revista jurídica de Castilla y León

NÚMERO 30. MAYO DE 2013
ISSN: 2254-3805
DERECHO ADMINISTRATIVO

ACTUALIDAD Y VIGENCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS EN EJECUTIVOS E INDEPENDIENTES[1]

Francisco Toscano Gil

Profesor Contratado.
Doctor de Derecho Administrativo.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de una de las clasificaciones clásicas del reglamento, la que diferencia, según sus relaciones con la ley, entre reglamentos ejecutivos e independientes. En este artículo se reflexiona acerca de la actualidad y vigencia de esta clasificación en el Derecho Administrativo de nuestro tiempo, analizando los problemas que plantea, apuntando sus principales quiebras, y estableciendo criterios y propuestas que permitan avanzar en la reformulación de esta construcción. Se presta especial atención a la aplicación de esta clasificación a las normas locales, que presenta especificidades propias

Palabras clave: *Derecho Administrativo, reglamento, ley, norma local, principio de legalidad.*

[1] Este trabajo se escribió para su publicación en el libro homenaje al profesor Enrique RIVERO YSERN, *El nuevo Derecho Administrativo*, quedando fuera del libro por motivos editoriales. Con su publicación en la *Revista Jurídica de Castilla y León*, el autor expresa su adhesión a este homenaje.

ABSTRACT

The purpose of this paper is a classical classification rules, the sets, according to the law relationships between executives and independent regulations. This paper reflects on the present and validity of this classification in the administrative law of our time, analyzing the problems, pointing out its major bankruptcies, and establishing criteria and proposals for progress in the reform of this construction. Special attention is given to the application of this classification with local regulations, which has its own characteristics.

Keywords: *administrative law, regulation; law, local regulation, rule of law.*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE EL REGLAMENTO EJECUTIVO Y EL INDEPENDIENTE
   - 2.1. El criterio del desarrollo legal.
   - 2.2. El criterio de la remisión o habilitación legal.
3. LA APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN A LAS NORMAS LOCALES.
4. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Es un método recurrente en el estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo la clasificación del reglamento desde diversos puntos de vista. Así, en atención a la esfera del ordenamiento jurídico en la que éste se sitúe, solemos distinguir entre reglamentos estatales, autonómicos o locales; según las relaciones del reglamento con la ley, suele diferenciarse entre reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad; y, finalmente, atendiendo a los efectos del reglamento, éstos reciben el calificativo de jurídicos o administrativos, o, con mayor precisión, puesto que tal terminología se encuentra ya superada, reglamentos con efectos *ad extra* y reglamentos con efectos *ad intra*[2].

La clasificación de las instituciones en Derecho tiene, como en cualquier otra ciencia, una primera finalidad de corte claramente pedagógico o expositivo. Clasificando nos entendemos, reducimos la diversidad a la homogeneidad, al inducir elementos comunes, y facilitamos la explicación y comprensión de las instituciones jurídicas[3]. De esta forma, la clasificación se convierte en un recurso necesario en la enseñanza del Derecho. Aun siendo conscientes de que no existen cajones estancos, seguimos recurriendo a la construcción de clases y tipos, como elemento fundamental de la metodología docente en manuales y aulas universitarias. El reduccionismo a que ello conduce en la transmisión de conocimientos se combate llamando la atención sobre la extraordinaria diversidad que la realidad continuamente nos arroja a la cara. Si bien es cierto que las transformaciones que la enseñanza universitaria viene sufriendo en los últimos años, en el contexto del Plan Bolonia, no facilitan, precisamente, a pesar de las proclamas, esta tarea de construcción crítica, sino que más bien, al contrario, la dificultan, haciendo imposible huir de la simplificación y aportar matices a la enseñanza del Derecho[4].

---

[2] Pueden verse, entre otros muchos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 213 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* I, Iustel, Madrid, 2009, pp. 223 y ss.; GAMERO CASADO, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 78-79.

[3] Sobre la inducción científica como método para la construcción de categorías jurídicas, véase MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 29-31.

[4] *Vid.* SANTOS MORÓN, María José, «El sistema Bolonia y los estudios de Derecho: una reflexión crítica tras su implantación». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 14, 2010, pp. 74 y ss.

Por otro lado, la clasificación de las instituciones tiene en Derecho una segunda finalidad, si cabe aún más importante que la anterior, consistente en poner de relieve el engarce de la institución con un régimen jurídico diferenciado, que permite extraer consecuencias jurídicas del encaje de ésta en una u otra categoría. De esta forma, la ubicación de una institución en un tipo determinado no es un mero prurito o capricho académico, sino que cobra sentido en la medida en que trae consigo alguna singularidad en el régimen jurídico propio de ésta. Así, ateniéndonos a las clasificaciones del reglamento, la consideración de éste como estatal, autonómico o local conlleva la aplicación de normas diferenciadas en la configuración de sus límites formales: competencia, procedimiento, e incluso jerarquía entre reglamentos. La clasificación del reglamento como ejecutivo hace preceptiva la petición del dictamen del órgano consultivo superior del Gobierno estatal o autonómico de que se trate, a diferencia del reglamento independiente, que no precisa de tal dictamen, por no requerirlo la ley. Cuando el reglamento tiene efectos *ad extra*, el trámite de audiencia a los ciudadanos se convierte en un trámite esencial del procedimiento de elaboración de estos, que decae en aquellos casos en que el reglamento es meramente interno u organizativo, por estar dotado sólo de efectos *ad intra*.

Por tanto, aunque esta tipología a que nos venimos refiriendo no tiene un reconocimiento legal expreso, por cuanto no son las leyes, sino la doctrina y la jurisprudencia quienes definen cuándo un reglamento responde a tal o cual tipo, ello no quiere decir que las leyes no reflejen las diversas realidades a que obedece la tipificación de los reglamentos. O, dicho de otro modo, la clasificación de los diversos tipos de reglamentos se convierte en una manera de explicar el régimen jurídico diferenciado a que responde la diversa caracterización de éstos. Lo que no garantiza, con todo, que con estas clasificaciones pueda cubrirse toda la riqueza que ofrece la realidad vigente.

De las tres clasificaciones del reglamento que se han expuesto en estas líneas, nos vamos a detener aquí en una de ellas, la que atiende a las relaciones de éste con la ley, centrándonos, más en concreto, en la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes[5]. Con ello, el propósito que se persigue en este trabajo es ni más ni menos que el de reflexionar sobre la actualidad y vigencia de esta clasificación en el Derecho Administrativo de nuestro tiempo, analizando los problemas que plantea, apuntando sus principales quiebras, y estableciendo criterios y propuestas que permitan avanzar en la reformulación de esta construcción. No se pretende otra cosa que aportar al

[5] El interés del binomio Ley-Reglamento ha sido subrayado recientemente por MEILÁN GIL, advirtiendo de que *«en la aparente simplicidad de su enunciado se esconde una realidad movediza»*, lo que hace *«fundamental la atención despierta para los cambios que en ella se producen»*. *Cfr.* MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, op. cit., p. 59.

debate científico algunas ideas que, sin pretensión agotadora, nos parece oportuno poner por escrito, para exponerlas a la crítica y la reflexión, con ocasión de la publicación del libro homenaje al profesor Enrique RIVERO YSERN, al que, desde aquí, nos adherimos.

2. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE EL REGLAMENTO EJECUTIVO Y EL INDEPENDIENTE

Como es bien sabido, la ya tradicional distinción entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes obedece a las relaciones de éste con la ley. Adoptando una formulación que es propia de la clasificación que se suele hacer de la costumbre, se distingue entre reglamentos *secundum legem* o ejecutivos y reglamentos *praeter legem* o independientes. Esta clasificación suele completarse con la referencia a los reglamentos de necesidad o *contra legem*, en la que no entraremos aquí para no desviarnos del objeto principal de este trabajo[6].

Aunque se trata de una clasificación cuya vigencia se ha puesto en entredicho en los últimos tiempos, lo cierto es que, en nuestra opinión, sigue teniendo sentido, bien formulada y entendida, y partiendo de una depuración de los problemas terminológicos y conceptuales que plantea. En este punto, las consecuencias jurídicas que siguen asociándose a la tipificación del reglamento como ejecutivo o independiente denotan la actualidad y vigencia de esta distinción, que, además, sigue siendo bastante ilustrativa de una cierta realidad. Otra cosa es que esta realidad deba ser entendida conforme a nuevos parámetros, lo que se soluciona reformulando lo que debe entenderse por reglamento ejecutivo y por reglamento independiente[7].

La diferencia entre un reglamento ejecutivo y un reglamento independiente se construye en base a dos criterios diferenciadores, que serán abordados de forma sucesiva y separada en estas páginas, a fin de poder analizar, separadamente, los problemas que cada uno de estos criterios plantea. No obstante, como suele suceder en estos casos, no es el recurso aislado a uno de ellos,

[6] Como han apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la clasificación del reglamento en atención a sus relaciones con la ley fue formulada en el siglo XIX por LORENZ VON STEIN. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit.*, p. 216. También al respecto, puede verse SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* I, *op. cit.*, p. 245.

[7] En una línea similar, pueden verse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit.*, pp. 216 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, Iustel, Madrid, 2006, pp. 933 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios *de Derecho Administrativo General* I, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

sino la combinación de ambos criterios, lo que permite distinguir de forma más adecuada entre uno y otro tipo de reglamento. El primero de estos criterios se conoce como el del desarrollo o la ejecución legal, el segundo es el de la remisión o habilitación legal[8].

2.1. EL CRITERIO DEL DESARROLLO LEGAL

El criterio del desarrollo o de la ejecución legal constituye el primer factor de diferenciación entre el reglamento ejecutivo y el independiente, siendo el elemento de diferenciación que mejor se ajusta, en principio, a la literalidad y al sentido semántico de los adjetivos empleados para calificar a ambos tipos de reglamentos.

Conforme a este criterio, el reglamento ejecutivo sería aquel que desarrolla, completa o ejecuta una ley, mientras que el reglamento independiente no cumple tal función de ejecución o desarrollo legal, ya que no encuentra apoyo en una ley previa, regulando materias que no han sido cubiertas antes por el legislador.

En base a este criterio diferenciador se construye la principal diferencia de régimen jurídico que conlleva la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes. Esta diferencia consiste en que, tratándose de reglamentos ejecutivos, resulta preceptiva la petición del dictamen del Consejo de Estado, u órgano consultivo autonómico equivalente, para el caso de que el reglamento no sea estatal sino autonómico[9]. Siendo así que este dictamen cumple una función de control de legalidad, de contraste del proyecto de reglamento con la ley que desarrolla, es por ello que decimos que esta previsión encuentra su principal fundamento en esta concepción del reglamento ejecutivo[10]. Por esta razón, no tiene sentido la solicitud del dictamen en el caso de reglamentos independientes, en los que el contraste con la ley que se desarrolla no existe, por no existir la ley.

Como es sabido, la configuración del reglamento como ejecutivo entronca directamente con el nacimiento del Estado de Derecho, la proclamación del principio de legalidad y la construcción de la relaciones entre la ley y el regla-

---

[8] *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* I, *op. cit.*, pp. 246-247.

[9] En el caso de los reglamentos estatales, esto es algo que resulta del art. 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en conexión con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

[10] En este mismo sentido, puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit.*, p. 218.

mento que resulta de éste, tras las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII[11]. La primacía de la ley y la subordinación del reglamento a ésta reservan al reglamento, reducto normativo del poder ejecutivo, un papel de colaboración con el poder legislativo. De esta forma, lo que al reglamento le queda es la función de completar o desarrollar aquello que el legislador, en base a un criterio técnico y de oportunidad política, decida que ha de ser competencia reglamentaria.

Por otra parte, la configuración del reglamento como independiente encuentra también un fundamento histórico, pero distinto, que conecta con la búsqueda en el siglo XIX por LORENZ VON STEIN, con fundamento en la afirmación del principio monárquico frente al principio democrático, de un ámbito de normación propio del Monarca, exento del poder normativo del Parlamento, lo que hoy día, con nuestro marco constitucional, resulta a todas luces inadmisible[12].

En la actualidad, a tantos años del fundamento histórico de esta clasificación, basta con observar la realidad que conforma nuestro ordenamiento jurídico, para darse cuenta de que tal concepción del reglamento ejecutivo y del reglamento independiente no ayuda a distinguir y a explicar bien nuestro sistema normativo, sino que, por el contrario, genera cierta confusión. Sin duda alguna, son las palabras, por equívocas, la causa de esta confusión, y es la calificación del reglamento como independiente la que mayores problemas plantea, dada la inadecuación del término para explicar con claridad lo que hay detrás de él.

Con esto no queremos decir que esta distinción haya dejado de tener sentido, pues sigue plenamente vigente en nuestro Derecho. Lo que queremos subrayar es que la denominación de un reglamento como independiente resulta poco afortunada, y que el criterio de diferenciación del desarrollo legal no sirve por sí solo para ilustrar la realidad que pretende comprender la tipificación del reglamento en ejecutivo o independiente, ni para explicar en todo caso las consecuencias jurídicas derivadas de esta distinción.

El principal problema radica en que, a día de hoy, es difícil encontrar algún reglamento que sea realmente independiente, si se entiende por tal aquel que regula materias no cubiertas antes por la ley. Por mucho que el reglamento

---

[11] Véase, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit.*, pp. 241 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit.*, p. 852; SANTAMARÍA PASTOR, *Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General* I, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

[12] En lo que hace al fundamento histórico de la categoría del reglamento independiente, puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit.*, p. 216; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit.*, pp. 933-934.

sea la norma más prolija de nuestro ordenamiento, y aventaje a la ley en una proporción nada desdeñable[13], pocos son los espacios que se han resistido a ser invadidos por el legislador, máxime en el contexto constitucional de nuestro Estado social, que deja pocas cosas al margen de la intervención y tutela del aparato del Estado[14].

Esto ocurre así hasta en lo organizativo, espacio normativo que ha constituido, tradicionalmente, el ámbito más característico del reglamento independiente, de tal modo que, sin llegar a estar reservado al reglamento, lo que es imposible en Derecho español, donde no existe una reserva de materia reglamentaria como en el francés, sí que puede decirse que constituye el ámbito que a éste le es propio, siendo el campo natural de regulación independiente de éste[15].

No obstante, hoy día, hasta en lo organizativo existen leyes que regulan no sólo la forma en que se deba ejercer la potestad reglamentaria, y los órganos a los que tal potestad se atribuye, sino que definen límites a la potestad de organización de Gobierno y Administración Pública, estableciendo normas que determinan la propia existencia, estructura, funciones y funcionamiento de sus órganos. Es cierto que, en cualquier caso, cuando se trata del Gobierno y la Administración del Estado, estas normas encuentran su fundamento en las reservas de ley establecidas por la Constitución, en sus artículos 98.1, 98.4 y 103.2, entre otros, pero también es verdad que estamos ante una materia que, como ya se ha dicho, constituye uno de los ámbitos propios del poder reglamentario independiente del Gobierno. En este ámbito, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, constituyen un límite claro a la potestad de autoorganización del Gobierno, y se erigen en las leyes previas que impiden la calificación de los reglamentos organizativos como independientes, conforme a la definición de este tipo de reglamentos que hemos acuñado en estas páginas.

Eso no es algo que suceda sólo en el nivel estatal de organización territorial del Estado, sino que también tiene lugar en los niveles autonómico y local.

---

[13] Como ha señalado SANTAMARÍA PASTOR, en la actualidad, cabe hablar de *«hegemonía del reglamento en el plano cuantitativo», así como de «aplastante superioridad del número de reglamentos sobre el de leyes». Es más, según este autor, el reglamento supone «no menos del 98 por 100 de las disposiciones que integran el sistema normativo». Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* I, *op. cit*., pp. 125 y 224.

[14] *Vid.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., pp. 906 y 912-913.

[15] Las relaciones de especial sujeción constituyen el otro ámbito material que, tradicionalmente, se ha considerado como propio del reglamento independiente. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit*., p. 219.

Todas las Comunidades Autónomas cuentan en la actualidad con leyes de Gobierno y Administración, que establecen límite a la potestad de autoorganización de sus órganos ejecutivos superiores de Gobierno. Lo mismo ocurre en el ámbito local, en el que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), condiciona la organización municipal y provincial hasta el límite de los órganos necesarios, no facultativos, y excediéndose en la interpretación de lo que deban ser las bases estatales para el caso de los Municipios de Gran Población[16].

Por otra parte, también la tipificación del reglamento como ejecutivo, siguiendo este criterio, plantea algunos problemas no resueltos, cuando la realidad demuestra que no es aplicable a cualquier reglamento. Pongamos por caso el de una Orden Ministerial que desarrolla un Real Decreto del Consejo de Ministros, que, a su vez, desarrolla una Ley de las Cortes Generales. O bien, lo que también nos vale, una Orden de una Consejería autonómica que desarrolla un Decreto del correspondiente Consejo de Gobierno, que, a su vez, trae causa del desarrollo de una ley del Parlamento autonómico. ¿Cómo habríamos de calificar a este reglamento que desarrolla no una ley, sino otro reglamento? ¿En qué términos se relaciona este reglamento con la ley? ¿Se trata de un reglamento ejecutivo o de un reglamento independiente?

Sabido es que este tipo de desarrollos reglamentarios, que constituyen el reconocimiento de la potestad reglamentaria derivada de Ministros y Consejeros[17], son posibles en nuestro ordenamiento, y, de hecho, constituyen una práctica habitual, conforme a una técnica normativa consolidada. Así se deriva del art. 4.1, letras b y c, de la Ley del Gobierno, pero también, con mayor claridad, si nos atenemos al caso andaluz, de la lectura del art. 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde se reconoce la potestad reglamentaria de los Consejeros no sólo *«en lo relativo a la organización y materias internas»* de las Consejerías, sino también en los casos en que sean específicamente habilitados para ello *«por una Ley o por un reglamento del Consejo de Gobierno».* Por tanto, no cabe ninguna duda de que estos desarrollos normativos en cascada son posibles, de tal modo que un reglamento de un Ministro o de un Consejero desarrolle un reglamento del órgano colegiado ejecutivo superior de su Gobierno, que, a su vez, desarrolla una ley de su Parlamento.

---

[16] Así lo hemos puesto de manifiesto en TOSCANO GIL, Francisco, *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006, pp. 141-142.

[17] Sobre este tema, véase LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «La potestad reglamentaria de los Ministros», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 39, 1983.

Desde luego, está claro que estos reglamentos no pueden considerarse reglamentos independientes, por cuanto no vienen a regular un ámbito exento de la regulación del legislador, sino que, antes al contrario, se desenvuelven en un campo que no sólo ha sido ya cubierto por una ley previa, sino también por el reglamento que éste está llamado a desarrollar.

Tampoco cabe definirlos como reglamentos ejecutivos, al menos no conforme a la definición que hemos dado de este tipo de reglamento, puesto que no estamos ante un reglamento que desarrolle, complete o ejecute una ley, no de forma directa. No obstante, creemos que, de alguna manera, este reglamento sí que cumple una función de desarrollo o complemento de la ley, aunque sea de forma indirecta. Por tanto, la relación, entre el segundo reglamento y la ley de la que trae causa el primero, existe, pero no es una relación directa. Siendo esto así, ¿podría por ello llamársele reglamento ejecutivo? Creemos que no, puesto que estos términos tienen un sentido entendido en nuestro Derecho, y unas consecuencias jurídicas determinadas, que no se corresponden con el supuesto descrito. Como puede verse, también aquí la utilización de una palabra, el adjetivo ejecutivo, resulta equívoca y confunde, puesto que un reglamento que, en el fondo, desarrolla, completa y ejecuta otra norma, no puede denominarse reglamento ejecutivo.

En el fondo, esta problemática obedece, como ya se habrá intuido, a que la clasificación del reglamento en independiente o ejecutivo atiende a las relaciones de éste con la ley, y este reglamento no es ni lo uno ni lo otro, porque no se relaciona directamente con la ley, sino con otro reglamento. Por tanto, la respuesta final debería ser que la clasificación que aquí estamos analizando no es aplicable a este tipo de reglamentos.

Ahora bien, en última instancia, lo que debería importarnos de esta distinción es, como siempre, la consecuencia jurídica, que, en este caso, viene dada por la respuesta a la pregunta de si resulta o no preceptivo solicitar el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente. Aunque estemos ante un reglamento que desarrolle indirectamente una ley, el parámetro directo al que debe ajustarse el desarrollo reglamentario no es el texto legal, sino el texto reglamentario que le sirve de precedente y le habilita a realizar tal desarrollo. Por tanto, el dictamen del Consejo de Estado, o del órgano consultivo superior autonómico correspondiente, no tiene sentido, por cuanto no es preciso llevar a cabo el control de legalidad, que sí que se llevará a cabo sobre el reglamento que desarrolla directamente la ley.

Por si alguna duda nos quedara, resulta decisiva la dicción del art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que establece como preceptiva la consulta a éste, en los casos de *«reglamentos o disposi-*

ciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». En la medida en que una Orden Ministerial no se dicta en ejecución de una ley, sino de un Real Decreto, lo que es fácil de comprobar examinando la cadena de remisiones normativas, nos parece evidente que no se le debe exigir el dictamen del Consejo de Estado, que, por el contrario, sí será preceptivo para el Real Decreto del Consejo de Ministro. A la misma conclusión cabe llegar con la lectura del art. 17.3 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, si se atiende a los reglamentos propios de esta Comunidad Autónoma.

2.2. EL CRITERIO DE LA REMISIÓN O HABILITACIÓN LEGAL

El otro criterio o elemento diferenciador entre el reglamento ejecutivo y el independiente es el de la remisión o habilitación legal[18], criterio que, a nuestro juicio, es más clarificador que el anterior, y, en conjunción con éste, resulta clave para solventar algunos de los problemas antes apuntados. Conforme a este criterio, el reglamento ejecutivo es aquel que se dicta en base a una habilitación o remisión legal preexistente, que es la que otorga al órgano la potestad para regular tal o cual materia en los términos establecidos por la norma habilitadora, de tal forma que, sin tal remisión, el reglamento no podría aprobarse. Por el contrario, el reglamento independiente es aquel que se dicta sin necesidad de habilitación o remisión legal alguna, en el ejercicio de una potestad o competencia propia, en un ámbito de normación que es propio del órgano que aprueba el reglamento, que no requiere de permiso alguno para poder dictar la nueva norma.

En el fondo, lo que tenemos aquí es la distinción entre la vinculación positiva y la vinculación negativa del reglamento a la ley, de tal modo que mientras el reglamento ejecutivo se encuentra en una relación de vinculación positiva a la ley, el reglamento independiente queda vinculado negativamente a ésta. Por tanto, el reglamento ejecutivo sólo puede ser aprobado en aquellos casos en que el legislador haya habilitado previamente al órgano competente para aprobar tal reglamento, y siempre en los términos establecidos por éste. Por el contrario, el reglamento independiente no requiere de habilitación legal alguna, y puede ser aprobado en el ejercicio de una competencia propia, constituyéndose la ley en su límite, pero no en su presupuesto habilitador.

[18] Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la remisión normativa, que nosotros hemos llamado remisión o habilitación legal, es sólo uno de los tipos de los distintos supuestos de delegaciones legislativas posibles: la delegación recepticia, la remisión normativa y la deslegalización. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit*., pp. 256 y ss.

Bajo este criterio, queda despejado el problema que nos planteábamos más arriba acerca de la existencia de reglamentos independientes en la actualidad. Ello exige dejar a un lado la definición de reglamento independiente que dábamos en el apartado anterior, conforme al criterio del desarrollo legal, y según la cual un reglamento independiente es aquel que no cumple una función de ejecución o desarrollo legal, que no se apoya en una ley previa, y regula materias que no han sido cubiertas antes por el legislador. Como ya se ha dicho, entendido en estos términos, el reglamento independiente no existe, puesto que al no estar vedado ningún espacio al legislador, como consecuencia del principio de primacía de la ley, hoy día no es posible encontrar ámbitos materiales libres de la intervención de éste.

Sin embargo, si entendemos por reglamento independiente aquel que se dicta en el ejercicio de una competencia propia, sin necesidad de habilitación o remisión legal, entonces es claro que aún existen reglamentos independientes, sin ir más lejos los organizativos.

A este respecto, para no confundirse, conviene distinguir entre el otorgamiento de la potestad reglamentaria, que se atribuye a los órganos correspondientes por nuestras leyes de Gobierno y Administración, y la habilitación o remisión legal, que es cosa distinta, y aparece en las concretas leyes sectoriales que habilitan en cada caso a los órganos de Gobierno a aprobar tal o cual reglamento ejecutivo en un sector determinado de actividad de la Administración.

La atribución de la potestad reglamentaria y organizativa a los órganos de Gobierno de nuestras Administraciones territoriales no debe confundirse con la habilitación legal concreta que constituye el presupuesto de un reglamento ejecutivo. Por tanto, el que un reglamento organizativo se dicte en el ejercicio de una potestad conferida por las leyes, como no podía ser de otra manera, no es óbice a su carácter de reglamento independiente, que le viene dado por la ausencia de una concreta habilitación legal[19].

La calificación del reglamento como independiente no quiere decir, ni mucho menos, que la ley no constituya un límite del reglamento. La ley es siempre un límite, siquiera sea desde la perspectiva de la vinculación negativa, y, así, en el caso de la potestad de autoorganización del Gobierno, las leyes que antes

[19] Para MUÑOZ MACHADO, sin embargo, no puede decirse que la remisión normativa no exista en el caso del reglamento independiente, siendo así que, en muchos casos, ésta está presente, si bien con otra naturaleza, y otro alcance. A estos efectos, este autor distingue entre la remisión simple, que es la propia del reglamento independiente, y la remisión delegatoria, que es la del reglamento ejecutivo. Esta segunda lleva aparejada una delegación de potestades, mientras que la primera no comprende la atribución de poderes antes inexistentes, consistiendo, más bien, en *«una invitación a regular, cuya fuerza y obligatoriedad dependerá de la forma en que se configure el mandato legal». Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., pp. 945-946.

hemos referido establecen claros límites al ejercicio de dicha potestad. Pero, como no funciona aquí la ley, es como un presupuesto habilitador, en un esquema de vinculación positiva del reglamento a la ley, de tal modo que, cuando el Gobierno decide ejercer su potestad reglamentaria para modificar la organización de la Administración General, lo hace en el ejercicio de una competencia propia, y en el marco de una opción política, nunca en base a una habilitación previa establecida por una ley del Parlamento[20]. Y a nadie se le ocurre plantearse que, en este caso, el dictamen del Consejo de Estado, o del órgano consultivo superior correspondiente, sea necesario, porque no estamos ante un reglamento que obedezca a un desarrollo legal, cuyo ajuste a la remisión efectuada por el legislador sea preceptivo controlar.

Nuevamente, los términos son aquí equívocos. La calificación del reglamento como independiente parece casar mal con la existencia de una regulación previa que establece límites y condiciona la potestad reglamentaria del Gobierno en el ámbito organizativo. Pero el reglamento es independiente, ya lo hemos dicho, no porque carezca de una regulación legal previa, lo que no es el caso, sino porque esta regulación legal previa no tiene por fin habilitar al Gobierno para el ejercicio de esta potestad, que es, de suyo, una potestad propia de la Administración, inherente al ámbito de autonomía que le corresponde como organización.

El otro supuesto que analizábamos en el apartado anterior nos sigue planteando los mismos problemas con la aplicación del criterio de la remisión o habilitación legal. Y ello porque, como ya hemos dicho, en realidad esta clasificación sólo funciona bien cuando se trata de sistematizar las relaciones del reglamento con la ley. Nos referimos, claro está, al supuesto de la Orden Ministerial que desarrolla el Real Decreto del Consejo de Ministros, que, a su vez, desarrolla la Ley de las Cortes Generales. O bien, como también se ha visto, al mismo supuesto, pero aplicado a reglamentos autonómicos.

Desde luego, la Orden Ministerial o de la Consejería no es en ningún caso un reglamento ejecutivo, puesto que no se dicta en base a una habilitación legal previa, sino en base a una habilitación o remisión reglamentaria. Esto es, la habilitación existe, pero no procede de la ley, sino del reglamento, lo que no impide que el reglamento habilitador venga a su vez habilitado por la ley que le precede. En estos casos, hablar de reglamento ejecutivo nos parece muy forzado, a resultas de la definición que hemos dado de éste, y del sentido entendido que tiene, además de por las consecuencias que tal tipificación trae

[20] En este mismo sentido pueden verse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I, *op. cit*., pp. 218 y 219; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., p. 940.

consigo, solicitud preceptiva del dictamen del órgano consultivo superior del Gobierno, como es bien sabido. Tampoco podemos hablar de reglamento independiente, puesto que no es del todo cierto que el reglamento del supuesto se dicte sin necesidad de habilitación legal. No la precisa éste, pero sí el reglamento que le precede.

3. LA APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN A LAS NORMAS LOCALES

La última parte de este trabajo la dedicaremos a realizar algunas consideraciones sobre las especificidades que presenta la aplicación de estos criterios de diferenciación en el ordenamiento jurídico local. La diversidad propia de las normas locales implica que el análisis de éstas, limitado a los tipos de la ordenanza local y el reglamento orgánico, incurra en un cierto reduccionismo. No obstante, dada la necesidad de acotar el ámbito de nuestro análisis, centraremos únicamente en estos tipos nuestras reflexiones[21]. A su vez, como se verá más adelante, las tesis que aquí vamos a exponer encuentra una mayor fundamentación cuando las normas locales sobre las que se proyectan son normas municipales.

El estudio de las normas locales se ha abordado siempre bajo el presupuesto de que estamos ante una norma de naturaleza reglamentaria. La norma local se considera, por tanto, ante todo, un reglamento. Como tal, recibe el calificativo de reglamento local, si se le aplica la clasificación de éstos que atiende a la esfera del ordenamiento jurídico en la que el reglamento se sitúa.

Si continuamos clasificando a la norma local, conforme al resto de clasificaciones del reglamento que exponíamos al principio de este trabajo, nos encontramos con que, si descendemos a los tipos del reglamento orgánico y la ordenanza local, y atendemos a la clasificación del reglamento según sus efec-

[21] Ésta, por las mismas razones, suele ser la metodología habitual en los estudios doctrinales al uso, sin que por ello se deje de ser consciente de la diversidad de tipos normativos existentes. Así se ha hecho en EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 62-63; TOSCANO GIL, Francisco, *Autonomía y potestad normativa local*, *op. cit.*, p. 77. Si bien también existen estudios que van más allá de los tipos normativos apuntados, como es el caso de VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 307-332. De especial interés resulta el régimen especial municipal de Barcelona, donde la diversidad se ha convertido en aliada de la innovación, como puede verse en GALÁN GALÁN, Alfredo, *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local: el régimen especial del Municipio de Barcelona*, Marcial Pons, Madrid, 2001; GALÁN GALÁN, Alfredo, y VILALTA REIXACH, Marc, «La potestad normativa municipal en la Carta de Barcelona», en FONT I LLOVET, Tomás y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (coords.), *La «Carta Municipal» de Barcelona. Diez Estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 101 y ss.

tos, el primero puede ser considerado un reglamento con efectos *ad intra*, mientras que el segundo sería un reglamento con efectos *ad extra*[22].

No obstante, como podrá intuirse, las mayores especificidades las plantea la aplicación de la clasificación que atiende a las relaciones del reglamento con la ley, clasificación que constituye el objeto central de este trabajo, y que distingue entre reglamentos ejecutivos e independientes. Con la finalidad de subrayar tales singularidades, procederemos, a continuación, a aplicar al reglamento orgánico y a la ordenanza local los dos criterios de diferenciación que ya conocemos, el criterio del desarrollo legal y el de la habilitación o remisión legal.

Comenzando por el estudio del reglamento orgánico[23], podemos decir que la aplicación a éste de estos criterios no plantea mayores problemas, ni ofrece especialidades que difieran de las que se han esbozado en relación a los reglamentos organizativos, estatales o autonómicos, en el apartado anterior. Esto es, entendido el reglamento orgánico como un reglamento organizativo, pasado por el tamiz de los criterios del desarrollo legal y de la habilitación o remisión legal, debemos concluir que estamos ante un reglamento independiente, al igual que decíamos de los reglamentos estatales y autonómicos de naturaleza organizativa.

El reglamento orgánico es un reglamento independiente, porque, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, no cumple una función de ejecución o desarrollo legal en base a una ley previa que le sirva de título habilitante, y que contenga una remisión o habilitación que permita a la Administración local dictar tal reglamento. Por tanto, aunque el reglamento orgánico entre en la regulación de materias que ya han sido atendidas antes por ley, a través de la LBRL, la función del legislador en este caso es la de establecer límites a la potestad de autoorganización local, situando al reglamento orgánico en una posición de vinculación negativa a la ley, nunca de vinculación positiva[24].

---

[22] Así se ha entendido habitualmente por la doctrina, si bien, en este punto, no existe un criterio claro sentado por el legislador. Véase EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales, op. cit*., pp. 63-66; TOSCANO GIL, Francisco, *Autonomía y potestad normativa local, op. cit*., pp. 77-81.

[23] Para saber más sobre el reglamento orgánico, puede verse el completo estudio que de este tipo normativo se hace en GALÁN GALÁN, Alfredo, *El Reglamento Orgánico Local*, INAP, Madrid, 2004. También al respecto, *vid.* RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 90-95.

[24] A pesar de ello, la LBRL, a resultas de la reforma de la misma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, contiene preceptos en los que puede identificarse claramente un mandato al poder normativo local, al que se ordena la aprobación de reglamentos orgánicos, por ejemplo, para la creación de Distritos en los Municipios de Gran Población. Estaríamos, así, ante una *rara avis*, un reglamento organizativo que adquiere caracteres de reglamento ejecutivo, por razón de la

En lo que hace a las ordenanzas locales, los problemas, y las singularidades, son mayores. Si se pasan éstas por el filtro del criterio del desarrollo legal, podría pensarse, en una primera aproximación, que las ordenanzas locales son reglamentos ejecutivos. Esto es así, porque, en cierta medida, las ordenanzas locales cumplen una función de desarrollo o concreción de materias que, por estar reservadas a la ley, han sido reguladas previamente por ésta, y deben ser completadas por la ordenanza.

Sin embargo, la aplicación del criterio de la habilitación o remisión legal nos arroja un resultado bien distinto, que convierte lo aparentemente sencillo en una cuestión más compleja. La ordenanza local no se dicta en base a una habilitación o remisión legal previa. Ni en las leyes reguladoras de sectores materiales de actividad, ni en la LBRL, es posible encontrar este tipo de habilitaciones, al modo de las habilitaciones o remisiones que, por el contrario, sí es posible hallar en las leyes sectoriales, cuando éstas quieren llamar a la colaboración del reglamento estatal o autonómico[25].

De nuevo, debe llamarse la atención sobre la necesidad de no confundir el otorgamiento de la potestad normativa local a las entidades locales y a sus órganos de gobierno, que tiene lugar en la LBRL, con la definición de habilitaciones legales. Sencillamente, porque tales habilitaciones no existen en este caso. Lo que encontramos en la LBRL es, simplemente, la atribución de una potestad, pero no una norma de remisión legal.

Por tanto, en base a la aplicación de este segundo criterio, la ordenanza local habría de clasificarse, necesariamente, como un reglamento independiente, porque no se dicta en función de una habilitación legal previa, sino en el ejercicio de una competencia propia del ente local, que decide regular una materia que le es propia mediante el ejercicio de la potestad normativa que le atribuyen las leyes. Esto es, la aprobación de la ordenanza local es una decisión libre y autónoma de la entidad local, que no responde a una orden o un man-

---

remisión o habilitación legal, en un modelo de relaciones que es más propio de normas que forman parte de un mismo ordenamiento jurídico. Aunque, posiblemente, esta norma estatal obedezca a la realización de un principio constitucional, el de participación ciudadana (arts. 9.2 y 105 CE), en nuestra opinión, no está claro que de la ponderación de este valor y el de autonomía local (arts. 137 y 140 CE) ceda necesariamente el segundo, que es también una exigencia de nuestro Estado democrático (art. 1.1 CE), frente al primero. Por tanto, este precepto bien podría ser considerado inconstitucional.

[25] Según MUÑOZ MACHADO, en aquellos casos en que es posible encontrar apelaciones a los reglamentos y ordenanzas locales, a cuyo contenido el legislador sectorial se remite, tales referencias no pueden considerarse remisiones normativas en sentido estricto. Por el contrario, *«éstas se limitan a invocar la concurrencia de un poder ajeno, que operará en el marco de competencias propias, cuya atribución no es conferida por la ley de referencia sino que es propio de la entidad que lo ejerce y previo a aquella»*. Estas menciones a la reglamentación local se explican mejor mediante la técnica del reenvío. *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., pp. 1118-1119.

dato del legislador estatal o autonómico, y que encuentra su fundamento en el principio de autonomía local reconocido por los artículos 137, 140 y 141 de la CE.

Por supuesto, esto no quiere decir que la ordenanza local esté por encima de la ley, ni mucho menos, sino que puede aprobarse sin esperar a la habilitación de ésta. La ley actúa aquí de otra manera, definiendo los límites que delimitan el campo de actuación de la norma local, bajo un principio de vinculación negativa de la ordenanza a la ley[26].

En este sentido resulta concluyente que a nadie se le ocurra plantear que, para la elaboración de una ordenanza local, sea preceptivo pedir el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma a la que el ente local pertenece. En nuestra opinión, está claro que cuando las leyes reguladoras de los órganos consultivos autonómicos, equivalentes al Consejo de Estado, establecen la obligatoriedad de solicitar su dictamen en relación a los proyectos de reglamentos dictados en ejecución de las leyes y sus modificaciones, no están pensando en las ordenanzas locales. Y ello no sólo porque el procedimiento de elaboración de la ordenanza tenga ya sus propios cauces para articular un control de legalidad sobre el proyecto de normal local, sino porque ésta no se considera en ningún caso un reglamento ejecutivo.

En el fondo, lo que aquí subyace es la especificidad de la naturaleza jurídica del reglamento local, que difiere de la del reglamento estatal o autonómico, lo que lo sitúa necesariamente en una posición distinta cuando entra en relación con la ley. Por esta razón, la relación que el reglamento local guarda con la ley no se parece en nada a la relación que con ésta mantienen reglamentos estatales y autonómicos. El reglamento estatal o autonómico, cuando no tiene naturaleza organizativa, se sitúa en una relación de ejecución de la ley, estatal o autonómica, de la que trae causa. Responde a un mandato o habilitación del poder legislativo, que el ejecutivo estatal o autonómico no puede dejar de llevar a cabo, puesto que está llamado a colaborar con él en el contexto de

[26] En esta misma línea, cabe destacar el riguroso y completo estudio del profesor MUÑOZ MACHADO, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., pp. 1.110 y ss. Algo más recientes son los análisis que se hacen en EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales, op. cit*., pp. 105 y ss., y en VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes, op. cit*., pp. 241 y ss., así como el estudio específico de esta cuestión en GALÁN GALÁN, Alfredo, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», revista *CEMCI* núm. 8, 2010, donde se exponen los principales argumentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales a favor de esta tesis. Por nuestra parte, además de TOSCANO GIL, Francisco, *Autonomía y potestad normativa local, op. cit*., puede verse TOSCANO GIL, Francisco, «La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora», *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 54, 2004. También, en el ámbito sancionador, debe destacarse GRACIA RETORTILLO, Ricard, «Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona», *Cuadernos de Derecho Local* núm. 17, 2008.

una relación directa entre poder legislativo y poder ejecutivo de un mismo ordenamiento jurídico, estatal o autonómico. Esto no es así en el caso de los reglamentos locales, que no se aprueban en atención a un mandato del poder legislativo, por lo que no responden a una idea de ejecución de una ley, estatal o autonómica, que se sitúa en otra esfera del ordenamiento jurídico, sino al ejercicio de una competencia propia y a un poder normativo autónomo reconocido directamente por la Constitución[27].

La diferencia entre la relación que mantiene el reglamento local con la ley, y la que mantiene el reglamento estatal o autonómico, ha sido explicada con gran claridad por el profesor GALÁN GALÁN, que ha indicado que la clave está en entender que la primera se ubica en el contexto de una relación interordinamental, mientras que la segunda obedece a un esquema de relaciones intraordinamentales[28]. Como ha sostenido MUÑOZ MACHADO, la relación de la norma local con la ley estatal o autonómica se parece más, salvando las distancias, a la relación que pueda mantener una ley estatal de bases con una ley autonómica de desarrollo, en la medida en que *«la legislación de desarrollo no se dicta en virtud de habilitaciones contenidas en la legislación básica, sino en uso de potestades propias que son anteriores y externas a la ley que se desarrolla»*[29].

En nuestra opinión, puede decirse que en la relación entre ley y norma local el principio de competencia tiene mayor virtualidad que el de jerarquía. Si la norma local encuentra un límite en la ley, no es porque ésta sea una norma jerárquicamente superior, sino porque lo regulado por la ley está reservado a ésta, por ser competencia de la asamblea legislativa correspondiente[30].

---

[27] Como ha indicado con gran claridad MUÑOZ MACHADO, en Municipios y Provincias también es posible residenciar una de las piezas en las que aparece fragmentada en la actualidad la expresión de la voluntad general, *«ya que si bien no se les atribuye un poder normativo de naturaleza legislativa, ninguna duda cabe de que sus potestades normativas son originarias, ya que se fundamentan directamente en la Constitución y no en la ley»*. *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., p. 576. También en este sentido, de expresivo título, puede verse el libro de GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

[28] *Cfr.* GALÁN GALÁN, Alfredo, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *op. cit*., pp. 6 y 7. En la misma línea, *vid.* ZAFRA VÍCTOR, Manuel, «Autonomía local: un pilar en la organización del Estado de las Autonomías», en ZAFRA VÍCTOR, Manuel (coord.), *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*, IAAP, Sevilla, 2008, p. 178.

[29] *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., p. 939. En contra, con matices, *vid.* VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes, op. cit*., pp. 252-253.

[30] En los términos conocidos del art. 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *«las disposiciones administrativas no podrán (…) regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas»*. Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, en un sistema políticamente descentralizado, como el

Una de las principales razones que explican y justifican esta diferencia es la distinta naturaleza de los órganos a los que se atribuye la potestad normativa en cada caso, la creación del reglamento, y el papel de fuente material de éste. Así, los órganos colegiados ejecutivos superiores del Gobierno del Estado o de la Comunidad Autónoma, Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno, según los casos, son órganos dotados de legitimación democrática indirecta, en los que el ciudadano no elige directamente a los titulares del órgano colegiado. Lo mismo puede decirse de Ministros y Consejeros, así como de Presidentes de Gobiernos estatales y autonómicos, en la medida en que también tienen atribuida potestad reglamentaria. Por contra, el Pleno de los Ayuntamientos, que no el de las Diputaciones Provinciales, es un órgano dotado de legitimación democrática directa, en el que los ciudadanos eligen sin ningún tipo de intermediación a los titulares del órgano colegiado de Gobierno del Ayuntamiento[31].

Lo que aquí ocurre es que la legitimación democrática del Pleno de un Ayuntamiento termina por parecerse más a la legitimación de un Parlamento[32] que a la de los órganos de Gobierno superiores de Estado y Comunidades Autónomas, a pesar de que ambos tipos de órganos se encuentren ubicados en la esfera del poder ejecutivo. Por supuesto, esto no quiere decir que el Pleno de un Ayuntamiento sea un Parlamento, no es esto lo que estamos diciendo en estas páginas, puesto que mientras el Ayuntamiento siga siendo Administración Pública, y el Pleno su órgano de Gobierno y Administración, no es posible sostener tal afirmación. Pero, en la práctica, es imposible desconocer que la realidad nos enseña que el juego político del Pleno de un Ayuntamiento es el propio de un Parlamento democrático, siendo el papel que tiene asignado este órgano muy diferente al que corresponde a cualquier otro órgano administrativo colegiado, e incluso al que corresponde a los órganos colegiados superiores de Gobierno de Estado y Comunidades Autónomas.

---

nuestro, en el que el ordenamiento jurídico no es unitario, sino complejo, las relaciones entre los distintos ordenamientos, principal y secundarios, y entre las normas que los integran, *«no siempre son jerárquicas, sino que muy habitualmente se rigen por el principio de competencia». Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, op. *cit*., pp. 235 y 1050. De especial interés nos parecen las consideraciones de VELASCO CABALLERO, para quien, *«pese a las apariencias, el llamado criterio de competencia en la articulación de las fuentes del Derecho no aporta demasiada novedad en relación con la jerarquía». Cfr.* VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes, op. cit*., pp. 243-245.

[31] En esta misma línea, véase GALÁN GALÁN, Alfredo, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *op. cit*., p. 5.

[32] Así lo ha entendido también MUÑOZ MACHADO, para quien puede trazarse *«un cierto parangón entre la base democrática y representativa que, por igual, tienen las Asambleas legislativas estatales y los plenos municipales, aunque la función de aquella sea constitucionalmente más elevada y tenga otra significación general». Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., p. 1.054.

Lo que se sigue de este planteamiento es fácil de ver. La consecuencia directa de sostener estas tesis está en reconocer que, en el fondo, la ordenanza local es una ley material[33]. O, dicho de otra manera, la norma local no es realmente un reglamento. Es, más bien, otra cosa[34].

No obstante, mientras que el ordenamiento jurídico español siga concibiendo la norma local como un reglamento, la existencia de reservas de ley formal, muy especialmente las de la Constitución, pero también las que llevan a cabo las propias leyes, impiden que este planteamiento puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, no teniendo mayor recorrido que el que ya se ha apuntado en estas páginas, en lo que hace a las relaciones entre esta norma y la ley. Por tanto, por mucho que la ordenanza local pueda considerarse una ley material, esto sólo le da pie a establecer regulaciones propias y diferenciadas, en el ejercicio de competencias y políticas propias de la entidad autónoma local, pero con el necesario respeto a la reserva de ley, que, en ningún caso puede ser soslayada por la norma local.

En este punto, es importante traer a colación la opinión del profesor MUÑOZ MACHADO, quien ha relativizado los límites derivados de la reserva de ley para la norma local, al entender que cuando las entidades locales, en el ejercicio de su poder normativo, *«afectan materias que están reservadas a la ley, tal intervención es legítima si no vulnera lo que otras leyes, dictadas en materia de la competencia de las instituciones estatales o autonómicas, establezcan»*[35]. Esta valoración no es nada fácil, puesto que requiere de un examen

[33] En términos similares se ha pronunciado MUÑOZ MACHADO, para quien las ordenanzas municipales, *«aunque no revistan la forma de leyes»*, no cabe duda de que *«tienen también la consideración constitucional de ley por su posición en el ordenamiento jurídico y por su legitimación para satisfacer las reservas constitucionales de ley, de acuerdo con las normas que delimitan sus atribuciones»*. Según este autor, aunque la noción de ley material no tiene acogida general en la Constitución, es imprescindible para explicar las relaciones entre estas normas. *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit.*, pp. 582 y 1.054-1.055. Con la misma claridad lo ha dicho ZAFRA VÍCTOR, para quien *«una ordenanza es una ley material, una potestad surgida de un gobierno democrático»*. *Cfr.* ZAFRA VÍCTOR, Manuel, «Autonomía local: un pilar en la organización del Estado de las Autonomías», *op. cit*., p. 177. Y, más recientemente, GALÁN GALÁN ha defendido que, *«desde el punto de vista del tipo de legitimación poseída, las normas municipales (las del Pleno) se asemejan materialmente a las leyes parlamentarias»*. *Cfr.* GALÁN GALÁN, Alfredo, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *op. cit*., p. 10.

[34] En estos términos se ha pronunciado el profesor GALÁN GALÁN, para quien *«la norma municipal constituye una categoría normativa propia e independiente de las demás. (…) un tipo normativo distinto al reglamento en sentido estricto»*. *Cfr.* GALÁN GALÁN, Alfredo, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *op. cit*., p. 4. También en esta misma línea, *vid.* VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes, op. cit*., pp. 235-237.

[35] *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit.*, p. 577.

pormenorizado, apegado a la jurisprudencia, de los principales supuestos, y materias, en que la reserva de ley opera[36].

Por otra parte, con esta tesis se nos plantearía el problema del control judicial de estas normas, que, en estos momentos, está residenciado claramente en la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como se deriva de los artículos 1.1 y 10.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dejar de concebir a las normas locales como reglamentos, y configurarlas formalmente como leyes, implicaría que el control de éstas habría que llevarlo directamente ante el Tribunal Constitucional, lo que, funcionalmente, no conduce a ninguna parte. Desde luego, no parece sensato, dada la profusión de normas locales y los más de 8.000 Municipios con potestad para producirlas, además de por razón del papel de control extraordinario y excepcional que se le reserva al Tribunal Constitucional, y de la conocida sobrecarga de este.

Sin embargo, ello no quiere decir que formalmente esto sea imposible. Así lo prueba el hecho de que, mediante Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (art. 1 y Disposición Adicional Única), se haya sustraído del control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para conocer de los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que ahora corresponden, en exclusiva, al Tribunal Constitucional (nuevo art. 3, letra d, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y nueva Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). No siendo las Normas Forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos normas con rango de ley, sino normas de naturaleza reglamentaria, el paralelismo es evidente[37].

Nos parece oportuno finalizar este trabajo con una última consideración; no debe perderse de vista que, como ha recordado MUÑOZ MACHADO, la descentralización política territorial, y la autonomía de los entes políticos territoriales, no obedece sólo a un fundamento de autogobierno, de gestión de intereses propios de las colectividades que se autoorganizan y dotan de un orde-

[36] A esta tarea da cumplida solución el autor en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit*., pp. 1.119-1.139. También al respecto, nos parecen de interés los análisis que se hacen en EMBID IRUJO. Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, *op. cit.*, pp. 92-103 y 126-133; RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho Local, op. cit*., pp. 100-109; y VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes, op. cit*., pp. 255-277.

[37] Esta misma cuestión no le ha pasado inadvertida a EMBID IRUJO, que se ha referido a ella, sucintamente, en EMBID IRUJO, Antonio, La *potestad reglamentaria de las entidades locales, op. cit*., p. 123.

namiento propio. La autonomía es también limitación del poder del Estado, frente a la concentración del poder en éste[38]. Por tanto, la autonomía obedece, en última instancia, tanto a exigencias de Democracia como de Estado de Derecho, plasmadas en nuestro Texto Constitucional en el ejercicio de una opción política. Y esto es algo que debe tenerse muy presente cuando se plantea la articulación de las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos que conforman nuestro Estado, que viene predeterminada, en definitiva, por esta concepción[39].

Por supuesto, tampoco debe obviarse que la complejidad de nuestro actual sistema de fuentes del Derecho es resultado directo del abrazo entusiasta de este modelo de Estado autonómico, y que tal complejidad no ayuda precisamente a la seguridad jurídica. No contribuye a la garantía de la posición jurídica del ciudadano, que es el destinatario final del sistema, y el eje en torno al cual debe girar éste. Cualquier reflexión que se haga en el futuro sobre nuestro sistema de fuentes no debe soslayar que el resultado final tiene que ser, en todo caso, armónico y funcional. Como es obvio, no estamos ante una tarea fácil, pero esto, como le hemos oído en más de una ocasión al profesor VELASCO CABALLERO, no hace necesariamente odioso, o imposible, el modelo elegido, sino, solamente, más complejo y difícil de articular. El reto está sobre la mesa. Pero eso, parafraseando a KIPLING, es ya otra historia, o, más bien, otro debate.

4. BIBLIOGRAFÍA

EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010.

GALÁN GALÁN, Alfredo, *El Reglamento Orgánico Local*, INAP, Madrid, 2004.

— *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local: el régimen especial del Municipio de Barcelona*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

— «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», revista *CEMCI* núm. 8, 2010.

[38] *Cfr.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, *op. cit.*, pp. 1.050-1.051.

[39] Para ZAFRA VÍCTOR, éste es un argumento fundamental, siendo así que, según este autor, «*la razón por la que una ordenanza innova el ordenamiento jurídico y no reduce su alcance al de ejecutar el mandato de una ley que habilite su sentido, radica en la naturaleza democrática del gobierno local (…), porque según el artículo 1 de la Constitución, los valores superiores son el pluralismo político y el principio democrático*». *Cfr.* ZAFRA VÍCTOR, Manuel, «Autonomía local: un pilar en la organización del Estado de las Autonomías», *op. cit.*, p. 189.

— *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

GALÁN GALÁN, Alfredo, y VILALTA REIXACH, Marc, «La potestad normativa municipal en la Carta de Barcelona», en FONT I LLOVET, Tomás y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (coords.), *La «Carta Municipal» de Barcelona. Diez Estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

GAMERO CASADO, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* I. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

GRACIA RETORTILLO, Ricard, «Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona», *Cuadernos de Derecho Local* núm. 17, 2008.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «La potestad reglamentaria de los Ministros», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 39, 1983.

MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* II, Iustel, Madrid, 2006.

RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* I, Iustel, Madrid, 2009.

SANTOS MORÓN, María José, «El sistema Bolonia y los estudios de Derecho: una reflexión crítica tras su implantación», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 14, 2010.

TOSCANO GIL, Francisco, *Autonomía y potestad normativa local,* Comares, Granada, 2006.

— «La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora», *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 54, 2004.

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

ZAFRA VÍCTOR, Manuel, «Autonomía local: un pilar en la organización del Estado de las Autonomías», en ZAFRA VÍCTOR, Manuel (coord.), *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*, IAAP, Sevilla, 2008.