

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Depósito legal, M. 1.532 - 1968.

AÑO XXVII

OCTUBRE-NOV.-DICIEMBRE

NUM. 160

I. SECCION DOCTRINAL

Los límites del poder de ordenanza (*)

por

JOSE-MARIA BOQUERA OLIVER

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS ORDENANZAS, FUENTES DEL DERECHO: SUS LÍMITES.—III. LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS ORDENANZAS: 1. *Evolución legislativa y doctrinal*. 2. *Los elementos integrantes del Ordenamiento jurídico*. 3. *La naturaleza jurídica de los reglamentos*.—IV. LOS LÍMITES DEL PODER DE ORDENANZA: 1. *Leyes*. 2. *Costumbres*. 3. *Principios generales del Derecho*. 4. *Disposiciones generales*.

I. INTRODUCCION

El Derecho administrativo enseña, y la experiencia demuestra, que los Municipios y las Provincias nos imponen obligaciones, o nos conceden derechos, sin contar con nuestra voluntad. Por esto decimos que aquéllos son sujetos titulares de poder público, de poder público-administrativo.

Pero, unas veces, imponen las obligaciones a este o a aquel administrado. Otorgan derechos a esta o a aquella persona. Los efectos jurídicos de su voluntad se dirigen a persona o personas determinadas. A administrados conocidos por su nombre y dos apellidos, o individualizados por otras características, quizá me-

(*) Texto de la Conferencia pronunciada, el 12 de octubre de 1968, en Ceuta durante las V Jornadas Gaditanas de Administración Local, organizadas por el Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local de la Provincia de Cádiz.

nos personales, pero igualmente específicas. En otras ocasiones, por el contrario, las obligaciones y los derechos, creados por las Administraciones locales con el solo poder de su voluntad, van destinados a todos sus administrados o a grupos de sujetos indeterminados. A quienes pretenden edificar en el término municipal; a los que por él circulen con vehículos de motor; a los industriales de tal ramo,...

Estas dos posibles formas de actuación, diversificadas por el modo o manera como los efectos de la voluntad administrativa se dirigen e inciden sobre sus destinatarios, demuestra que las Entidades locales disponen de dos clases de poder: el poder de decidir por vía singular y el poder de decidir por vía general. Este último puede denominarse poder de ordenanza.

Entre el poder de decidir con respecto a casos singulares y el poder de ordenanza existe una diferencia cuantitativa. El primero permite mover a los administrados de uno en uno, o a varios, después de individualizarlos perfectamente, en el sentido que su titular estime necesario para conseguir los fines públicos que tiene encomendados. El segundo, en cambio, permite movilizar a todos los componentes de la comunidad local o a una parte indeterminada de la misma, con idéntico propósito. Por esta razón el poder de ordenanza tiene mayor importancia práctica, más trascendencia en la realidad, que el poder de adoptar actos concretos o singulares.

Pero ¿son de igual calidad jurídica una y otra clase de poder? La naturaleza jurídica de sus manifestaciones ¿es idéntica o diferente?

II. LAS ORDENANZAS, FUENTES DEL DERECHO: SUS LIMITES

En la doctrina domina la convicción de que las ordenanzas y los actos singulares son cualitativamente diferentes. Las primeras, por ser una especie de reglamentos, son fuentes del Derecho, elementos componentes del Ordenamiento jurídico. Los segundos son actos administrativos que viven subordinados al Derecho, en un plano inferior al del Ordenamiento jurídico.

Para unos autores, las ordenanzas tienen la condición de fuentes del Derecho porque son declaraciones generales, lo que les permite ordenar la convivencia de los hombres. «Quien a su libre arbitrio dicta soluciones concretas aboca, casi necesariamente —dice RIVERO (1)—, al caos; la norma, por su generalidad e impersonalidad, es ordenadora». La sumisión de la Administración a disposiciones generales constituye una garantía para el administrado (2). Por eso, concluye GARRIDO FALLA (3), «lo que HAURIUO ha llamado el «bloque de la legalidad» está constituido no sólo por las leyes formales que limitan a la Administración, sino también por los propios reglamentos dictados por la Administración misma».

Según otros autores (4), la nota de permanencia, y no la de generalidad, es la que caracteriza al reglamento, porque la previsión, y la regulación por igual, de conductas futuras ordena la vida de la comunidad. Por esta razón, los reglamentos viven en un mundo—el del Derecho objetivo—distinto a aquel en el que se desenvuelven los actos administrativos de efectos instantáneos, los actos que se consumen con una sola aplicación.

En este momento no es oportuno que nos entretengamos en examinar si es la generalidad o la permanencia la característica material de los reglamentos. Lo que ahora me importa es la conclusión, compartida por gran número de autores, de que aquéllos constituyen una fuente del Derecho, y a ella se llega tanto si se parte de la tesis de su generalidad como de la tesis de su permanencia.

(1) «L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de Droit?», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957, pág. 68.

(2) «La regla según la cual «todo condenado a muerte será guillotinado» procura a los ciudadanos seguridad y protección; es una garantía frente a la fantasía y los caprichos del verdugo» (RIVERO, «Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits», en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey-Bruylant, 1963, II, pág. 814.

(3) «La Administración y la Ley», *Revista de Administración Pública*, número 6, pág. 131.

(4) Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de Derecho administrativo*, Granada, 1843, I, pág. 20; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, especialmente pág. 164; L. MARTÍN-RETORTILLO, «Actos administrativos generales y reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, especialmente pág. 249.

Si se considera a las ordenanzas fuente del Derecho, conoceremos sus límites cuando determinemos el lugar que ocupan en la escala jerárquica de las fuentes de producción jurídica. Las fuentes que en dicha escala se encuentran en lugares superiores a las ordenanzas limitarán el ejercicio del poder que las origina.

Para la fijación del lugar que en la jerarquía de las fuentes del Derecho corresponde a las ordenanzas los autores españoles suelen aplicar dos criterios. El primero, lo obtienen de los artículos 5.º y 6.º del Código civil, pues entienden que el término «leyes» empleado en estos preceptos comprende tanto a las leyes, en sentido estricto, como a los reglamentos. El segundo, lo deducen de la jerarquía de los órganos titulares de poder reglamentario, ya que la jerarquía de dichos órganos determina la de sus reglamentos. En virtud del primer criterio, las ordenanzas, como todos los reglamentos, se sitúan sobre las costumbres del lugar y los principios generales del Derecho. Por aplicación del segundo criterio, las ordenanzas se subordinan a los reglamentos estatales, porque se estima que el Estado ocupa un lugar jerárquico superior al de las Entidades locales.

En el *Tratado de Derecho administrativo* del profesor GARRIDO FALLA (5), por ejemplo, los «reglamentos de otras Entidades públicas», es decir, todos los reglamentos no estatales, ocupan el sexto puesto de la escala jerárquica de las fuentes del Derecho administrativo, inmediatamente después de los «reglamentos ministeriales», y antes de la costumbre (7.º puesto) y de los principios generales del Derecho (8.º puesto).

Durante muchos años, nuestras leyes administrativas básicas corroboraron, o al menos dieron pie, a mantener la idea de que los reglamentos son fuentes del Derecho y, por tanto, de naturaleza diferente a los actos singulares de la Administración.

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894 declaraba (art. 1.º) que el recurso contencioso-administrativo podía interponerse «contra las *resoluciones administrativas* ... que vulneren un derecho de carácter administra-

(5) Cuarta ed., I. E. P., Madrid, 1966, vol. I, págs. 229 y 230. Véase también ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, 3.º ed., Tecnos, Madrid, 1968, pág. 72.

tivo establecido anteriormente en favor del demandante por *una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo*» (6).

La Ley municipal de 1935—que perfiló el recurso contencioso-administrativo de anulación instaurado por el Estatuto—decía (art. 223) que los *acuerdos* de las Corporaciones locales y de los Alcaldes podrán ser objeto de dicho recurso por violación de *disposición administrativa*, bien sea *legal, reglamentaria* o de *prescripción autonómica*.

Estos preceptos, y otros de idéntico contenido que perduraron hasta que la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa sustituyó al texto refundido de 8 de febrero de 1952 sobre la misma Jurisdicción, prueban que durante muchos años nuestra legislación situaba en un mundo a las leyes, reglamentos y prescripciones autonómicas u ordenanzas, y en otro a los actos singulares o resoluciones administrativas. El primero se consideraba el mundo del Derecho objetivo. El segundo, el mundo de los actos administrativos.

Los actos administrativos no debían ser contrarios a las leyes ni a los reglamentos y ordenanzas. Si aquéllos infringían lo dispuesto por leyes y reglamentos estatales o locales podían ser objeto de recurso contencioso-administrativo. El Juez, al conocer este recurso, comparaba la resolución con los elementos del Ordenamiento jurídico y finalmente decidía que el acto continuara viviendo si no contrariaba a las disposiciones legales o reglamentarias o lo eliminaba de la vida jurídica, si se oponía a éstas. Los reglamentos, a igual que las leyes, cualquiera quien fuera su autor, no pudieron ser impugnados hasta 1924, fecha en la que el Estatuto municipal hizo posible la impugnación directa de una clase de ellos, las ordenanzas, precisamente. A partir de la Ley

(6) Si algún recurrente esgrimía el artículo 6.º del Código civil y sostenía que el acto administrativo era contrario a un principio general del Derecho se le contestaba que «... no es de tener en cuenta el artículo 6.º del Código civil, según el que, cuando no haya ley exactamente aplicable, se aplicarán los principios del Derecho porque en el contencioso-administrativo—decía la conocida sentencia de 7 de diciembre de 1914—, cuando no hay ley aplicable que establezca el derecho, es obligada la aplicación del artículo 1.º de esta jurisdicción, que impide reconocerlo». *Vide* sobre esta doctrina y su evolución, CLAVERO ARÉVALO, «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 7, págs. 51 y sigs.

de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888 se pudieron impugnar los actos singulares que aplicaban reglamentos contrarios a las leyes, con lo cual se paliaba la impunidad del poder reglamentario. Se dijo que de este modo aquéllos eran impugnados de manera indirecta a través de sus actos de aplicación. Pero esto era un eufemismo. El único impugnado era el acto singular que aplicaba un reglamento viciado de ilegalidad. El acto desaparecía si se estimaba el recurso, pero el reglamento continuaba viviendo pese a su ilegalidad. Todo se desarrollaba como si los reglamentos fueran de naturaleza diferente a las resoluciones administrativas; unos y otras se movían en órbitas diferentes y a la de los primeros no llegaba la artillería jurídica de la época. Se podía, pues, pensar que el reglamento recibía el trato que corresponde a una fuente del Derecho (7). La innovación

(7) Cuando se estudie con detenimiento y acierto el por qué nuestras primeras Leyes de lo contencioso-administrativo negaron a los administrados el recurso directo contra los reglamentos y ordenanzas se descubrirá que consiguieron esta cómoda situación por motivos totalmente ajenos a su naturaleza jurídica.

Puedo recordarles que Alfonso GONZÁLEZ, en su excelente obra sobre *La materia contencioso-administrativa*, publicada en 1891, afirma que fue el sistema de jurisdicción retenida, inicialmente implantado en nuestra Patria, el causante de que los reglamentos quedaran al margen de la fiscalización jurisdiccional. El Código penal (1822, 1848, 1850, 1870) tipificaba como delito el dictar reglamentos contrarios a las leyes. ¿Cómo iban los Ministros, que tenían en sus manos la jurisdicción contencioso-administrativa—dice el autor citado (*ob. cit.*, págs. 181 y 182)—, a reconocer que habían dictado un reglamento contrario a las leyes? «Esto equivaldría a decretar su propia muerte moral y a reconocerse incurso en la responsabilidad que el artículo 388 del Código Penal establece».

«Cuando la jurisdicción contencioso-administrativa fue delegada al Tribunal Supremo, el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal continuaban castigando al Ministro que refrendara una disposición contraria a las leyes. Estimar un recurso contra reglamentos ilegales hubiera obligado al Tribunal Supremo a pasar el tanto de culpa del Ministro a los Tribunales ordinarios». «Por racionales dictados del corazón humano—comenta A. GONZÁLEZ (*ob. cit.*, pág. 184)—el exceso de pena es el más fecundo origen y la fuente más caudalosa de impunidad».

Como la anterior explicación no podía airearse, se comenzó a decir que los reglamentos, a efectos del recurso contencioso-administrativo, estaban equiparados en fuerza jurídica a las leyes. A. GONZÁLEZ (*ob. cit.*, pág. 184) recuerda que, en 26 de enero de 1881, fue sometido a la deliberación de las Cortes un proyecto de Ley en cuyo artículo 28 se confundieron «en una misma regla de eficacia para los efectos del recurso contencioso-administrativo, las disposiciones emanadas del Poder legislativo y las que el Poder ejecutivo dictase». De ahí fácil resultó saltar a la idea, que con el tiempo

establecida por el Estatuto municipal de 1924, antes mencionada (posiblemente por lo limitado de su campo de aplicación), no conmovió las convicciones de los juristas sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos, pero sembró en algunos de ellos, como luego veremos, cierta inquietud.

III. LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS ORDENANZAS

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y DOCTRINAL.

Sin embargo, no todos compartieron la difundida tesis de que los reglamentos eran fuente del Derecho. Desde 1905 hasta 1953 encontramos, con relativa frecuencia, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la afirmación de que la potestad reglamentaria pertenece a la función política o de gobierno, que los reglamentos son actos de gobierno (8). Durante aquellos años, y todavía en la actualidad, muchos autores consideraron que los actos políticos o de gobierno no eran otra cosa que actos administrativos excluidos de fiscalización jurisdiccional. Las manifestaciones de la función política se encontraban en una situación de privilegio si se las comparaba con las de la denominada función administrativa, pero ambas eran de idéntica naturaleza. Teniendo presente esta configuración de la función política, en aquellos años apenas contradicha, se comprenderá perfectamente que cuando nuestro Tribunal Supremo calificaba a los reglamentos de actos políticos les negaba el carácter de fuentes del Derecho. Expresaba su convicción de que eran declaraciones generales de la Administración de idéntica naturaleza a sus declaraciones singulares. Su importancia era la única característica que explicaba

fue convirtiéndose en creencia, de que los reglamentos, a igual que las leyes, eran fuente del Derecho administrativo.

(8) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, página 151. Este autor cita las sentencias siguientes: 2 de diciembre de 1905, 10 de junio y 10 de diciembre de 1921, 16 de junio de 1922, 12 de marzo y 16 de diciembre de 1948, 14 de marzo de 1953 y auto de 2 de julio de 1907, que mantienen la tesis recogida en el texto sobre la naturaleza del poder reglamentario.

su exclusión de la fiscalización que los Jueces deben ejercer sobre toda actividad administrativa.

Cuando el Estatuto municipal de 1924 (art. 168) admitió, como antes recordábamos, la impugnación directa de ordenanzas, quienes entendían que los reglamentos eran de naturaleza diferente a las resoluciones administrativas, comenzaron a sentir alguna incomodidad. Esta clase de reglamentos bajaban del emperio, en donde habían estado al lado de las leyes, y podían sentarse en el duro banquillo de los acusados—de igual manera que los actos administrativos singulares—a oír del Juez la decisión sobre si seguirían viviendo o debían volver a la nada por contradecir a las leyes. Pero el Estatuto municipal y la Ley municipal de 1935 establecieron cauces muy estrechos para la fiscalización jurisdiccional de ordenanzas y no llegó a producirse el cambio de ideas que ahora ya parece ineludible.

Fue la vigente Ley de Régimen local la que, como ha dicho CLAVERO ARÉVALO (9), formuló el principio de la impugnación de las ordenanzas con una generalidad y unos términos absolutos que antes no se conocían. La mayor parte de la doctrina siguió, no obstante, sin apreciar las consecuencias que la nueva situación podía tener con respecto a la conceptualización tradicional de los reglamentos. Sólo algunos autores comenzaron a tenerla en cuenta (10).

El profesor GARRIDO FALLA, sin poder, o sin querer, desprenderse totalmente de una concepción del reglamento ampliamente admitida, para explicar de alguna manera la nueva situación, afirmó (11), y afirma (12), que los reglamentos tienen dos vertientes;

(9) «El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen local», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1951, pág. 7 de la separata.

(10) «No conviene olvidar que si materialmente puede dudarse de la naturaleza administrativa del acto regla de la Administración—dice CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, en nota anterior, pág. 5—, formalmente no puede haber duda de que los reglamentos emanan de un órgano administrativo».

(11) «La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, págs. 223 y sigs.; *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, I. E. P., Madrid, 1956, págs. 112, 114 y sigs.

(12) *Tratado de Derecho administrativo*, I. E. P., Madrid, 1966, 4.ª edición, especialmente pág. 264.

según una, son «fuente del Derecho administrativo», y según la otra, «actos administrativos». Evidentemente, una cosa no puede ser a la vez dos realidades o cosas diferentes. La contradicción es clara y quizá por eso la referida tesis de GARRIDO FALLA ha sido criticada; pero yo creo que en ella, de una parte, debe verse reflejada la perplejidad que los cambios recientemente acaecidos produjeron en quien se mostró sensible a ellos y, de otra, debe reconocérsele el mérito de haber realizado un esfuerzo para explicar una situación nueva, un momento de transición, que no vieron o no quisieron reconocer otros muchos cultivadores del Derecho administrativo.

El momento de transición a que acabo de aludir termina a finales del año 1956. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 colocó claramente a los reglamentos en el lugar que por su naturaleza les corresponde.

La Ley citada declaró que los reglamentos no eran fuentes del Derecho o elementos integrantes del Ordenamiento jurídico. Aquéllos eran, por esencia, actos administrativos y tenían su sitio al lado de los actos administrativos singulares. La vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dice esto de diversas maneras y en múltiples ocasiones, pero basta ahora recordar dos de sus preceptos. El artículo 28 que, al referirse a la legitimación para recurrir, habla de «demandar la declaración de no ser conformes a *Derecho* y, en su caso, la anulación de los *actos y disposiciones de la Administración*». «La sentencia—según el artículo 83—desestimaré el recurso contencioso-administrativo cuando se *ajustare a Derecho* el *acto* o la *disposición* a que se refiere» y lo estimará «cuando el *acto* o la *disposición* incurriere en cualquier forma de infracción del *Ordenamiento jurídico*». «Disposición—dice la Exposición de motivos de la Ley—equivale a precepto de carácter general con categoría inferior a la ley».

La nueva Ley sitúa, pues, en un plano al Derecho u Ordenamiento jurídico y, en otro, a los actos y a las disposiciones administrativas. Actos y disposiciones se encuentran juntos en un plano inferior al que ocupa el Derecho y, por eso, unos y otras pueden confrontarse con el Ordenamiento jurídico. En el supuesto de que las disposiciones integraran el Ordenamiento jurídico,

los citados preceptos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa resultarían incomprensibles e imposible la operación intelectual que la misma exige a los Jueces (13).

La Ley de 27 de diciembre de 1956, con sus declaraciones antes citadas, nos recuerda también cuál es la verdadera esencia de las fuentes del Derecho y nos muestra la específica naturaleza de la actividad administrativa.

«Con la mera introducción de una acción nueva, el recurso directo contra Reglamentos, comienza a hacerse visible que el Reglamento es algo sustancialmente distinto de la Ley—dice GARCÍA DE ENTERRÍA (14)—, y no sólo por el motivo de su inferioridad jerárquica, que esto nunca había llegado a olvidarse, sino, y sobre todo, por razón de su distinta fuente de legitimidad. La Ley es una emanación del más alto poder de la comunidad, es en rigor una disposición de la propia comunidad—a través de sus órganos representativos—sobre sí misma, es el fruto por eso de un auténtico poder soberano. Por el contrario, el Reglamento es un producto de la voluntad administrativa ..., la Administración ... es completamente obvio que no es titular de un poder soberano».

Podríamos decir, con otras palabras, que la ley es una fuente del Derecho, un elemento integrante del Ordenamiento jurídico, y el reglamento no lo es. Conclusión que pudo o puede obtenerse a partir de la noción de fuente del Derecho, sin necesidad de tomar en cuenta si contra una y otro caben o no recursos de anulación por parte de los particulares. Fuentes primarias del Derecho, dice DE CASTRO Y BRAVO (15), son «los distintos poderes sociales a los que, dentro del Ordenamiento jurídico, se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas, con independencia, por propia potestad soberana». Los reglamentos ni son manifestación de un poder social, ni producen consecuencias jurídicas por propia potestad soberana. El propio DE CASTRO Y BRA-

(13) Puede objetarse que también los Jueces anulan resoluciones y disposiciones por ser contrarias a otras resoluciones o disposiciones. Efectivamente, lo hacen así cuando rompen relaciones de jerarquía impuestas por el Ordenamiento jurídico entre actos administrativos. De este punto nos ocuparemos más adelante.

(14) «La interdicción de la arbitrariedad...», cit., pág. 152.

(15) *Derecho civil de España*, I. E. P., Madrid, 1955, I, pág. 367.

vo (16) afirma que «en la organización moderna del Estado (cualquiera que sea su forma) las normas administrativas (como los actos administrativos) carecen de valor propio u originario; pues su eficacia jurídica deriva de una norma superior, de la que, por tanto, dependen; su base o último fundamento habrá de ser siempre una norma con categoría de ley en sentido estricto.

La ordenación jerárquica señalada significa, ante todo—continúa este autor—, que la ley es la única, entre las normas estatales, que alcanza el significado de fuente jurídica...».

2. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Pero la ley no es la única manifestación de un poder social con posibilidad de producir normas jurídicas por propia potestad soberana. También las costumbres nacen directamente de la sociedad y se imponen a la comunidad por sí mismas, como «la expresión más fiel del espíritu nacional» (17), sin que para obligar tengan que acomodarse a reglas jurídicas superiores. Emanan de un poder social inicial, libre, incondicionado, en una palabra, soberano.

Estas consideraciones son válidas igualmente con respecto a los principios generales del Derecho si los entendemos como deducción de esa conciencia de lo justo e injusto que Dios ha puesto en los hombres. En este sentido, los principios generales del Derecho integran también el Ordenamiento jurídico, pues su fuerza de obligar es originaria e incondicionada. Si pensamos, por el contrario, que los principios generales del Derecho son «inducidos ... del conjunto de las prescripciones legislativas o de datos equivalentes ... participan—como dice LATOURNERIE (18)—de su naturaleza», y, en este caso, claro es, no constituyen una fuente de Derecho con propia individualidad, pues su eficacia jurídica no es diferente e independiente de las leyes o de otros datos equivalentes.

El origen de su legitimidad y su fuerza jurídica soberana ca-

(16) *Ob. cit.*, I, pág. 401.

(17) DE CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, I, pág. 417.

(18) «Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat», *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1952, págs. 205 y 206.

racterizan a las fuentes del Derecho o elementos integrantes del Ordenamiento jurídico, y no notas ajurídicas o materiales como son la generalidad o la permanencia. Si estas notas fueran definidoras del Derecho u Ordenamiento jurídico, las leyes singulares o las susceptibles de una sola aplicación habría que considerarlas fuera del Ordenamiento jurídico y no se sabría en qué categoría jurídica incluirlas.

En conclusión, si el término «leyes» empleado por el artículo 6.º del Código civil se entiende en su sentido propio y estricto, podemos afirmar que dicho precepto nos ofrece una enumeración completa, exhaustiva, de los elementos que integran el Ordenamiento jurídico, pues éstos son las Leyes, las Costumbres y los Principios generales del Derecho.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS.

Los reglamentos, y por consiguiente las ordenanzas, no forman parte integrante del Ordenamiento jurídico. En éste tienen su origen, por cuanto el poder reglamentario es una creación de las leyes (19), y a él deben conformarse para existir y desplegar su eficacia. El poder reglamentario ni es inicial, ni libre. Sus efectos descansan, a igual que los de los actos administrativos singulares, en una presunción legal destructible de conformidad con el Ordenamiento jurídico. Por tanto, si el valor o calidad de los efectos jurídicos de los reglamentos es idéntico al valor de la eficacia de los actos administrativos singulares, creo que lo lógico será concluir que la naturaleza jurídica de los reglamentos es la misma que la de las resoluciones administrativas. En otras palabras, que reglamentos y resoluciones no son más que especies del género actos administrativos. Especies que se distinguen entre sí porque los primeros destinan sus efectos a un grupo o categoría indeterminado de sujetos—los reglamentos son declaraciones generales de voluntad—y las segundas tienen por destinatarios de sus obligaciones y derechos a un sujeto o a una pluralidad determinada de sujetos—las resoluciones son declaraciones

(19) Puede verse sobre este punto mi trabajo «Los órganos del Estado titulares de poder reglamentario», *Revista de Administración Pública*, número 47, págs. 79 y sigs.

singulares de voluntad—. Las peculiaridades del régimen jurídico de unos y otras (procedimiento, comunicación a los interesados, impugnación, etc.) responden a su diferencia cuantitativa, como decíamos inicialmente, y no a diferencias cualitativas, de naturaleza jurídica, que no existen entre ellos.

Lo expuesto es una prueba más de que los actos administrativos son una categoría de actos jurídico-públicos definida por la calidad o fuerza de sus efectos, y no por características subjetivas o materiales.

En 1921, HAURIUO, en la décima edición de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, en una nota a pie de página (20), después de interesantísimas, y a veces contradictorias, consideraciones sobre el reglamento y sus relaciones con la ley, decía: «or, il est de plus en plus certain que les règlements sont des actes administratifs» (21).

Aquella certeza que en 1921 vislumbró HAURIUO hoy se ha confirmado. El reglamento es, y sólo es, una especie de acto administrativo. Al considerarlo acto administrativo, queda perfectamente enmarcado en la teoría que nos ofrece los medios idóneos para estudiar y resolver los problemas que el reglamento suscita. Calificarlo de fuente del Derecho o elemento del Ordenamiento jurídico es inexacto y con esta calificación queda con-

(20) Nota número 1 a la página 68.

(21) HAURIUO (*ob. cit.* en el texto, pág. 68, nota 1) añadía: «Esto acaba de ser reconocido, incluso para los reglamentos de Administración pública (Cons. d'Et., 6 dic. 1907, Chemin de fer de l'Est. S, 1908.3.1; 7 juill 1911, Decagis)».

Antes, en el texto del libro (*ob. cit.*, pág. 66), había dicho que «la preuve que le règlement est une manifestation de volonté, c'est qu'il est traité par le droit administratif comme une décision exécutoire et soumis au recours pour excès de pouvoir à la suite duquel il peut être annulé, même le règlement d'administration publique», y, sin embargo, en su libro no faltan las repetidas afirmaciones de que los reglamentos son fuentes del Derecho, elementos de la legalidad (HAURIUO, *ob. cit.*, págs. 52, 67 y 68).

En la 5.ª edición que HAURIUO publica en 1943 de los *Précis élémentaires de Droit administratif* (Sirey) nos da (pág. 313) la definición siguiente: «Le règlement peut être défini une décision exécutive contenant une règle générale, émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire, qui tend à l'organisation et à la police de l'Etat dans un esprit gouvernemental». La primera proposición de esta definición, por otra parte la más expresiva, afirma rotundamente que el reglamento es un acto administrativo general, puesto que la «décision exécutive» es el acto administrativo en su sentido propio.

fundido y desorientado quien pretende analizar las cuestiones que el reglamento presenta en nuestro Derecho.

IV. LOS LIMITES DEL PODER DE ORDENANZA

Desde la anterior conclusión sobre la naturaleza jurídica de las ordenanzas, tratemos de fijar los límites del poder de ordenanza.

Las ordenanzas, por esencia, deben conformarse al Ordenamiento jurídico. En consecuencia, y según lo dicho anteriormente con respecto a los elementos que integran el Ordenamiento jurídico, las Entidades locales, al ejercitar su poder de ordenanza, deberán respetar las Leyes, las Costumbres y los Principios generales del Derecho.

La afirmación anterior—podrá objetarse—olvida un precepto de la Ley de Régimen local muy importante en relación con la materia que nos ocupa. Las ordenanzas—dice el artículo 108 de la citada Ley—no «contendrán preceptos opuestos a las leyes o *disposiciones generales*».

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa al señalar que el Ordenamiento jurídico limita el ejercicio del poder de ordenanza no ha pretendido que desaparezca el límite que a dicho poder impone la Ley de Régimen local al prohibir que las ordenanzas se opongan a las disposiciones generales. Estas constituyen, evidentemente, límite del poder de dictar ordenanzas, pero un límite distinto, de naturaleza diferente, al Ordenamiento jurídico, como luego veremos.

1. LEYES.

«Las ordenanzas de las Corporaciones o Entidades locales—dice la sentencia de 22 de enero de 1960—, cuando y en cuanto se opusieren esencialmente, contradiciéndolas o vulnerándolas, a las leyes, no pueden, de ningún modo, prevalecer contra éstas, habiéndose de estar entonces, en tales casos de oposición o contradicción, a lo que expresamente se dispusiere en esas leyes».

Sobre este punto existe absoluta concordia, unanimidad, tanto

en la jurisprudencia como en la doctrina. No es necesario, pues, insistir en él.

2. COSTUMBRES.

Con respecto a si la costumbre es o no es límite de las ordenanzas, no existe, como se desprende de lo antes expuesto, coincidencia de pareceres. Pero, a nosotros, teniendo en cuenta la naturaleza de las ordenanzas, no nos cabe la menor duda de que las costumbres son límites del poder de ordenanza.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema de la relación entre costumbres y ordenanzas. En un buen número de sentencias (22) ha enjuiciado la validez de ordenanzas dictadas para el reparto de aprovechamientos de montes comunales, en relación con las costumbres locales existentes sobre el mismo particular (23). Pero en este caso hay que tener presente que también entra en aplicación un precepto legal, el artículo 192, 4, de la Ley de Régimen local, que cambia el planteamiento del problema.

En la sentencia de 4 de octubre de 1960 se contiene de manera indirecta la afirmación de que las ordenanzas pueden modificar las costumbres, pues dice que las innovaciones de las primeras no pueden tener efectos retroactivos, lo que permite suponer que cabe la modificación sin retroactividad de las costumbres existentes.

La sentencia de 31 de enero de 1962, después de afirmar que la ordenanza que enjuicia recoge la costumbre local, manifiesta que la exigencia de la Ley de Régimen local de que las ordenanzas sean «según costumbre local» «no debe entenderse como una obligación inexorable y estricta de atenerse a todos los porme-

(22) Sentencias de 4 de octubre de 1960, 31 de enero, 6 y 21 de diciembre de 1962, 28 de enero y 18 de octubre de 1963.

(23) También la doctrina se ha ocupado de este particular. Véase GARRIDO FALLA, «Sobre los bienes comunales», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 125, págs. 688 y sigs.; NIETO GARCÍA, *Bienes comunales*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 734 y sigs.; MENDIZÁBAL ALLENDE, «Regímenes jurídicos especiales en el territorio judicial de Burgos», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 158, págs. 195 y siguientes.

Sobre esta materia véase también la Ley de 27 de julio de 1968 (art. 3.º) sobre montes vecinales en mano común.

nores de la regulación consuetudinaria, repitiendo ésta sin la menor modificación». Esta manifestación pudiera entenderse en el sentido de que no es necesario que las ordenanzas respeten las costumbres, o bien en el de que deja sin resolver el problema que analizamos. Pero, a mi modo de ver, dicha sentencia afirma, aunque emplee algún término equívoco, que las costumbres son límite ineludible de la eficacia de las ordenanzas. En primer lugar, porque tiene buen cuidado en comenzar por proclamar que la ordenanza impugnada reflejaba y no se oponía a la costumbre. En segundo lugar, porque da a entender, citando incluso el artículo 111 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales (24), que las modificaciones a las que se refiere son la inclusión de aquellas normas derivadas de la necesaria adaptación de las costumbres a las transformaciones que con el transcurso del tiempo sufren las comunidades locales; más que de modificar las costumbres se trata de entenderlas, como si fueran actuales, al redactar las ordenanzas. No deberá olvidarse que las ordenanzas no sustituyen a las costumbres, sino que quedan subordinadas a éstas. Distinto es el caso, lógicamente, cuando una ley desplaza a la costumbre y dispone se dicte en su lugar una ordenanza que se acomode o no a aquélla.

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

No es necesario que volvamos a repetir lo dicho sobre la situación de las ordenanzas con respecto a los principios generales del Derecho. Para nosotros tampoco cabe duda de que las ordenanzas que contradicen un principio general del Derecho están viciadas de ilegalidad, entendiendo este término en su sentido más amplio (25).

En la jurisprudencia existen referencias, generalmente vagas, a la sumisión de los reglamentos a los principios generales del Derecho. Pero existe una sentencia de 4 de junio de 1965 que,

(24) Este artículo dice que «los antiguos usos, costumbres... que comparten modalidades típicas de cualquier índole, avaladas por la tradición o por la Historia, podrán ser declaradas subsistentes en su primitiva forma o adaptadas a las transformaciones de la vida comunal».

(25) Cfr. VEDEL, *Droit administratif*, Themis, Paris, I, pág. 143.

muy claramente, proclama lo contrario. Dice así: «La Ley fundamental que regula las actuaciones de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local es el estatuto o reglamento de la misma, aprobado por Orden ministerial de 12 de agosto de 1960, norma a la cual es preciso atenerse para resolver conforme a derecho la cuestión promovida en el presente recurso, *ya que frente a la norma especial y concreta de los citados Estatutos no pueden prevalecer ni los principios generales de Derecho, ni las normas reguladoras de derechos pasivos establecidos por la legislación general sobre esta materia*».

Esta tesis jurisprudencial equivale a subordinar uno de los elementos integrantes del Ordenamiento jurídico, pues éste se extiende—como dice la Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa—a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, a las disposiciones de la Administración. No nos parece, pues, acertada la afirmación de la sentencia de 4 de junio de 1965 (26).

4. DISPOSICIONES GENERALES.

En nuestro Derecho positivo las disposiciones generales son uno de los límites del poder de ordenanza. El artículo 108 de la Ley de Régimen local, antes citado, lo proclama de manera rotunda.

Puede pensarse que acabamos de reconocer una realidad que destruye totalmente la conclusión anterior sobre la naturaleza de las disposiciones generales. Estas son límite del poder de ordenanza—se dirá—, precisamente porque forman parte o se integran en el Ordenamiento jurídico. Ahora bien, como las ordenanzas, por el mismo motivo, también serán elementos del Ordenamiento jurídico, quienes creen que reglamentos y ordenanzas forman parte de dicho Ordenamiento, tendrán que explicarnos por qué entre las disposiciones generales y las ordenanzas,

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA («Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», cit., págs. 166 y 167, nota 9), aun cuando considera que «el reglamento forma parte del Ordenamiento», afirma que los principios generales del Derecho «circunscriben el ejercicio de la potestad reglamentaria». Este autor estima que dichos principios son los «sustanciales del Ordenamiento».

entre uno y otro componente del Ordenamiento jurídico, existe una relación de jerarquía que coloca a las primeras sobre las segundas.

Nosotros creemos que el Ordenamiento jurídico, los elementos que lo integran—leyes, costumbres y principios generales del Derecho—no son los únicos límites de los actos administrativos (generales o singulares). Las autoridades administrativas también encuentran limitado el ejercicio de su poder por declaraciones de voluntad de jerarquía superior a la suya. Todo acto administrativo debe someterse al Ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que le sean jerárquicamente superiores. Las disposiciones generales del Estado, en cuanto sean de superior jerarquía a las ordenanzas, constituirán un límite para el ejercicio del poder de ordenanza.

La jerarquía entre actos de la Administración se establece en virtud de dos causas diferentes. Una de ellas, orgánica, inducida de la misma estructura jerárquica de las Administraciones públicas: las decisiones de los órganos superiores de una Administración prevalecen sobre las de los órganos inferiores de la misma (27). La otra, objetiva o material, por la cual los actos generales son jerárquicamente superiores a los singulares, cualquiera que sean los órganos que los emanen, como lo demuestran los artículos 30 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado y 11 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

Cuando se intenta explicar la *ratio legis* del artículo 108 de la Ley de Régimen local, por qué las «disposiciones generales» son límite superior de las ordenanzas, se suele recurrir al criterio orgánico de jerarquía. Para ello en el precepto citado no sólo se lee «disposiciones generales», que es lo que únicamente dice, sino «disposiciones generales estatales» (28). Después se razona

(27) El artículo 23, 2, de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado ordena jerárquicamente las disposiciones generales del Estado de conformidad con la jerarquía orgánica de sus autores.

(28) El término «estatales» tampoco ha figurado en los antecedentes inmediatos del artículo 108 de la Ley de Régimen local, en la mayoría de los cuales ni siquiera figuran las disposiciones generales como límite de las ordenanzas. La Ley municipal de 2 de octubre de 1877, artículo 78, último párrafo, decía que en las ordenanzas «no se contravendrá a las leyes ge-

diciendo que como el Estado tiene una posición jerárquica superior a los Municipios, las disposiciones generales estatales son límite superior de las disposiciones generales municipales u ordenanzas.

Puede sostenerse que la expresión «disposiciones generales» del artículo 108 de la Ley de Régimen local debe entenderse en el sentido de disposiciones estatales, porque aquéllas o son estatales o son locales; si se afirma que las disposiciones locales (ordenanzas) deben sujetarse a las disposiciones generales, éstas sólo pueden ser las estatales. El razonamiento es, desde luego, aceptable.

Pero lo que ya no se puede aceptar es la afirmación de que entre el Estado y los Municipios—sujetos jurídicos diferentes— existe una relación de jerarquía. Continuamente se repite que entre aquél y éstos existe una relación de tutela, pero que no están vinculados jerárquicamente. La falta de relación de jerarquía entre Estado y Municipios explica, por ejemplo, la inexistencia de recursos de alzada contra actos municipales ante órganos estatales. No puede ahora sostenerse, para justificar la subordinación de las ordenanzas a las disposiciones generales, que los Municipios mantienen una relación de subordinación jerárquica con el Estado. Por consiguiente, si el criterio orgánico, o de jerarquía entre órganos, no nos sirve para explicar la subordina-

nerales del país». Durante el siglo XIX y primeros años del XX la expresión «leyes generales del país» era sinónima a leyes en sentido estricto. Aquella Ley municipal no hacía, pues, ninguna alusión a las disposiciones, ni generales, ni estatales, como límite de las ordenanzas. Posiblemente se pensó que la fijación de círculos exclusivos de competencia para los Municipios impedía la concurrencia de reglamentos estatales y de ordenanzas en la regulación de una materia.

El Estatuto municipal de 1924 se limitó a declarar (art. 166) que «el Ayuntamiento pleno puede redactar y aprobar las ordenanzas municipales, con sujeción a sus facultades, dentro de su competencia».

En la Ley de Bases de 10 de julio de 1935 (Base XX) se dijo que «las Corporaciones municipales podrán, dentro del ámbito de su competencia, regular mediante las ordenanzas, todas aquellas materias respecto de las cuales las leyes no contengan preceptos ordenadores concretos, siempre que no vayan, ni en la forma ni en el fondo, en contra de dichas leyes». La Ley articulada de 31 de octubre del mismo año (art. 144) añadió por su cuenta que en las ordenanzas «no se infrinjan o contradigan preceptos legislativos o *reglamentarios*». Puede ser expresivo que la Ley vigente haya cambiado, con respecto a su antecedente inmediato, los términos «preceptos reglamentarios» por los de «disposiciones generales».

ción de las ordenanzas a las disposiciones generales del Estado, tendremos que acudir al criterio que hemos denominado objetivo o material (29).

La superioridad de los actos administrativos generales con respecto a los actos administrativos singulares, que nuestras leyes proclaman rotundamente, es una exigencia del principio de igualdad, el más claro principio general del Derecho, pero no se nos dice si los actos generales, cuando entre ellos no existe una causa orgánica de subordinación, se jerarquizan entre sí por el grado de su generalidad, de tal modo que los actos más generales sean superiores a los menos generales.

La pregunta que acabamos de formularnos tiene difícil respuesta, y ante la imposibilidad de detenernos ahora en el examen de todas las cuestiones necesarias para un intento de contestación de aquélla, vamos a limitarnos a considerar dos ejemplos. Primero: Supongamos que el Estado dicta un reglamento sobre determinada materia para que sea aplicado en el territorio de todos los Municipios españoles. Nos encontramos ante una disposición general a la que todos los Municipios deberán sujetarse al redactar sus ordenanzas (art. 108 de la Ley de Régimen local). Segundo: El Estado dicta un reglamento que afecta a todos los industriales de un solo Municipio. ¿Sería obligatorio este reglamento? ¿Debería someterse a él la regulación que el Municipio hiciera de la misma materia? (30). El acto es reglamentario porque tiene por destinatario a un grupo indeterminado de personas. Pero creemos que con él, el Estado ha infringido el principio de igualdad, pues trata a los industriales de un Municipio de manera diferente a los restantes industriales del país. En este caso, el Municipio deberá desconocer el reglamento estatal al dictar sus ordenanzas, porque la *ratio legis* del artículo 108 de la Ley de Régimen local no es otra que la búsqueda de igual-

(29) No podemos limitarnos a decir que las cosas son así porque así lo establece la Ley de Régimen local. Para poder servir a quienes aplican las leyes y a quienes les corresponde modificarlas o dictar otras nuevas, debemos, al menos, intentar descubrir las razones que subyacen en las normas, los principios que están más allá de las leyes.

(30) Excluimos, naturalmente, los supuestos en los que la Ley habilite especialmente al Estado para dictar un reglamento destinado a un concreto Municipio. Por ejemplo, el Reglamento de Hacienda local del Municipio de Madrid.

dad para todos los españoles. En este caso la aplicación de la letra del precepto mataría su espíritu. El citado artículo se ha incluido en la Ley de Régimen local para evitar que en materias idénticas cada Municipio dicte ordenanzas diferentes. Para ello impone a los Municipios la obligación de no contradecir con sus ordenanzas las disposiciones generales que adopte el Estado, pero éstas deben ser generales con respecto a todos los Municipios o a un grupo indeterminado de Municipios. El reglamento del segundo ejemplo no lo era y por eso infringe el principio de igualdad, fundamento de la superioridad de las disposiciones generales sobre las particulares y quizá también de las más generales sobre las menos generales.

Entre las ordenanzas y las disposiciones generales del Estado existe una relación de jerarquía, con fundamento en una causa objetiva, que subordina aquéllas a éstas.

En cambio, entre las ordenanzas y los componentes del Ordenamiento jurídico no existe una subordinación jerárquica, sino una subordinación que podemos llamar existencial. El acto administrativo (general o singular) es, por esencia, un acto subordinado, condicionado, en su existencia y eficacia, al Ordenamiento jurídico. El acto es válido en tanto en cuanto se presume que es conforme al Ordenamiento jurídico. Sin esta presunción *iuris tantum* de sometimiento del acto al Derecho no existirían actos jurídico-administrativos (31). La subordinación al Ordenamiento jurídico es condición de existencia de los reglamentos y actos administrativos singulares.

Las «disposiciones generales» son límite de las ordenanzas, pero un límite de naturaleza diferente al que para ellas constituyen los elementos del Ordenamiento jurídico. Por este motivo, cuando el contenido de las ordenanzas es contrario a las disposiciones estatales padecen un vicio de consecuencias diferentes a las que sufren cuando infringen el Ordenamiento jurídico. Pero el tema de las consecuencias de los vicios de las ordenanzas es difícil e importante y no puede tratarse, con breves consideraciones, como apéndice al que ahora hemos tenido ocasión de examinar.

(31) Puede verse sobre esta afirmación nuestro «Criterio conceptual del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 42, páginas 121 y sigs.