acuerdo con las previsiones del Código Civil, con ciertas particularidades dependiendo del sector. De ese modo, la costumbre laboral (artículo 3.1.d y 4 ET) es una fuente subsidiaria respecto a la ley, que para ser aplicada por un Tribunal debe ser local (de una zona o empresa específica) y profesional (aplicable en una determinada actividad productiva o en una profesión y oficio específico)¹⁰.

Más importancia tiene la costumbre en el Derecho Mercantil, comúnmente denominada por la doctrina como «usos de comercio», y definida como el conjunto de normas de Derecho objetivo nacidas en el ámbito de la contratación mercantil, creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en sus negocios. Se distinguen las clases de uso de comercio por la materia (comunes o especiales) y por el espacio (internacionales, nacionales, regionales, locales o de plaza). Pero es más importante la distinción entre usos normativos y usos interpretativos, siendo los últimos aquellos usos que ayudan simplemente a la interpretación de los contratos supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (artículo 1287 Cc).

Dado el esencial carácter consuetudinario del *ius mercatorum* la costumbre tuvo su importancia histórica, pero ante la prevalencia de la ley ha sufrido un declive de su uso. No es ello así en el comercio internacional, donde sigue siendo relevante como fuente de la contratación internacional¹¹.

En el Derecho Internacional Público la costumbre tiene gran importancia, dado que prácticamente el derecho que rige en la sociedad internacional está formado por normas consuetudinarias y principios generales del derecho. Nuestra doctrina la considera como fuente primaria del Derecho, y así se recoge en el artículo 38.1.b) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, teniendo el mismo rango normativo y valor derogatorio que las demás fuentes¹².

Se define en este ámbito a la costumbre como una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho. Existen costumbres generales (ámbito universal) y particulares (regionales si son varios Estados

¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. 25ª edición. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2017. Pp. 155 y 156.

¹¹ MENENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. 14ª edición. Ed. Civitas (Thomson Reuters), Navarra, 2016. Pp. 40-43.

¹² DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2013. Pp. 119-121.

quienes la practican, y locales si se da entre Estados bilaterales). Dentro de las costumbres generales existe la figura del objetor persistente, que es aquel Estado que se haya opuesto en el período de formación de la costumbre de manera inequívoca y expresa¹³.

Sin embargo, en el Derecho Público la costumbre tiene un papel más restringido o incluso dudoso, dada las exigencias derivadas de la Constitución y el sometimiento pleno de los poderes públicos a la ley.

De esta forma, por ejemplo, en el Derecho Financiero y Tributario la reserva de ley en el ordenamiento tributario es aún más fuerte, como garantía de la libertad individual y la protección de la propiedad privada. El artículo 31.3 CE extiende la reserva de ley a todas las prestaciones patrimoniales (y personales) de carácter público, y ello alcanza el establecimiento de los tributos (artículo 133.1 CE). Recoge las materias afectadas por la reserva de ley tributaria el artículo 8 LGT, pero además incluye otras materias que, sin quedar dentro de la reserva de ley tributaria consagrada en la Constitución, extiende el margen de legalidad impuesto¹⁴. La extensa lista de materias reservadas a la ley tributaria deja un mínimo y escaso papel a la costumbre en este sector, pero no inexistente.

Finalmente, en el Derecho Penal (extensivo al Derecho Administrativo sancionador, aunque con determinados matices) rige el principio de legalidad y seguridad jurídica en virtud del artículo 25 CE, como garantía de la libertad de los ciudadanos, de la objetividad del enjuiciamiento y del control de arbitrariedad del poder punitivo. No hay delito sin ley previa, para juzgar un hecho como delito éste debe haberse formulado como tal en una ley con anterioridad a su perpetración. Los delitos y las penas deben incorporarse al ordenamiento jurídico mediante una ley emanada del poder legislativo. Además, dado que la mayor parte de los delitos y las penas afectan a los derechos fundamentales, generalmente el modelo de ley penal es el de Ley Orgánica. Por lo tanto, la costumbre se excluye de la labor de fundamentación y agravación de la punibilidad¹⁵.

¹³ *Ibid*, Pp. 136-141

¹⁴ FALCÓN Y TELLA, R.: *Derecho Financiero y Tributario*. Parte general. 6ª edición. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2016. Pp. 127-141

¹⁵ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª edición. Editorial Comares. Granada, 2016. Pp. 39-41.

Sin embargo, la doctrina penalista ha tratado de hacer compatible la costumbre con estas exigencias constitucionales, hablándose de fuentes mediatas o indirectas del Derecho Penal. Así, por ejemplo, ROMEO CASABONA entiende que al tratarse de eximir o atenuar la punibilidad, como no se atiende a limitación con relación al principio de legalidad, podría ser posible invocar la costumbre. CAMARGO HERNÁNDEZ entiende que la costumbre tiene eficacia en tanto que las normas de Derecho penal dependen con frecuencia de otras normas de otros sectores, y si en esos campos jurídicos tienen eficacia, lo debiera reconocer también en el Derecho Penal¹⁶.

III. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El papel de la costumbre en el Derecho Administrativo, como sector del ordenamiento jurídico público, es escasamente relevante. Aun cuando tradicionalmente se negaba a la costumbre la consideración de fuente normativa en este sector (fundamentándose en que la actuación de las Administraciones se debe regir por el principio de legalidad y de seguridad jurídica), actualmente la doctrina administrativa y la jurisprudencia la acepta como fuente, teniendo en cuenta otras perspectivas antes no planteadas de las que se dará cuenta a continuación. Sin embargo, para alcanzar esta afirmación es preciso realizar un estudio sobre estas diferentes posiciones doctrinales existentes y analizar el tratamiento sobre la aplicación de la costumbre por la jurisprudencia, para determinar el posible significado y alcance de la costumbre en el Derecho Administrativo.

A. Precedentes.

El Derecho Administrativo es una rama del ordenamiento jurídico que se caracteriza, esencialmente, por la sumisión al Derecho positivo: es decir, a normas escritas. Por ello, tradicionalmente la doctrina ha ofrecido una fuerte resistencia a la admisión de la costumbre como fuente jurídica. Sin embargo, sostener su inadmisibilidad (MAYER) o desconocerla (doctrina francesa) no se podría compaginar con la regulación general del sistema de fuentes que se ha señalado (artículo 1.1 Cc)¹⁷.

La problemática se concreta en que, dada la inmediata vinculación de la Administración a la Constitución y la ley en relación con las normas de aplicación

¹⁶ CAMARGO HERNANDEZ, C.: «Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho Penal y su eficacia». *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Tomo 23. Madrid. Mes 1, 1959. Pp. 63-74

¹⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I: Introducción, organización administrativa. Empleo Público*. 24ª edición. Editorial Open. Madrid, 2014. Pp. 73-75.

directa, su posición jurídica además aparece enmarcada por dos principios generales: la reserva de ley y el principio de legalidad. El primer principio confía a la ley los pronunciamientos regulatorios primarios o esenciales respecto de innumerables materias, en las que al poder ejecutivo le está excluido intervenir en su legislación, excepciones hechas a la complementación y desarrollo de las regulaciones donde la ley le habilite para hacerlo.

En cuanto al principio de legalidad, implica el sometimiento de la Administración a las determinaciones de la Constitución y de la ley formal, además de otras normas generadas en ordenamientos externos (internacionales o comunitarios), en ordenamientos infraconstitucionales (autonómico o local) y a los principios generales que formen parte del ordenamiento jurídico¹⁸. De esta forma, el artículo 103.1 CE proclama el sometimiento pleno de la Administración pública a la ley y el Derecho.

B. Compatibilidad con los principios generales del derecho. Especial referencia al principio de legalidad.

Los principios generales del derecho responden a unos fundamentos éticos a través de los cuales se guía la actuación administrativa; es por ello que la STS 16 de mayo de 1990 (FJ.2) hacía referencia a ellos como *la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas*. Según lo dispuesto en el artículo 1.6 Cc, se aplican en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Tienen una importante relevancia en el ámbito jurisdiccional a la hora de valorar y enjuiciar los actos discrecionales de la Administración; pero también cumplen una importante misión de informar a la totalidad del ordenamiento jurídico. De esta forma, los principios generales del derecho pueden cumplir con diversas funciones, tal y como expone DE CASTRO: la triple función de fundamentar el orden jurídico, orientar la labor interpretativa y la función de fuente, en caso de insuficiencia de la ley e inexistencia de costumbre¹⁹.

¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo V. *La Constitución como norma*. 4ª edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015. Pp. 105 y 106

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. *El ordenamiento jurídico*. 4ª edición. Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015. Pp. 57-60

Aunque en principio se definen como fundamentos que no están legislados, el hecho es que en nuestro ordenamiento jurídico existen principios generales del Derecho positivizados. Con carácter general, el artículo 9.3 CE alude a que «*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*». Además, el artículo 103.1 CE recoge los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Por último, también se debe mencionar al artículo 132 CE que cita los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad referido al dominio público.

A continuación, se deberán analizar algunos de estos principios generales mencionados, que pudieran afectar al papel de la costumbre en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo. En este caso concreto, el artículo 9.3 CE consagra el principio de legalidad, subraya el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la Administración (artículo 103.1 CE) y confía a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE); lo que han de hacer sometidos únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 CE)²⁰. En ese caso, ¿Cómo se puede encuadrar en este panorama la costumbre como fuente?

1. El principio de legalidad.

El principio de legalidad es la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho, y evoca la idea de que la Administración debe actuar con sujeción al ordenamiento jurídico²¹. El artículo 9.1 CE prescribe la idea básica de obligatoriedad general de las normas jurídicas, tanto para los ciudadanos como para los poderes públicos. Pero para estos últimos, y en concreto para la Administración, tiene una especial relevancia.

El artículo 103.1 CE advierte que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, lo que supone el sometimiento a la totalidad del sistema

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4ª edición. Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015. Pp. 21.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Principio de legalidad, estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4 (1984), Núm. 10. Pp. 11-61

normativo y la completa juridicidad de la acción administrativa²². La doctrina constitucional entiende que ello debe referirse a la ley en sentido material²³.

Sin embargo, el principio de legalidad alude específicamente a la sujeción de la Administración a las normas con rango de ley, de forma positiva y negativa. La vinculación positiva hace referencia a la necesidad de un fundamento previo para realizar una determinada acción; es decir, sólo podrá realizarse lícitamente el acto cuando una norma habilite al sujeto para ello. De este modo, el poder ejecutivo carece de una esfera de actuación autónoma, precisando siempre para la validez de sus acciones una previa habilitación legal²⁴.

En cambio, la vinculación negativa hace referencia al límite externo de la libre acción del sujeto, en este caso desde la posición del ciudadano, pudiéndose realizar válidamente cualquier conducta sin necesidad de previa habilitación, en tanto en cuanto no contradigan los mandatos o prohibiciones contenidas en las normas.

2. El principio de reserva de ley.

La Constitución exige que la regulación de determinadas materias se lleve a cabo por ley, es decir, hay materias constitucionalmente reservadas formalmente a la ley. El principio es una construcción teórica de la doctrina alemana del siglo XIX, que entendía que en virtud del mismo el Gobierno y las Administraciones Públicas no pueden dictar reglamentos o actos singulares que incidan negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos sin un previo apoderamiento legal²⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, la reserva de ley tiene como fin el control político de la burocracia e incluso del propio Gobierno²⁶. Aunque también pretende forzar la intervención del legislador en determinadas materias, para que éste impulse y dirija la

²² SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*. 4ª edición. Ed. Iustel. Madrid, 2016. P. 56.

²³ RUBIO LLORENTE, F.: «El principio de legalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13 (1993), Núm. 39. Pp. 9-42.

²⁴ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 20. P. 108.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR. Op. cit. Pp. 285-286.

²⁶ GARCÍA MACHO, R.J.: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Única edición. Ed. Ariel. Barcelona, 1988. Pp. 114.

actuación del Gobierno, interviniendo la actividad administrativa para alcanzar los fines previstos en la propia Constitución²⁷.

En cuanto a las materias afectadas por esta reserva de ley, SANTAMARÍA PASTOR distingue entre las reservas expresas y las reservas implícitas. En primer lugar, hay casos donde se manifiesta inequívocamente por la Constitución que ciertas materias se regularán por normas con rango de ley. Ello sucede cuando la Constitución se remite a una regulación por Ley Orgánica o, entre ésta, Estatuto de Autonomía, o a la intervención de las Cortes; pero también cuando usa fórmulas tales como «por la ley», «mediante ley», «en virtud de ley» o «solo por ley». De esta última fórmula se debe poner como ejemplo el artículo 53.1 CE, por el cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, Título I, podrán regularse solo por ley.

Respecto a las reservas implícitas, el autor entiende que ha de existir, por necesidad, una reserva general de ley respecto de todos los actos de poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos²⁸.

3. El principio de tutela judicial.

La vigencia del principio de legalidad impone la exigencia de mecanismos de control a través de los cuales se asegure eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo y la corrección de sus incumplimientos; ello se consigue mediante el control jurisdiccional. Así cualquier acto o conducta de la Administración y de sus agentes puede ser sometida al enjuiciamiento de órganos judiciales (artículo 106.1 CE), y ello incluye tanto la potestad reglamentaria como cualquier otro tipo de actividad o inactividad administrativa²⁹.

En relación a ello, cabe mencionar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se recoge constitucionalmente en el propio artículo 9.3 CE, y exige de los poderes públicos un comportamiento que les impone no solo conductas adecuadas a Derecho, sino también la motivación de sus decisiones y la racionalidad de las opciones que les guían. Se aplica también para el control de las decisiones de todos los poderes públicos, más limitado en el poder legislativo, y mediante el llamado juicio

²⁷ TORNOS MAS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional». *Revista de Administración Pública*, 1983, nº 100-102. Pp. 479.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR: cit. n. 22. Pp. 288-291.

²⁹ SANTAMARÍA PASTOR: cit. n. 22. Pp. 63-65

de arbitrariedad o racionalidad de la decisión. En sede administrativa, el criterio más empleado es la falta de motivación o la insuficiencia de la misma³⁰.

4. El principio de confianza legítima.

Exige su aplicación no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. Dada la ponderación de intereses en juego (individual y general), la revocación del acto que hizo crecer el patrimonio del beneficiario que confió en dicha situación administrativa provocará unos perjuicios que no tendría por qué soportar. Se vincula con el principio de buena fe (artículo 7.1 Cc), rector de la actividad administrativa, y se entiende derivado del de seguridad jurídica³¹.

C. Posición de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la costumbre en el Derecho Público.

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la costumbre como fuente jurídica se podría caracterizar por su escasez. Sin embargo, sí se ha pronunciado de forma general al respecto, entendiendo que es innegable la consideración del Derecho consuetudinario como fuente del ordenamiento jurídico, operando en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público, y que resulte probada³².

La exigencia de acreditación de la costumbre está prevista de manera general en todo el ordenamiento jurídico, y el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en ello. Al invocarse normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, por dos razones fundamentales: para su distinción con los meros usos sociales o convencionales («*meros hábitos*») y por su difícil acceso de conocimiento por los aplicadores del derecho (excluido tradicionalmente del deber judicial de conocimiento)³³.

Es de especial relevancia también los pronunciamientos que han limitado el contenido de la costumbre, en tanto que ésta no puede integrar una norma sancionadora. El principio de legalidad solo legitima a las Cortes Generales para predeterminar las

³⁰ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 20. P. 26

³¹ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 20. Pp. 106-108.

³² STC (Pleno), 133/2017, de 16 de noviembre, con núm. recurso 2845-2007. FJ.5.

³³ STC (Pleno), 192/2016, de 16 de noviembre, con núm. recurso 3859-2011. FJ.6.

conductas antijurídicas que deban ser acreedoras de cualesquiera manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. En este sentido, la costumbre del lugar no puede servir para cumplir con las exigencias de predeterminación normativa de la conducta, dado que, aun en las leyes sancionadoras en blanco, es necesaria una remisión expresa (ello resuelve los posibles fundamentos que se puedan invocar al respecto de la STC 69/1989)³⁴.

Sin embargo, los pronunciamientos de este Tribunal relativos a la costumbre se basan en su tratamiento dentro del Derecho Público, y en concreto a la competencia exclusiva que el artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado sobre la legislación civil, si bien ésta se somete como límite el respeto al ejercicio por las Comunidades Autónomas que ostenten la competencia de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil foral o especial³⁵. Dicha competencia autonómica puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico³⁶.

Con esto se asume que la doctrina constitucional reconoce el valor de la costumbre como fuente del Derecho Público. Ello lo podemos trasladar al problema que nos ocupa, en tanto que en algunos de sus pronunciamientos se mencionan costumbres del Derecho Administrativo tales como los montes vecinales en mano común³⁷ o «*los petrucios parroquiales o veciñas y las comunidades en materia de agua*» (existentes en la Comunidad Autónoma de Galicia)³⁸, pero entendiéndose como costumbres que actúan dentro del Derecho Civil, cuestión esta que se abordará más adelante.

Sí la trata como un supuesto de costumbre administrativa la STC 308/1994, de 21 de noviembre, donde afirma la validez de las normas limitativas de aprovechamiento de los bienes comunales. La compatibilidad de éste con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE se argumenta en «*la necesidad de preservar los aprovechamientos en algunas poblaciones a las personas que real y efectivamente residen en el término municipal con voluntad de permanencia estable y arraigo, evitándose así situaciones de vecindades ficticias que no responden a una auténtica y verdadera integración en la comunidad*» (FJ2).

³⁴ STC (Sala Primera) 26/1994, de 27 de enero, con núm. recurso de amparo 770/1992. FJ.5.

³⁵ STC 133/2017. Op. cit. FJ.3.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno)121/1992, de 28 de septiembre, con núm. recurso 361/87. FJ.2.

³⁷ STC 127/1999 y STC 308/1994, apud. STC 133/2017 (FJ.4).

³⁸ STC 47/2004, apud. STC 133/2017 (FJ. 4).

D. Pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Son más variados y extensos los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo acerca de la costumbre. Aunque ha llegado a entender el papel de la costumbre en el Derecho Administrativo como «*un espinoso tema*»³⁹, sí la reconoce como fuente en tanto en cuando ha resuelto varios conflictos suscitados en torno a su aplicación en casos concretos. Así se expresa el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias donde expone que, aunque podría parecer que queda excluida la costumbre del ordenamiento jurídico administrativo, basta examinar la prelación de las fuentes del mismo y las remisiones normativas hechas a la costumbre para comprender que ella está presente en éste⁴⁰.

El Tribunal Supremo, al igual que el Tribunal Constitucional, ha hecho especial hincapié a la prueba de la costumbre. De esta manera, se entiende desde el punto de vista procesal que la costumbre del lugar es un hecho a probar, de modo que judicialmente sólo se le puede dar el valor de fuente si el hecho de su existencia como tal ha sido acreditado⁴¹, en anteriores instancias.

En numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo ha establecido la prioridad de la costumbre sobre la ordenanza local, en materia de aprovechamiento de montes vecinales⁴², y más concretamente cuando dicha ordenanza modifique en algún punto a la costumbre.

Aunque la costumbre adquiriera rango de norma escrita, no le priva de su condición, y por ello no se permite su modificación sin más, algo que sí podría realizarse con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para ello. La costumbre sólo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* (la convicción de su uso) de la comunidad que la recibió, y atendidas las circunstancias

³⁹ STS (Sala Tercera, Sección 4) 727/2015, de 24 de febrero, con núm. recurso de casación 467/2013. FJ.5.

⁴⁰ STS (Sala Tercera, Sección 4) 1985/2007, de 21 de febrero, con núm. recurso de casación 6682/2003. FJ. 5.

⁴¹ STS (Sala Tercera, Sección 7) 6442/1999, de 18 de octubre, con núm. recurso de casación 2339/1993. FJ.3.

⁴² STS (Sala Tercera, Sección 5) 132/2012, de 12 de enero, con núm. recurso de casación 691/2008. FJ.6.

que así lo demuestren⁴³. A sensu contrario, un generado rechazo social a la modificación de la costumbre implicaría la imposibilidad de realizarla⁴⁴.

Sin embargo, la prevalencia de la costumbre no puede obviar la aplicación del bloque de la legalidad vigente, por lo que no puede contrariar el orden público, ni son admisibles las llamadas costumbres contra legem³⁶. Dada la existencia de costumbres previas a la Constitución, y que persisten actualmente, cabe señalar que la entrada en vigor de la norma suprema no puede justificar sin más un cambio en la situación de la costumbre (o de la norma que la habilite), salvo que existan razones suficientes para entender que la regulación es manifiestamente contraria a ella por producirse una inconstitucionalidad sobrevenida de la misma⁴⁵.

Un curioso pronunciamiento es el relativo al otorgamiento de las autorizaciones de ocupación del dominio público, a efectos de la instalación de las casetas de la Feria de Abril, donde la Ordenanza municipal reguladora establecía que el Ayuntamiento se comprometía a respetar la titularidad tradicional.

En este caso el Tribunal Supremo no entendió que se tratara de una referencia a la costumbre, sino que en todo caso se trataría de un uso o práctica que opera por remisión expresa de la ordenanza, no por su propia fuerza como fuente de Derecho; siendo por ello válido únicamente como criterio a la hora de fijar el orden de otorgamiento de las autorizaciones. Textualmente concluye que *«lejos de ser una auténtica costumbre, sería más bien lo que a veces se denomina una costumbre a la que la ley se remite»*⁴⁶. En este caso, el Tribunal dista de los pronunciamientos existentes sobre el propio concepto de la costumbre, estableciendo en términos contradictorios su exposición.

E. Posición de la doctrina.

1. Sobre el valor de la costumbre como fuente.

La doctrina administrativista, en su generalidad, reconoce un valor limitado a la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, pero analizan su posible existencia desde diferentes puntos de vista.

⁴³ STS (Sala Tercera, Sección 5) 707/2012, de 17 de febrero, con núm. recurso de casación 6080/2008. FJ.6

⁴⁴ STS 1985/2007. Op. cit. FJ. 3.

⁴⁵ STS 1985/2007. Op. cit. FJ. 8.

⁴⁶ STS 727/2015. Op. cit. FJ. 5.

GARCÍA OVIEDO afirma que negar la fuerza a la costumbre en cualquier ordenamiento jurídico es cerrar los ojos a la realidad, toda vez que el Derecho es un producto de formación social. Sin embargo, añade que en el Derecho Administrativo, al ser un Derecho mayoritariamente positivizado, el valor de la costumbre está subordinado⁴⁷.

Por otro lado, ESTEVE PARDO⁴⁸ entiende que las Administraciones Públicas son incapaces de generar costumbre administrativa, por la imposibilidad de que se diera el requisito volitivo del mismo (*opinio iuris*). La voluntad de las Administraciones se forma a través de un procedimiento, por ello entiende que no existe la que puede denominarse costumbre administrativa. Pero sí sería posible que las fuentes del Derecho Administrativo remitan a las costumbres existentes, generadas en comunidades al margen de la Administración.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁹ señala que esta razón (la falta de elemento volitivo) no es concluyente; dado que, en el Derecho Administrativo, la Administración tiene una posición determinada, pero no la única relevante (pues se debe tener en cuenta la posición de los administrados o la propia Administración corporativa).

BOQUERA OLIVER⁵⁰ afirma que en teoría la costumbre puede ser administrativa, dado que nuestro sistema lo reconoce como fuente del Derecho (incluso, con remisiones de la ley a la costumbre). Pero distingue entre costumbres no administrativas (regulan derechos y obligaciones de los sujetos dotados de poder administrativo) y costumbres administrativas (únicamente, las que otorguen o regulen el ejercicio del poder administrativo).

En cambio, ROYO VILLANOVA entiende que los actos de la Administración suponen una actuación reflexiva de quien los realiza, por lo que parece incompatible la idea de la costumbre; sin embargo, en la Administración Local no sucede lo mismo,

⁴⁷ GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho Administrativo*. 4ª edición. Ed. EISA. Madrid, 1953. Pp. 41-42.

⁴⁸ ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. 8ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2018. Pp. 83-95.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-RM.: *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª edición. Ed. Civitas. Pamplona, 2015. Pp. 97-100.

⁵⁰ BOQUERA OLIVER, J.M.: *Derecho Administrativo*. Volumen I. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, 1989. Pp. 124-125.

dada la espontaneidad de la vida en los Municipios hace que rebroten instituciones municipales reguladas por la costumbre⁵¹.

Se puede observar cómo en la doctrina es común ya probar la existencia de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo por las remisiones que la legislación hace a ellas. De esta manera, MARTÍNEZ MARÍN⁵² sólo entiende como fuentes aquellas costumbres a las que la propia norma se remite, y que resuelven aspectos concretos de una determinada materia (por lo que es fuente de manera muy limitada y residual). Además, no admite aquellas costumbres que no sean conformes con la normativa vigente, pues debe cumplirse en todo momento el principio de legalidad para el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

En el mismo sentido, PARADA VÁZQUEZ⁵³ acepta su existencia por esta misma razón, siendo supuestos muy limitados, marginales y escasamente significativos. Como supuestos residuales o excepcionales los tilda FRANCISCO BLANCO⁵⁴, concretando estas remisiones particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo Local. No niega que la costumbre pudiera generar derechos en favor de los administrados de forma autónoma, sin previa remisión de la ley, pero con fuertes limitaciones (como son el principio de reserva de ley y el Derecho Administrativo sancionador).

Por su parte, GARRIDO FALLA, tras hacer referencia a dos tipos diferenciados de costumbres (las que regulan el funcionamiento de instituciones administrativas no creadas por la ley y las que regulan relaciones entre particulares que, por razón de la materia, está íntimamente conectadas con el interés público), entiende que la relación jurídico-administrativa entre la Administración y los particulares no aparece en estas relaciones, y niega que pueda surgir costumbre en un sentido análogo al que se tiene en Derecho privado (es decir, como fuente de Derecho independiente de la voluntad

⁵¹ ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho Administrativo*. Tomo I. 24ª edición. Ed. Imprenta Castellana. Valladolid, 1955. Pp. 56-58

⁵² MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Estudio sistemático del Derecho Administrativo*. 1ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2018. Pp. 115-117

⁵³ PARADA VÁZQUEZ: cit. n. 17. Pp. 73-75.

⁵⁴ BLANCO, D.F.: Fuentes del Derecho Administrativo. En Bueno Sánchez, J.M (coord.); de Hoces Íñiguez, J.M. y más. *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo*. Parte General y parte especial. 2ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2018. Pp. 113-114.

estatal). Por ello, su admisión o no dependerá de haber sido reconocida previamente por una ley⁵⁵.

Por otro lado, MORELL OCAÑA valora la costumbre administrativa como una fuente absolutamente secundaria, presente de manera asistemática y fragmentaria en la regulación de propiedades especiales (agua, aprovechamientos forestales,...). Pero la valora también por su dimensión histórica, dado que esta es engendrada por la historia de determinados grupos sociales, y se mantiene allí donde esos grupos siguen teniendo una transcendencia para la ordenación de su convivencia⁵⁶.

SÁNCHEZ MORÓN⁵⁷ admite a la costumbre como Fuente del Derecho, y explica su papel limitado dado el valor supletorio respecto a la ley (artículo 1.3 Cc) y la abundancia de normas escritas en el Derecho Administrativo. Ello lo prueba con el hecho de que algunas leyes del Estado y de la Comunidad Autónoma se remiten expresamente a normas consuetudinarias reguladoras de relaciones administrativas. Ahora bien, según el autor tampoco pueden excluirse otras costumbres que, sin remisión legislativa, pueden alcanzar valor normativo.

Finalmente, GAMERO CASADO⁵⁸ apunta que la costumbre actúa como fuente supletoria o subsidiaria del Derecho Administrativo, aunque con un valor limitado. Así diferencia dos supuestos donde la costumbre actúa como fuente supletoria. Por un lado, cuando algunas normas escritas remiten expresamente para la regulación de determinadas cuestiones a la costumbre local; y por otro lado, en ausencia de dicha remisión legal expresa, solo en ocasiones excepcionales la costumbre ha sido aplicada por la jurisprudencia para cubrir lagunas de la norma escrita.

2. Sobre su significado y alcance.

Admitida la existencia de la costumbre como fuente excepcional del Derecho Administrativo, se debe atender a continuación a su posible significado y alcance. Para ello, se debe recordar las tres clases de costumbre existentes: la costumbre *praeter legem*, la costumbre *secundum legem* y la costumbre *contra legem*.

⁵⁵ GARRIDO FALLA, F.: «Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo». *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 97, enero-febrero 1958. Pp. 10-14

⁵⁶ MORELL OCAÑA, L.: «La costumbre y los principios jurídicos generales en el Derecho Administrativo». *Documentación administrativa*, núm. 195, julio-septiembre 1982. Pp. 25-26.

⁵⁷ SANCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*. 14ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2018. Pp. 133 y 134.

⁵⁸ GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 4ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2007. Pp. 118 y 119.

La costumbre *contra legem* no se admiten en nuestro ordenamiento jurídico general, por lo que tampoco tiene cabida en el Derecho Administrativo. Este criterio es compartido por la doctrina administrativa mayoritaria.

En cuanto a la costumbre *secundum legem*, entendida como aquella que interpreta o desarrolla una previsión legal, existen fundamentos contradictorios. Un sector doctrinal lo admite como fuente jurídica. Así, para PARADA VÁZQUEZ⁵⁹ se debiera admitir dicha costumbre, aunque en su argumentación incluye aquí todas las normas escritas (y reglamentarias). Por otro lado, otro sector doctrinal afirma que este tipo de costumbre no tiene valor vinculante, como ESCUIN PALOP⁶⁰ que lo argumenta en base a lo dispuesto en el artículo 1.3 Cc y por entender que reconocerla se opone a la idea de cambio, de adecuarse a las nuevas circunstancias económicas-sociales.

GARCÍA DE ENTERRÍA y SANTAMARÍA PASTOR niegan también toda eficacia vinculante de este tipo de costumbres, en consonancia con lo expuesto por la doctrina civilista; y asimilan la figura al precedente administrativo (SANTAMARÍA PASTOR⁶¹ sin embargo, advierte que son realidades diversas).

Por último, en cuanto a la costumbre *praeter legem* o *extra legem* se admite generalmente su validez. Esta clase de costumbre incluiría aquellas que operan por remisión expresa de la ley. SANTAMARÍA PASTOR expone que este tipo de costumbre tiene un rango inferior a la ley, aquella no podrá derogar nunca a esta última y solo se admitiría con carácter subsidiario en nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, GARCÍA DE ENTERRÍA⁶² afirma que pudiese invocarse incluso como solución previa a la aplicación de la propia ley.

MUÑOZ MACHADO entiende que la costumbre está siempre subordinada a la ley y realiza una extensiva distinción de supuestos, clasificándose en tres tipos: la legalización de la costumbre; la remisión por la ley a las costumbres (que puede ser abierta o rígida); y las costumbres independientes. Se seguirá su clasificación para una mejor claridad expositiva.

⁵⁹ PARADA VÁZQUEZ, cit. n. 17. Pp. 73-74

⁶⁰ ESCUIN PALOP, C.: *Curso de derecho administrativo. Parte general*. 2ª edición. Ed. Tirant to Blanch. Valencia, 2011. Pp. 38-40.

⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. 4ª edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Araces. Madrid, 2002. Pp. 156 a 160

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. n. 49. Pp. 97-100

En primer lugar, la legalización de la costumbre sería el proceso por el cual el legislador asume el contenido de prácticas, usos o verdaderas costumbres consolidadas, convirtiéndolas en normas legales y dándoles, en lo sucesivo, el rango que la nueva regulación escrita tenga. Este tipo de costumbre *praeter legem* es reconocido por COSCULLUELA MONTANER⁶³, al explicar que algunas organizaciones sociales y ámbitos materiales de la realidad social han sido *administrativizados* recientemente, cuando ya contaban con una honda tradición normativa basada en la costumbre. Pero la relaciona con el siguiente tipo de costumbre, al hablar del reenvío del legislador a la costumbre en determinados ámbitos.

La remisión a las costumbres desde un texto legal implica asegurar su aplicación en el futuro, dado que se reconoce dicha costumbre. Puede encontrarse como excepción a la regulación general que la propia norma remitente establece. Dependiendo del diferente modo en que estas remisiones se produzcan, puede observarse que algunas tienen carácter rígido y otras son flexibles.

Las primeras se dan cuando el legislador identifica los contenidos normativos de las costumbres que invoca, lo que implica para el autor la exclusión de cualquier modificación ulterior de los mismos hechos sin contar con la voluntad expresa de otra norma legal. Por otro lado, será abierta cuando el legislador está aceptando cualquier contenido de esa costumbre, tanto el coetáneo como el posterior a la aprobación de la ley que la invoca, si la costumbre es objeto de mutaciones de cualquier clase.

El último tipo de costumbres *praeter legem* son las llamadas costumbres independientes, entendidas como aquellas que operan en ausencia de remisión expresa de la ley (para cubrir lagunas de la norma escrita). MUÑOZ MACHADO⁶⁴ lo explica a través de los usos jurídicos. En cambio, SANTAMARÍA PASTOR⁶⁵ hace referencia también a estas costumbres como aquellas que no operan por remisión, ni expresa ni tácita, de la ley. Según el autor, para admitirlas deben ser costumbres jurídicas para vincular a la Administración, no ser contrarias al orden público (dónde se remite a los principios básicos del Derecho Administrativo, y en concreto al de legalidad), y no crear una potestad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos.

⁶³ COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*. 25ª edición. Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2014. Pp. 135 y 136.

⁶⁴ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 19. Pp. 97-98

⁶⁵ SANTAMARÍA PASTOR: cit. n. 61. Pp. 156-157.

F. Distinción de otros conceptos afines.

1. Prácticas y precedentes administrativos.

La práctica se define como la reiteración en la aplicación de un determinado criterio en situaciones idénticas o muy similares anteriores por una misma Administración, mientras que el precedente administrativo puede ser la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución. Ambas figuras se dan ante supuestos que permiten a la Administración un cierto margen de discrecionalidad.

Dicha distinción no es asumida por toda la doctrina, que no diferencia ambos conceptos, siendo todos ellos conocidos como precedente administrativo⁶⁶. En cambio, hay autores que sí distinguen ambos conceptos⁶⁷, considerándose apropiado para esta exposición el tratamiento diferenciado.

Cuestión discutida de estas figuras por la doctrina es su valor vinculante para la propia Administración. Se debe admitir un cierto valor vinculante, pero no por sí mismo, sino por la posible vulneración de los principios generales ante un posible cambio de criterio. El fundamento de dicho carácter vinculante no es otro que el propio valor de los principios generales del Derecho, dado que la Administración debe someterse plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), como ya se ha anunciado, y ello incluye los principios generales del Derecho.

Confluyen en estos supuestos, desde el punto de vista del administrado, el principio de la igualdad ante la ley (artículo 14 CE), el principio de seguridad jurídica y de buena fe (artículos 9.3 CE y 7 Cc). Desde el punto de vista de la Administración, también deberemos atender a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de buena administración (artículos 9 y 103 CE)⁶⁸.

De esta manera, se debe atender los requisitos para que dicho carácter vinculante del precedente exista. Es necesario que haya una similitud sustancial en la identidad subjetiva (la misma Administración pública) y objetiva (objeto y causa) entre los supuestos comparados. En este sentido, apartarse del criterio seguido en otras

⁶⁶ Así, Esteve Pardo, Escuin Palop, Sánchez Morón y Cosculluela Montaner

⁶⁷ Realizan esta distinción: Parada Vázquez, Santamaría Pastor, Blanco, Gamero Casado y Ortíz Díaz.

⁶⁸ DÍEZ-PICASO, L.M.: «La doctrina del precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1982, núm. 98. Pp. 7-46.

resoluciones anteriores puede ser consecuencia de un trato discriminatorio, vulnerando los principios nombrados⁶⁹.

Es por ello que el artículo 35.1.c) LPAC impone a la Administración la obligación de motivar los actos que se aparten del criterio seguido en actuaciones precedentes. Esto sucederá en dos supuestos: i) cuando el precedente o práctica invocada sea ilegal (en tanto que debe primar el principio de legalidad); y ii) cuando concurren factores de interés público que aconsejen adoptar un criterio diverso (es misión primaria de la Administración servir con objetividad a los intereses generales *ex* artículo 103 CE).

En lo que nos interesa, ambas figuras se deben distinguir de la costumbre, dada la tendencia acentuada en relacionarlas, como se observa en el tratamiento conjunto que suele darse a ambas cuestiones en la doctrina. En primer lugar, y fundamentalmente, se diferencian porque la posible fuerza vinculante de los precedentes y prácticas administrativas procede directamente de los principios generales del Derecho; mientras que la costumbre es fuente del Derecho en sí misma. DIEZ-PICAZO propone su tratamiento, no en sede de fuentes del Derecho Administrativo, sino en materia del principio de legalidad (concretamente en el control de la discrecionalidad administrativa)⁷⁰. Ello evitaría la confusión existente en la doctrina sobre esta cuestión.

En este sentido, ESTEVE PARDO⁷¹ entiende que carece de fuerza normativa, en tanto que la Administración que resuelve el caso concreto no tiene pretensión ni convencimiento alguno de dar a esa decisión carácter normativo alguno. Es decir, faltaría el elemento volitivo de la costumbre (BOQUERA OLIVER⁷²). Por otro lado, GARCÍA DE ENTERRÍA⁷³ entiende que no tiene valor normativo en tanto que en nuestro Derecho sólo se admite la costumbre *extra legem*, no la *secundum legem*. SANTAMARÍA PASTOR⁷⁴ lo confunde también con la costumbre en estos términos.

En segundo lugar, se debe distinguir la costumbre de las prácticas y precedentes administrativos en tanto que en estos últimos se trata de reglas deducidas del comportamiento de la Administración, sin intervención de los administrados. Y ello sí

⁶⁹ SANTAMARÍA PASTOR: cit. n. 61. Pp. 158-160.

⁷⁰ DIEZ-PICAZO: cit. n. 68. Pp. 44-45.

⁷¹ ESTEVE PARDO: cit. n. 48. Pp. 93-95

⁷² BOQUERA OLIVER: cit. n. 50. Pp. 125

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA: cit. n. 49. Pp. 103-105

⁷⁴ SANTAMARÍA PASTOR. Op. cit. Pp. 158-160

chocaría con el principio de legalidad, dado que las Administraciones Públicas sólo pueden producir Derecho en ejercicio de la potestad reglamentaria⁷⁵.

Por último, la práctica o precedente no necesita un cierto grado de reiteración o antigüedad tal y como la costumbre, bastando incluso un solo comportamiento en el caso del precedente⁷⁶.

2. Autorregulación reglada.

ESTEVE PARDO hace referencia a la autorregulación reglada que, generada en el ámbito estrictamente privado (sin intervención, por tanto, de los poderes públicos), se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, y son tomadas como referencia por los poderes públicos, Administraciones y Tribunales. MUÑOZ MACHADO hace también alusión a ello, definiéndolas como «*la utilización de normas de origen privado para la regulación de actividades industriales y comerciales*». En principio, son normas que requieren la previa aceptación de los sujetos privados y que no son exigibles más allá del círculo de sujetos que convienen en su aceptación.

Ahora bien, dada la creciente complejidad de la actual sociedad y la necesidad de regulación en algunos sectores de actividad económica y social, se ha incorporado al ordenamiento público ciertas formas de autorregulación, por diversas fórmulas y técnicas. Cabe destacar entre estas técnicas de incorporación la remisión desde el ordenamiento público a normas de autorregulación privada, los mandatos públicos de autorregulación y los organismos de normalización. Estas fórmulas afectarían a normas de Derecho Público, y en concreto administrativo; ejemplo de ello son las regulaciones en materia de telecomunicaciones, seguridad tecnológica, seguridad o calidad industrial o códigos de conducta en operadores financieros y de valores.

Aunque los autores no hayan realizado una distinción como tal, cabe indicar que esta figura no constituye costumbre, siendo en todo caso más cercana a los llamados usos jurídicos. Ello en tanto que también carece del elemento interno o espiritual, la autorregulación reglada hace referencia a una serie de normas técnicas que se consideran como conductas convenientes, no debidas. Además, dichas normas de origen privado existen tanto si son reconocidas por normas de origen público, como si no lo

⁷⁵ GAMERO CASADO: cit. n. 58. Pp. 118.

⁷⁶ ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957. Pp. 78

fuesen; teniendo en el primer caso eficacia general y fuerza de obligar (pero por la fuerza de la ley, no por ellas mismas), y en el segundo caso producirían un efecto regulatorio semejante al de los usos sociales⁷⁷.

3. La costumbre abrogatoria.

La costumbre abrogatoria es entendida como la forma de cesación de la vigencia de las normas, o pérdida total o parcial de su eficacia por desuso. Del artículo 2.2 Cc, se deduce que está proscrito el desuso como causa de derogación de las leyes. GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que admitirlo pondría en cuestión el valor mismo de la norma escrita y, por tanto, de los centros políticos capaces de producirla.

Desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se quiso evitar la inseguridad jurídica que creaban las derogaciones implícitas estableciendo la obligación de acompañar a los proyectos la tabla de vigencias de disposiciones anteriores. Tras su supresión de la Ley del Gobierno de 1997, el artículo 26.9.c) de la vigente Ley del Gobierno analiza la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas.

Por ello, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que el fenómeno que se da cuando las normas dejan de aplicarse es simplemente la evolución del ordenamiento como conjunto, que desconecta del mismo una norma en cuestión, pero no un desuso abrogatorio⁷⁸.

De forma más clara, COSCULLUELA MONTANER niega la admisión de la costumbre abrogatoria, dado que en ningún caso esta puede derogar leyes. Sin embargo, cita la STS de 25 de mayo de 1983, en la cual se establece una confusión entre este tipo de costumbre y la obsolescencia de las leyes, para determinar la no aplicación de una ley. El autor entiende que este caso debió considerarse como un supuesto de derogación implícita de las leyes por otras posteriores⁷⁹.

Por otro lado, DIEZ-PICASO entiende que los casos de pérdida de vigencia de determinadas normas por desuetudo son tolerancias administrativas, y las explica dentro de los precedentes administrativos ilegales, con el fin de entender inadmisibles invocar para un caso concreto un cumplimiento riguroso, salvo que sea un nuevo criterio de actuación generalizado y firme respecto al futuro, además de previamente comunicado,

⁷⁷ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 19. Pp. 102

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA: cit. n. 49. Pp. 100-103.

⁷⁹ COSCULLUELA MONTANER: cit. n. 63. Pp. 136.

de lo contrario sería una actuación claramente arbitraria e injusta. Dispone como ejemplo la STS de 28 de mayo de 1963, donde se considera vinculante ciertos precedentes contrarios a un plan de urbanismo, que había caído en desuso por no ser aplicado por la Administración (sin embargo, dicho plan no se ajustaba a la normativa vigente urbanística, por no haber sido adaptada)⁸⁰.

Finalmente, MUÑOZ MACHADO entiende la figura de la costumbre abrogatoria como un ejemplo del inadecuado tratamiento que ordinariamente recibe la costumbre, en este caso como costumbre contra legem. El desuso de las normas se consume no en virtud de una práctica social contraria (nacida, por tanto, de forma externa a la organización del Estado), sino por la actitud pasiva y consentidora de los propios órganos del Estado, que tienen la responsabilidad de ejecutar o aplicar las normas a los casos concretos regulados en las mismas. Este fenómeno es técnicamente más complejo y diferenciado de la costumbre⁸¹.

IV. SUPUESTOS DE COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En este punto, se deberá analizar los supuestos de costumbres *praeter legem* que actúan dentro del Derecho Administrativo, ya sea por remisiones legales a las mismas o porque operen de forma independiente. Con ello se pretende comprobar cómo opera esta fuente en la práctica.

A. Remisiones a la costumbre en el Derecho Administrativo.

La doctrina mayoritaria fundamenta la validez de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo dada la existencia de estas remisiones legales. Estas pueden encontrarse de forma que sean un reconocimiento de regulación fuera de la ley o como una excepción a la regulación general. Las leyes que contienen estas remisiones suelen ser las relativas al régimen general, sin embargo, también se ha reconocido de forma especial el valor y la garantía de la costumbre en Leyes Orgánicas (entre ellas, en Estatutos de Autonomía).

1. Asamblea Vecinal.

De acuerdo con la clasificación que realiza GARRIDO FALLA, esta costumbre versa sobre el funcionamiento de las instituciones administrativas. La Constitución, en

⁸⁰ DIEZ-PICAZO: cit. n. 68. P. 26.

⁸¹ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 19. Pp. 84

su artículo 140 *in fine*, dispone que la ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del Concejo Abierto. El artículo 29 LBRL hace referencia al Concejo Abierto, que funcionarán en los Municipios que tradicional y voluntariamente cuenten con este régimen y en aquellos otros en los que por sus circunstancias lo hagan aconsejable.

Pese la cantidad de Municipios menores de 100 habitantes, con la modificación de la LO 5/1985, de Régimen Electoral General (en adelante LREG), operada por la Ley Orgánica 2/2011 han disminuido los Municipios que funcionan con el régimen de Concejo Abierto, dado que este pasó a ser voluntario para aquellos Municipios, además de otros múltiples factores. Actualmente se eligen a 3 candidatos, entre ellos el Alcalde por sistema mayoritario (artículo 179.2 LREG), y en la sesión del Pleno de toma de posesión, a petición de los vecinos, los concejales electos deciden si continuar con el pleno o funcionar en régimen asambleario por mayoría de dos tercios y aprobación posterior por la Comunidad Autónoma.

La politización de los Ayuntamientos, la necesidad de tomar decisiones rápidas y urgentes, la ampliación de las materias de toma de decisión y, en muchas ocasiones, los problemas existentes entre los propios vecinos, marcan la tendencia a preferir fórmulas de corporación en lugar de las asamblearias. Actualmente en Canarias no existen Municipios que se rijan por el régimen de Concejo Abierto, pero sí existen ejemplos en la península tales como los Ayuntamientos de La Hiruela (Madrid), Torrubia de Soria, Navares de las Cuevas (Segovia) o Barruelo del Valle (Valladolid).

En el artículo 29.3 LBRL se hace referencia a la Asamblea Vecinal, órgano fundamental de este régimen municipal, a la que pertenecen todos los vecinos, y que ajusta su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales; supletoriamente se ajustarán a lo establecido en las leyes estatales o autonómicas; por lo que existe una preferencia de la costumbre sobre lo establecido con carácter general respecto a los Municipios. En los mismos términos se expresa el artículo 53 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986 (en adelante TRRL), haciendo referencia a las Juntas o Asambleas Vecinales de ámbito territorial inferior al Municipio.

La referencia a la costumbre se entiende que se realiza para el lugar de celebración de las Asambleas (por ejemplo: Casa Concejo, los atrios de una Iglesia,...), las fechas de celebración (ejemplo: primeros de mes, al tiempo de subastar pastos, maderas o el riego,...) o sobre quien tiene derecho a voto (ejemplo: un voto por familia, cualquier

persona según los años de empadronamiento,...). En el Ayuntamiento de La Hiruela, por ejemplo, las Asambleas Vecinales se constituyen con un tercio de los vecinos empadronados, que pueden delegar en otros vecinos o en el propio alcalde.

2. Comunidades de Villa y Tierra.

En este caso, se hace referencia a todas aquellas entidades conocidas con las denominaciones de Mancomunidades o Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra, o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Universidades, Comunidades de pastos, leñas, aguas y otros análogos.

De acuerdo con el artículo 37 TRRL, estas continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, o por lo dispuesto en sus estatutos, salvo en lo relativo a su régimen económico, que deberá ajustarse a la legislación de régimen local sobre la formación de presupuestos y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances. Se expresa en los mismos términos el artículo 141 del Real Decreto 2568/1968, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Las Comunidades de Villa y Tierra constituyó una forma de organización política de la Extremadura castellana, las tierras conquistadas por el Reino de Castilla a Al-Andalus entre los siglos XI y XII y que se extendió también por algunas zonas del Bajo Aragón. Consistían en la existencia de tierras comunadas que incluían a distintas aldeas alrededor de una Villa mayor y que se subdividían a su vez⁸². Por ello, conforme a la clasificación de GARRIDO FALLA, se estaría ante una costumbre que regula relaciones entre particulares relacionadas con el interés público.

Actualmente, en los artículos 42 a 44 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León se reconoce a estas entidades asociativas, que podrá continuar rigiéndose por sus normas consuetudinarias. Los ejemplos más significativos los encontramos en la Provincia de Segovia, pudiendo citar de esta forma las Comunidades de Villa y Tierra de Fuentidueña, Segovia, Pedraza, Sepúlveda o de Coca, entre otras.

Atendiendo a casos concretos, la Comunidad de Villa y Tierra de Segovia es una institución dedicada a la defensa y gestión de sus propiedades (forestales

⁸² BENSUSAN MARTÍN, M^a. P.: «Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 82, Sevilla, enero-abril de 2012. P. 94.

principalmente) en la Sierra de Guadarrama y a la divulgación de su patrimonio cultural y natural. Su organización y normas se recoge en un Reglamento de Funcionamiento que data del s. XIX, y están registrados en el Registro de Entidades Locales del Ministerio del Interior, como entes distintos a la Provincia o al Municipio.

3. Aprovechamiento y disfrute de bienes comunales. Especial referencia al pastoreo en La Dehesa en la Isla de El Hierro.

La figura de los montes vecinales en mano común, o montes comunales, no deja de ser una figura problemática en la práctica. La STC 127/1999, de 1 de julio, llegó a entender incluso estos montes como una institución del Derecho civil especial y foral gallego.

El artículo 75 del Texto Refundido del Régimen Local (TRRL) hace referencia al aprovechamiento y disfrute de bienes comunales, que se efectuará preferentemente en régimen de explotación colectiva o comunal. Cuando éste fuera impracticable regirá la costumbre y ordenanza local aplicable y, en su defecto, se efectuará adjudicaciones de lotes o suertes a los vecinos. Si ello no fuera posible, el órgano competente de la Comunidad Autónoma podrá autorizar su adjudicación en pública subasta. En los mismos términos se expresa el artículo 94 del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL).

Conforme a esto, la costumbre cumpliría una función supletoria respecto a la regulación legal (que prefiere el aprovechamiento de manera general y simultánea)⁸³. Ahora bien, las ordenanzas, no obstante su carácter sistematizador de normas consuetudinarias, no se conciben limitadas en sí mismas (petrificadas e inalterables), sino que podrán ser adaptadas a las transformaciones de la vida comunal⁸⁴. Existe abundante jurisprudencia dónde se admite la prevalencia de la costumbre sobre las ordenanzas locales (STS de 23 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 2007 y 23 de noviembre de 2007) y, pese a lo dicho, la prevalencia de ellas incluso sobre una norma o plan autonómico (STS 7 de junio de 2012).

Por otro lado, el 75.4 TRRL dispone que aquellos Ayuntamientos y Juntas Vecinales que vinieran ordenando el disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales de acuerdo a normas consuetudinarias mediante concesiones periódicas de

⁸³ MARTINEZ MARÍN: cit. n. 52. P. 116.

⁸⁴ BENSUSAN MARTÍN. Op. cit. Pp. 102

suertes o cortas de madera, podrán exigir a éstos, como condición para participar, determinadas condiciones de vinculación y arraigo o permanencia, según la costumbre local, siempre que estas condiciones y las cuantías de las suertes se regulen en ordenanzas especiales aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella (artículo 103. 2 del RBEL).

Aquí, la potestad normativa atribuida a los Ayuntamientos es limitada, en tanto que se condiciona a la costumbre local la exigencia de condiciones de vinculación o arraigo. Por ello, en su caso, las ordenanzas especiales que se aprueben vendrán simplemente a positivizar la costumbre ya acreditada⁸⁵, pudiéndose adecuar a la legalidad vigente.

Finalmente, según lo dispuesto en el artículo 95 del citado Reglamento, cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas. Generalmente las ordenanzas locales recogen las reglas de carácter consuetudinario preexistente.

Se regula conforme a las disposiciones nombradas la conservación de montes pinariegos y el reparto de aprovechamiento forestales. Ejemplo de ello los encontramos en las facerías, que es una institución jurídica de origen consuetudinario consistente en el aprovechamiento compartido de unos terrenos por varios Municipios de igual o distinta Provincia. Actualmente se utilizan como tierras de pasto o de explotación maderera, y se localizan en Castilla y León (en las zonas limítrofes con Galicia y Asturias) y en Navarra.

Una variante de las facerías son las veceras o vecerías, que se refieren únicamente al aprovechamiento de tierras de pastos, y se utiliza en los Municipios en régimen de concejo abierto. Los vecinos realizan el aprovechamiento mancomunado de tierras comunales de pasto, estando el ganado al cuidado de los vecinos, en turnos establecidos por ellos mismos. Las ordenanzas, en este caso, regulan las tierras de pasto y la responsabilidad de los pastores y propietarios⁸⁶.

⁸⁵ GOMEZ BARAHONA, A.: «El derecho consuetudinario en el Derecho Público de Castilla y León». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero 2011. Pp. 243.

⁸⁶ *Ibid*, Pp. 247-248.

Otro ejemplo son los fetosinos segovianos, que son una forma tradicional de explotación de terrenos comunales (propiedad de los vecinos), encargándose el Ayuntamiento de la adjudicación de la explotación.

Se debe realizar una especial alusión al pastoreo realizado en la zona de la Dehesa en la Isla de El Hierro. Desde antiguo los señores de la Isla decidieron destinar una zona extensa de la Isla para usos ganaderos comunales, que se extendía más allá de La Dehesa. En 1705 las primeras ordenanzas redujeron las zonas de pasto a una región de La Dehesa de 1.000 fanegas (5.284 km²)⁸⁷ y, aunque con modificaciones durante el período franquista (donde se procedió a nuevas ordenanzas)⁸⁸, persiste esta actividad en la actualidad.

En la Ordenanza para la Regulación de Seltas y Juntas de Ganado en la Dehesa Comunal, de 31 de julio de 2008⁸⁹, es donde se recoge propiamente dicha costumbre. El origen de esta ordenanza fue recoger de manera escrita los procedimientos y prácticas que ya se estaban llevando a cabo por medio de la costumbre, para ofrecer las garantías de control necesarios para los pastores. No es realmente un reparto de las zonas, dado que éstas ya están predeterminadas dependiendo de las piezas de ganado (junto a las zonas libres y de forraje), sino la regulación del procedimiento para la realización de las seltas y juntas de ganado. Para participar en éstas no se exigen criterios especiales de arraigo, bastando con ser residente en la Isla (ganadero o pastor local) y que el ganado esté inscrito en la misma.

Anualmente se realiza una reunión donde se toma los acuerdos pertinentes para la suelta y junta de ganado, en donde participan equitativamente los pastores, el Alcalde de la Dehesa y el Cabildo Insular. El Cabildo tiene competencias como administrador de la Dehesa comunal, y tiene la función de gestión, ordenación y mejora del terreno comunal. El control se realiza a través de la Comisión de Gestión de la Dehesa Comunal.

⁸⁷ JUNYENT, C.: *Entre lajiales y brumas. Una historia de la población de El Hierro a través de sus matrimonios*. 1ª edición. Ed. Líniazero edicions. 2013. Pp. 70

⁸⁸ MARTÍN FERNÁNDEZ, C.S.: *Política territorial del franquismo en EL Hierro (1940-1970)*. 1ª edición. Editorial IDEA. Santa Cruz de Tenerife, 2006. Pp. 63-66

⁸⁹ En: BOLETIN OFICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE. Núm. 218, lunes 3 de noviembre de 2008.

4. Aprovechamientos colectivos tradicionales y Jurados o Tribunales de riego.

En la legislación de aguas existen significativas remisiones a la costumbre, en cuanto a las Comunidades de usuarios de agua y, en especial, a la organización de los Jurados y Tribunales de riego preexistentes. De acuerdo con el Capítulo IV del Título IV del Real Decreto Legislativo 1/2001, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en adelante LA), los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión deberá constituirse en comunidades de usuarios (también denominadas comunidades de regantes, u otro calificativo que caracterice el destino del aprovechamiento colectivo). Estos se integran por una junta general o asamblea, una junta de gobierno y uno o varios jurados, y están regulados por sus propios estatutos y por las disposiciones legales pertinentes.

Dentro de las atribuciones a la junta de gobierno, *ex* artículo 84.4.b), ésta podrá dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales. En cuanto a los jurados, el artículo 84.6 y 82.2 establece que los procedimientos serán públicos y verbales, practicándose en la forma que determine la costumbre y el reglamento, y sus fallos serán ejecutivos.

Además, el artículo 85 LA, titulado pervivencia de organizaciones tradicionales, reconoce tanto a los aprovechamientos colectivos tradicionales como a los Jurados o Tribunales de riego. Los aprovechamientos colectivos que hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas continuarán sujetos a las mismas mientras que los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. De la misma manera, allí donde existan Jurados o Tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional. Con ello se consigue que las costumbres conserven toda su eficacia organizativa, en tanto que no sea objeto de reforma por voluntad de la comunidad.

Los Jurados o Tribunales de riego se reconocen también constitucionalmente en el artículo 125 CE: *Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado [...], así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.* De forma más concreta, se hace referencia a ellos en el artículo 19 apartado 3 y 4 LOPJ, donde se reconoce el carácter de Tribunales consuetudinarios y tradicionales al Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y al Consejo de Hombres Buenos de Murcia, respectivamente. Ambos han

sido designados como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO en el año 2009 («Tribunales de regantes del Mediterráneo español»⁹⁰).

Reconocerles el carácter de jurisdiccional a estos Tribunales obliga a que las costumbres se encuentren escritas, como exigencia y garantía de la tutela judicial de los propios regantes. Así, el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana se regula en el Decreto 5 de abril de 1932, que confirma sus privilegios y autonomía de jurisdicción. Por otro lado, el Consejo de los Hombres Buenos de Murcia se encuentra regulado en las Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia, aprobadas por Orden de 1849 (reformadas posteriormente por exigencias de la legislación estatal y autonómica).

El Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia es una de las más antiguas instituciones de justicia existentes en Europa, siendo realmente dos órganos distintos a los que se les atribuye la función judicial y administrativa, aunque actúan el mismo día y lugar (se reúnen semanalmente, todos los jueves al mediodía, en el lado derecho de la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia).

En lo que interesa de su función administrativa, se compone de 8 síndicos elegidos democráticamente entre las correspondientes acequias y comunidades de regantes de la Vega de Valencia. En sus reuniones tratan los asuntos comunes, siendo fundamentalmente la situación del agua del río, la apertura de los tornos de la Acequia (según caudal) y la solicitud, si procediera, del agua de la Acequia de Moncada (antigua acequia real) al Comisario de las Aguas⁹¹.

El Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia es un Tribunal consuetudinario que tiene como misión garantizar el buen funcionamiento de las redes de canales de riego comunales situadas en el paisaje agrícola de las riberas de los ríos Segura y Turia y de llevar los conflictos de riego en la Huerta de Murcia. De esta forma conoce de todas las controversias existentes entre regantes, de las reclamaciones sobre perjuicios causados a terceros y de los abusos e infracciones a las ordenanzas. Está presidido por el Alcalde del Ayuntamiento, quien tiene competencia para votar en caso

⁹⁰ *UNESCO.org* [en línea]. [Consulta: 10-04-2019]. Disponible en: <https://ich.unesco.org/es/RL/tribunales-de-regantes-del-mediterraneo-espanol-el-consejo-de-hombres-buenos-de-la-huerta-de-murcia-y-el-tribunal-de-las-aguas-de-la-huerta-de-valencia-00171>

⁹¹ *Ministerio de Cultura y Deporte* [en línea]. [Consulta: 10-04-2019]. Disponible en: <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/patrimonio/mc/patrimonio-inmaterial/elementos-declarados/comunidad-autonoma/c-valenciana/tribunales-regantes.html>

de empate, resolver de los posibles recursos y hacer ejecutar los fallos, los cuales se dictan oídas las partes y por mayoría absoluta⁹².

5. Caza.

La caza es una actividad positivizada en nuestro ordenamiento jurídico y el margen que se deja a la costumbre es escaso, aunque autores como PARADA VAZQUEZ⁹³ y MUÑOZ MACHADO⁹⁴ mencionan esta actividad como ejemplo de costumbre administrativa que actúa por remisión de la ley. El Diccionario del Español Jurídico define directamente a la costumbre administrativa como el hábito y proceder en la caza y entre cazadores.

La competencia legislativa corresponde a las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.11ª CE, por lo que la normativa estatal actúa como derecho supletorio (artículo 149.3 *in fine*), sin perjuicio de la existencia de materias exclusivas de competencia estatal que afectan a la caza, como por ejemplo en la legislación básica de protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE). Las regulaciones existentes en las distintas Comunidades Autónomas centran su contenido en el control de aquellos tipos de caza que tradicionalmente se han dado en ese territorio. Incluso, dentro de la regulación de nuestra Comunidad Autónoma, existen diferencias significativas entre Provincias e Islas (la existencia de la cetrería en las Islas Orientales o de la caza mayor para el muflón o el arruíz respectivamente en Tenerife y en La Palma).

La Ley 7/1998, de Caza de Canarias, menciona únicamente a la costumbre como fuente en su artículo 20.6 en relación con la determinación de las piezas de caza. Sin embargo, la normativa estatal sí contiene numerosas menciones. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, se remite a los usos y costumbres locales al regular el régimen de determinados tipos de caza (artículo 23.4) o los criterios para determinar la propiedad de las piezas (artículo 22.6). Por ello, se entiende que la costumbre en este caso será por remisión de la normativa estatal y, para que ésta opere, no deberá estar regulado en las leyes autonómicas aquellos extremos que abarca la remisión.

En el Decreto 506/1971, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza se realizan también varias remisiones a la costumbre. En el artículo 24.6 de

⁹² BENSUSAN MARTÍN: cit. n. 82. Pp. 100-101

⁹³ PARADA VAZQUEZ: cit. n. 17. P. 73-74.

⁹⁴ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 19. P. 96.

esta disposición normativa se dispone que cuando dichas costumbres sean contrarias al espíritu de conservación de las poblaciones animales o entrañen manifiestamente crueldad, se reglamentará estas con carácter conducente a su eliminación. Ejemplo de ello es la prohibición y limitaciones para determinadas piezas, como en la caza de conejos (prohibición del uso de redes para su caza, limitación de las piezas por licencia según zona e Isla, e incluso la discusión actual sobre su eliminación total por la disminución de la especie en las Islas). También se ha prohibido técnicas como escarbar las paredes, la subida a charcas o fincas para disparar con escopeta, o la caza nocturna.

Además, el artículo 48.3 del Reglamento considera como infracción leve contravenir las disposiciones que de acuerdo con las costumbres dicte el Servicio de Caza sobre determinados tipos de pieza. Sin embargo, esta disposición se debe entender como derogada, dada la promulgación de la Constitución en 1978 que consagra el principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador (artículo 25 CE).

Sin expresa remisión legal, antes se entendía como supuesto de costumbre el reparto de puestos en lindes comunes. En la actualidad, dada la abundante normativa sobre los lugares específicos donde se habilita la caza y por el propio desuso de esta costumbre por los propios cazadores, no podríamos entenderla como tal, porque en el ámbito en que no quedara regulado por las diversas leyes los cazadores lo entienden ya más como una regla moral y de educación que como una norma (falla el elemento volitivo).

6. La publicación de bandos locales no normativos.

La publicación de los bandos locales es mencionada por MUÑOZ MACHADO⁹⁵ como ejemplo de costumbre que opera por remisión de ley. El Decreto de 17 de junio de 1995 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en su artículo 7.3, habilita en materia de publicación de bandos locales la utilización de usos y costumbres de la localidad. Es decir, si las disposiciones acordadas por las Corporaciones locales no revisten la forma de Ordenanza o Reglamento, podrán revestir la forma de Bando, publicado según la costumbre local.

Los bandos son normas adoptadas directamente por el Alcalde, cuyo objeto es recordar y aplicar lo previsto en otra norma. Pueden ser periódicas (limitados a recordar el cumplimiento de obligaciones), de policía y buen gobierno y de urgencia (se hace frente a situaciones imprevistas).

⁹⁵ MUÑOZ MACHADO: cit. n. 19. Pp. 96

En la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, se regula la publicación de disposiciones de carácter general (artículo 105). La publicación de bandos normativos se deberá ajustar a lo dispuesto en la legislación básica de régimen local sobre la publicación de las ordenanzas locales, a excepción de los bandos de emergencia y aquellos que se limiten a recordar la existencia de leyes y reglamentos, los que tengan carácter instrumental o aquellos que fijen el lugar en el que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones. Además, el artículo 124 considera actos nulos de pleno derecho los bandos normativos que, no siendo de urgencia, no hayan sido publicados en el Boletín Oficial de la Provincia.

De la interpretación conjunta de estos preceptos, se deduce que la publicación de los bandos como ejemplo de costumbre sólo se podrá predicar de aquellos bandos que no sean normativos o aquellos que, siendo normativos, sean de urgencia.

B. Costumbres independientes.

Como se ha comentado, un sector doctrinal acepta el valor de la costumbre aún cuando no haya expresa remisión legal a ellas, fundamentándose principalmente en su valor como fuente en el ordenamiento jurídico en general. Sin embargo, son pocos los autores que muestran ejemplos concretos de estas costumbres, siendo el único estudio detallado existente el de BESUSAN MARTÍN⁹⁶.

En primer lugar, se llama la atención a las costumbres y usos mercantiles, en tanto a su posibilidad de aplicación a las Sociedades mercantiles de la Administración pública cuando se considerasen Administración institucional. En opinión de MUÑOZ MACHADO, el ámbito social en que las costumbres independientes pueden llegar a consolidarse difícilmente será el rural actualmente, sino que se formarán en algunos sectores económicos y sociales, y a ello hace referencia hablando de los usos y prácticas normativas de uso privado y relevancia administrativa.

Aunque ya el Cc en su época dejara a la costumbre completar a la ley en ciertos extremos (cita las servidumbres, los arrendamientos o en materia de interpretación de contratos), no deja de ser cierto que estas prácticas han sido objeto de un proceso de legalización (ejemplo: la legislación urbanística respecto a las servidumbres). Ahora bien, en las últimas décadas esta legalización de materias afectadas por la costumbre se

⁹⁶ BENSUSAN MARTÍN: cit. n. 82. Pp. 107-112

ve afectada por un nuevo reto al legislador, tal y como es la emergencia de la autorregulación⁹⁷.

En segundo lugar, se debiera hacer referencia a la práctica de los llamados «mercadillos», donde comerciantes concurren en un determinado día a un lugar preestablecido para la exposición y venta de sus mercancías, para lo cual pueden existir costumbres apartadas de las regulaciones municipales en relación al orden de las transacciones o la alineación de puestos.

Siendo cierto que existe regulación mercantil y civil respecto a la actividad privada, las leyes administrativas se basan en la correspondiente habilitación de ocupación temporal del espacio o vía pública (con fijación de la localización específica de los mismos) y las oportunas medidas de seguridad y sanitarias. Pero no ahondan en su mayoría en la distribución de puestos del mercado⁹⁸ o incluso no disponen de normativa reguladora⁹⁹, salvo excepciones de ordenanzas municipales que proponen un régimen de concesión administrativa del puesto determinado, con mapas que muestren la situación¹⁰⁰ u otros criterios para la asignación de puestos como los sistemas rotatorios¹⁰¹.

Por otro lado, aún siendo un supuesto al que el Tribunal Supremo no le ha otorgado la consideración de costumbre, sino como algo indeterminado (una especie de práctica o criterio que opera por remisión expresa de la ordenanza), se debe reiterar el ejemplo del otorgamiento de las autorizaciones de ocupación del dominio público, a efectos de la instalación de las casetas de la Feria de Abril, por su especial semejanza con los mercadillos.

Existen supuestos concretos, aunque más antiguos, donde se ha admitido una costumbre independiente. Es el caso de la inscripción de aprovechamientos de agua, en donde la STS 3 de marzo de 1958 aceptó el aumento del caudal concedido a los regantes peticionarios, dado que se suele autorizar por el órgano competente un caudal

⁹⁷ BENSUNSAN MARTÍN: cit. n. 82. Pp. 97-100

⁹⁸ V.gr. Reglamento del Mercado del Agricultor de Arona.

⁹⁹ DIAZ, L.: «El mercado de AsLamas también carece de ordenanza municipal» [en línea]. *La Voz de Galicia*, 13 de abril de 2016 [consulta: 20-4-2019]. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/lemos/2016/04/13/mercado-as-lamas-carece-ordenanza-municipal/0003_201604M13C1992.htm

¹⁰⁰ V.gr. Ayuntamiento de Santander. Aprobación definitiva de la Ordenanza reguladora de la Venta Ambulante o no Sedentaria. Boletín Oficial de Cantabria, núm. 149, Martes, 6 de agosto de 2013.

¹⁰¹ V.gr. Reglamento del Mercadillo del Agricultor de Llano Bajo de la Villa de Santiago del Teide.

mayor del que se había dado a éstos (en su título jurídico no constaba el número de litros aprovechados, pero el entonces Ministerio de Obras Públicas autorizaba inscribir un mínimo de un litro por hectárea de tierra regable)¹⁰².

De esta forma, hay quien predica como costumbre independiente la institución de los somatenes. Esta era una institución catalana de carácter parapolicial, la cual fue disuelta en el año 1978, y tenía la función de dar la alarma para alertar a pueblos vecinos y la instrucción de armas¹⁰³.

Otro supuesto concreto, más cercano, es la práctica de los exámenes en la Universidad. En la STS 15 de marzo de 1963 entendió que, ante la inexistencia de una ordenación positiva específica sobre ello se debía atender a la costumbre, siendo lo consuetudinario que quienes dirijan e intervengan directamente en los exámenes de las disciplinas académicas sean los propios catedráticos o profesores especialistas encargados de cátedra¹⁰⁴.

¹⁰² BENSUSAN MARTÍN: cit. n. 82. P. 107

¹⁰³ BENSUSAN MARTÍN: cit. n. 82. Pp. 108-110

¹⁰⁴ BENSUSAN MARTÍN: cit. n. 82. P. 107

V. CONCLUSIONES.

1. Se acepta el valor de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, aún cuando quede circunscrito a pequeños supuestos de ámbito local (que, por otra parte, es el único que acepta un sector de la doctrina civilista). Ello no significa que deba tener el mismo comportamiento que en el Derecho Privado, como se ha observado, admitir su validez y determinar su alcance son análisis diferentes, por lo que se deberá adecuar el uso de la costumbre como fuente *mutatis mutandis* del Derecho Administrativo, atendiendo a los principios rectores de este sector del ordenamiento jurídico.

2. Dichas costumbres serán administrativas en cuanto afecten al funcionamiento de instituciones administrativas o regulen relaciones entre particulares relacionadas con el interés público. La formación de la costumbre dependerá fundamentalmente de los ciudadanos. Sin embargo, también dependerá de la Administración: tanto si no interviene en su proceso de formación (por lo que la acepta y se consolida), como si la propia Administración interviniera en la misma (como en los supuestos de publicación de bandos locales).

3. Atendiendo a la clasificación clásica de la costumbre, es claro que no se podría admitir la costumbre *contra legem* ni la costumbre *secundum legem*. La primera no se pueden admitir basándose en las llamadas costumbres abrogatorias pues, independientemente de su dudosa validez en el ordenamiento jurídico, no tienen la naturaleza de costumbre. Por otro lado, no es fundamento para la admisión de la costumbre *secundum legem* la validez de las prácticas y precedentes administrativos, dado que son figuras distintas. Por tanto, se admitirá únicamente las costumbres *praeter legem*.

4. La clasificación de la costumbre *praeter legem* en costumbres que operan por remisión de ley y costumbres independientes es adecuada en tanto que se relaciona con el principio de legalidad. Esta clasificación es exclusiva del Derecho Administrativo y puede servir como base para establecer el alcance y límite de la costumbre en el sector.

5. Por un lado, la compatibilidad del principio de legalidad con la costumbre que opera por remisión expresa de la ley no debe ofrecer problema, dado que es la misma quien la reconoce; si bien es cierto que en muchos casos esta costumbre opera para supuestos particulares como excepción de la normativa general, tal es el caso de los

Tribunales de regantes. En estos casos, dado que la costumbre versa sobre materias que están reguladas y dada la inadmisión de la costumbre *contra legem*, es necesario dicha remisión para que tenga validez, realizándose en aquellos casos dónde la costumbre alcanza tales valores sociales y culturales que lo que se pretende es proteger y garantizar su pervivencia y respeto.

6. Las ordenanzas locales no se deben reconocer como modalidades consuetudinarias. La necesidad de recoger en ordenanzas locales las costumbres que están operando en un determinado momento viene dada en relación con el principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador. Es necesario para la garantía de aquellos ciudadanos que participen o de terceros afectados que las infracciones y sanciones se recojan normativamente.

En cuanto a la relación de las ordenanzas con la costumbre, ella dependerá de la manera en la que se ha hecho la remisión por parte de la ley, siendo conveniente hablar del carácter rígido o flexible. De esta forma, por ejemplo, en relación a la regulación de bienes comunales la costumbre prevalece frente a las ordenanzas, en cambio en las remisiones hechas en materia de caza se permite controlar, limitar o prohibir el uso de determinadas costumbres por medio de ordenanzas.

7. Por otro lado, puede ofrecer más incertidumbre la admisión de las costumbres independientes en relación al principio de legalidad. Sin embargo, se deberían aceptar en tanto que cumplen la función de complementar el ordenamiento jurídico y se admiten como fuente del Derecho. Lo que estaría por determinar tras su admisión es su valor y la forma en la que opera en relación con el Derecho Administrativo, en tanto que no está claro su alcance. Si se admitiese, por ejemplo, como costumbre la organización y funcionamiento de los mercadillos, bastaría con que la Administración pública regule la posición de los puestos para que la costumbre careciera de valor. En estos casos, la normativa local sería preferente ante la costumbre.

8. Mención singular se debe realizar a la autorregulación reglada o las costumbres y usos mercantiles, ante la posibilidad de ser concebidos como ejemplos de costumbre independiente. Aunque éstas puedan vincular a la Administración, no lo hacen por ser costumbre administrativa, sino por tener un valor como costumbre en otros sectores de nuestro ordenamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- BENSUSAN MARTÍN, M.P.: «Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 82, Sevilla, enero-abril de 2012. Pp. 73-117.
- BLANCO, D. F.: Fuentes del Derecho Administrativo. En Bueno Sánchez, J.M (coord.); J.R de Hoces Íñiguez y más. *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo*. Parte general y parte especial. 2ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2018.
- BOQUERA OLIVER, J.M.: *Derecho Administrativo*. Volumen I. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1989.
- CAMARGO HERNANDEZ, C.: «Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho Penal y su eficacia». *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Tomo 23. Madrid. Mes 1, 1959. Pp. 63-74.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*. 25ª edición. Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra): 2014.
- DE PABLO CONTERAS, P.: (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. 5ª edición. Ed. Colex. Madrid, 2015.
- DIAZ, L.: «El mercado de AsLamas también carece de ordenanza municipal» [en línea]. *La Voz de Galicia*, 13 de abril de 2016 [consulta: 20-4-2019]. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/lemos/2016/04/13/mercado-as-lamas-carece-ordenanza-municipal/0003_201604M13C1992.htm
- DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis Mº.: «La doctrina del precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1982, nº 98. Pp. 7-46.
- ESCUIN PALOP, C.: *Curso de Derecho Administrativo. Parte general*. 2ª edición. Ed. Tirant to Blanch. Valencia, 2011.
- ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. 8ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2018.
- FALCÓN Y TELLA, R.: *Derecho Financiero y Tributario*. Parte general. 6ª edición. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2016.

- GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 4ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Principio de legalidad, estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4 (1984), Núm. 10. Pp. 11-61.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª edición. Ed. Civitas. Pamplona, 2015.
- GARCÍA MACHO, R.J.: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Única edición. Ed. Ariel. Barcelona, 1988.
- GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho Administrativo*. 4º edición. Ed. EISA. Madrid, 1953.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho Civil español*. Ed. Civitas. Madrid, 1983.
- GARRIDO FALLA, F.: «Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo». *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 97, enero-febrero 1958. Pp. 10-14.
- GOMEZ BARAHONA, A.: «El derecho consuetudinario en el Derecho Público de Castilla y León». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero 2011. Pp. 231-251.
- JUNYENT, C.: *Entre lajiales y brumas. Una historia de la población de El Hierro a través de sus matrimonios*. 1ª edición. Ed. Líniazero edicions. 2013.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C.S.: *Política territorial del franquismo en El Hierro (1940-1970)*. 1ª edición. Editorial IDEA. Santa Cruz de Tenerife, 2006.
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Estudio sistemático del Derecho Administrativo*. 1ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2018.
- MENENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. 14ª edición. Ed. Civitas (Thomson Reuters). Navarra, 2016.
- *Ministerio de Cultura y Deporte* [en línea]. [Consulta: 10-04-2019]. Disponible en: <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/patrimonio/mc/patrimonio-inmaterial/elementos-declarados/comunidad-autonoma/c-valenciana/tribunales-regantes.html>

- MORELL OCAÑA, L.: «La costumbre y los principios jurídicos generales en el Derecho Administrativo». *Documentación administrativa*, núm. 195, julio-septiembre 1982. Pp. 21-47.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4ª edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. *El ordenamiento jurídico*. 4ª edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo V. *La Constitución como norma*. 4ª edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015.
- ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. 25ª edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2017.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I: Introducción, organización administrativa. Empleo Público*. 24ª edición. Editorial Open. Madrid, 2014.
- PRIETO GONZÁLEZ, L.F.: «Sobre el estado del Derecho. A propósito de algunas grietas en nuestro edificio normativo». La Laguna, Tenerife, 2014.
- ROMEO CASABONA, C.M; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª edición. Editorial Comares. Granada, 2016.
- ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho Administrativo*. Tomo I. 24ª edición. Ed. Imprenta Castellana. Valladolid, 1955.
- RUBIO LLORENTE, F.: «El principio de legalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13 (1993), Núm. 39. Pp. 9-42.
- SANCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*. 14ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2018.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. 4ª edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Araces. Madrid, 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*. 4ª edición. Ed. Iustel. Madrid, 2016.

- TORNOS MAS, J.: «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional». *Revista de Administración Pública*, 1983, nº 100-102. Pp. 471-508.
- *UNESCO.org* [en línea]. [Consulta: 10-04-2019]. Disponible en: <https://ich.unesco.org/es/RL/tribunales-de-regantes-del-mediterraneo-espanol-el-consejo-de-hombres-buenos-de-la-huerta-de-murcia-y-el-tribunal-de-las-aguas-de-la-huerta-de-valencia-00171>
- VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho Civil I*. 2ª edición. Ed. Tirant to Blach. Valencia, 2019.