

# LA NORMATIVA MUNICIPAL EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO \*

POR

ANTONIO EMBID IRUJO

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTOS GENERALES ACERCA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL.—II. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS RELACIONES DE LA NORMATIVA MUNICIPAL CON LAS RES-  
TANTES FUENTES DEL DERECHO: A) *La relación con las leyes.* B) *La relación con los reglamentos estatales:* a) La cuestión de la clase de reglamentos a que se refiere el artículo 108 LRL: a') La atribución legal de competencia a los municipios induce a pensar que sólo los reglamentos ejecutivos de las leyes pueden superponerse a los locales; b') Rechazo de la teoría del reglamento autónomo. b) Algunas muestras de la limitación práctica de los reglamentos locales por disposiciones generales del Estado dadas sin habilitación legal: a') La problemática de las ordenanzas de circulación: b') Las limitaciones a los reglamentos municipales en la normativa sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; c') Un ejemplo reciente de limitaciones hechas sin habilitación suficiente: la Orden ministerial de 14 de junio de 1976. c) La concesión de un plazo de adaptación a la normativa estatal y su justificación: a') El caso del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos de Transporte y la interpretación correcta del Tribunal Supremo; b') La adaptación prevista por el Decreto 3025/1974, de 9 de agosto. d) Recapitulación. C) *Las relaciones de los reglamentos locales con la costumbre. El caso de los aprovechamientos especiales de bienes comunales:* a) La posición de GARRIDO FALLA defensora de la libertad de la potestad reglamentaria local. b) La tesis de NIETO de sumisión de la ordenanza a la costumbre. c) Examen de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia sobre la materia: a') La doctrina del Consejo de Estado; b') Las posiciones del Tribunal Supremo. d) Conclusiones. D) *La relación de los reglamentos locales con los principios generales del Derecho.* E) *Un modo diverso de plantear el problema. La tesis de BOQUERA OLIVER:* a) Exposición de su teoría y primeros argumentos contrarios. b) Objeciones generales a la teoría de BOQUERA: a') Sobre la equiparación entre reglamentos y actos; b') Sobre su concepto limitado de Ordenamiento jurídico; c') Opiniones doctrinales y jurisdiccionales contrarias; d') Un argumento lógico: el recurso al hombre de la calle; e') Los últimos datos normativos.—  
III. CONCLUSIONES GENERALES.

## I. PLANTEAMIENTOS GENERALES ACERCA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

El examen puramente formal de los procedimientos de elaboración, aprobación, publicación e impugnación judicial de las ordenanzas y reglamentos municipales arroja un balance de confusionismo

\* Las siguientes páginas constituyen una parte, reelaborada del capítulo VII de mi tesis doctoral sobre *Los reglamentos municipales en el Derecho español*, libro que espero publicar en breve. La tesis fue leída el 14 de noviembre de 1977 ante un Tribunal presidido por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y formado, además, por los profesores Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Ramón MARTÍN MATEO y José BERMEJO VERA.

dada la gran variedad de métodos por los que la normativa municipal sale a la luz (1). Aun con elementos comunes a todas las formas reglamentarias: aprobación inicial del Ayuntamiento, informaciones públicas, control de una u otra forma de un órgano del Estado..., las disimilitudes aparecen a poco que se profundice en el estudio de los reglamentos municipales. Controles de diferentes órganos: gobernador civil, delegado de Hacienda, Comisiones Provinciales de Urbanismo, Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos, ministros de Hacienda, de Gobernación (ahora de Interior), de Vivienda (de Obras Públicas y Urbanismo)...; controles ejercidos también de diversa forma: en unos casos sólo es fiscalizable la legalidad, en otros se interpone un juicio de oportunidad, allí la autoridad controladora puede

(1) No es muy abundante la bibliografía dedicada en España a las ordenanzas y reglamentos municipales. Entre los trabajos más destacables, véase V. BOIX REIG: *Los reglamentos municipales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, núm. 78 de esta REVISTA, 1975, pp. 225 y ss.; BOQUERA OLIVER, que es el autor que más estudios ha dedicado al tema: *Los límites del poder de ordenanza*, «REVL» 160, 1968, pp. 497 y ss.; *La aprobación de las ordenanzas municipales*, «Problemas Políticos de la Vida Local», IX, Ed. IEP, Madrid, 1969, pp. 145 y ss.; *La publicación de las ordenanzas locales*, «REVL» 166, 1970, pp. 233 y ss.; R. CALVO ORTEGA: *La publicación de las ordenanzas de exacciones de las entidades locales*, «Crónica Tributaria» 5, 1973, pp. 11 y ss.; *La naturaleza jurídica de las ordenanzas de exacciones en la jurisprudencia administrativa*, misma REVISTA número 7, 1973, pp. 157 y ss.; M. F. CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local*, «RGLJ», 1951; mi trabajo *El tema de la publicación de las ordenanzas fiscales*, «REDA» 9, 1976, pp. 331 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El sistema de plazo abierto para la impugnación de ordenanzas locales de exacciones*, «REDA» 1, 1974, pp. 115 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dictamen sobre legalidad de ordenanzas sobre uso del suelo y edificación*, 50 de esta REVISTA, 1966, pp. 309 y ss.; P. GARCÍA MANZANO: *Ordenanzas y licencias urbanísticas*, en «Temas de Urbanismo», Ed. Diputación Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1973; C. MARTÍN-RETORTILLO: *Las ordenanzas fiscales locales*, «RGLJ», 1959; P. NUEZ DE LA TORRE: *La potestad de ordenanza de los entes locales*, «Revista de Economía y Hacienda Local», 1971, pp. 41 y ss., y *Las ordenanzas de exacciones locales*, «XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero», Madrid, 1972, pp. 303 y ss.; N. PÉREZ SERRANO: «Las ordenanzas municipales de Madrid», en *Cátedra de Madrid, curso primero*, Madrid, 1954; N. RODRÍGUEZ MORO: «Ordenanzas municipales y bandos de policía y buen gobierno», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, volumen II, Ed. IEAL, Madrid, 1962, pp. 47 y ss.; V. DE LA VALLINA VELARDE: *Consideraciones sobre la potestad normativa de los entes locales*, «REVL», 176, 1972, páginas 601 y ss. Conjunto bibliográfico del que se puede destacar la consideración, como regla general, de problemas particularizados acerca de la normativa local, pero en el que se nota la falta de un estudio que trate de abarcar la totalidad del fenómeno. He procurado exponer sólo la bibliografía relativa a la legalidad vigente; no obstante, por su valor habría que recordar también el estudio de A. POSADA: *Ordenanzas municipales*, en la «Enciclopedia Jurídica Española», Ed. Seix, tomo XXIV, Barcelona, s. f., pp. 25 y ss.; igualmente, por su valor doctrinal indiscutible, habría que recordar la intervención de N. ALCALÁ ZAMORA en el Congreso de los Diputados el 22 de mayo de 1908, con ocasión de discutirse el proyecto Maura, intervención en la que el futuro presidente de la II República demuestra un perfecto conocimiento de la problemática de la normativa local.

modificar el texto de la ordenanza, en otro supuesto enviarla sólo a los Tribunales contenciosos para la resolución definitiva, etc. Aparición, incluso, de formas nuevas de tutela, como son los signos incipientes de los reglamentos-tipo, etc. (2). La comparación con el procedimiento uniforme previsto en los artículos 129 y siguientes LPA para los reglamentos estatales no puede ser más escandalosa, y, por otro lado, sugerir la urgente necesidad del cambio en los planteamientos para introducir el elemento de seguridad que la racionalidad ínsita al derecho proporciona (3).

Bien, pero aun con estas premisas demasiado sucintamente explicadas, un elemento permanece común a todas las formas de la normativa municipal, elemento en el cual puede buscarse el apoyo para deducir el mayor número posible de rasgos comunes a las ordenanzas y reglamentos municipales. Este elemento común no es otro que el carácter reglamentario, de fuente de Derecho objetivo que tiene la normativa municipal y que servirá para, es el objetivo de este artículo, relacionar de igual manera a todas las formas normativas locales con las restantes fuentes de Derecho: ley, reglamentos estatales, costumbre y principios generales del Derecho.

Carácter reglamentario de la normativa local, elaboración de una Administración, pero con profundas diferencias respecto a la actua-

---

(2) La gran variedad de formas que puede adoptar la intervención de la Administración del Estado sobre la actuación de la Administración Local ha sido estudiada y perfectamente descrita por J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *La autonomía municipal: aprobaciones y procedimientos bifásicos en el ordenamiento español*, «RD Priv.», 1966, pp. 747 y ss.; en la línea de este trabajo, pero con algunas diferencias, véase J. SALAS HERNÁNDEZ: *El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre la Administración Local y la del Estado*, en el tomo II de la obra colectiva dirigida por S. MARTÍN-RETORTILLO: *Descentralización administrativa y organización política*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1973, pp. 297 y ss.

(3) Como trato de demostrar en otros lugares de la tesis, este resultado de confusión no es sino el punto final de un proceso de desgajamiento que afecta al cuerpo, en su origen único, denominado ordenanzas de policía y buen gobierno. Existe una separación continua de formas reglamentarias cada vez que hay que responder a los datos fácticos de los procesos económicos y sociales que se aceleran: las ordenanzas para la zona de ensanche en las grandes ciudades, los reglamentos sanitarios, los de actividades industriales, las ordenanzas fiscales, las de construcción, etc., son muestras representativas de esta situación. Pero este proceso de desgajamiento va siempre acompañado de otro más, que parece connatural e inseparable de él: cada vez que se excepciona, que se crea una nueva forma reglamentaria municipal, es para incrementar el control del Estado sobre la novedad, hasta el punto y paradójico final de que la nomenclatura tipo—ordenanzas de policía y buen gobierno— resulta ser, ahora, la menos sujeta a controles, la de más libre elaboración, la presentada por alguna ideología interesada como muestra de descentralización, pero al mismo tiempo es un concepto vaciado, sin contenido, no encierra nada; es un ejemplo representativo de una libertad formal.

ción singular de esa misma Administración: el acto administrativo. Esta última afirmación necesita, sin embargo, de una explicación un poco más amplia, pues aún permanece en nuestra dogmática la opinión de que los reglamentos son una especie dentro del género más amplio de los actos administrativos (4). Existen, incluso, posiciones que niegan a los reglamentos, y no sólo a los municipales, su cualidad de fuente de Derecho, su incardinación dentro del ordenamiento jurídico (5), aunque, bien es verdad, que esta última postura hay que considerarla muy restringida, minoritaria a fuer de ser sinceros. Hoy predomina la distinción de naturaleza entre reglamentos y actos basándose en que los primeros innovan el ordenamiento jurídico, que pasan a formar parte de él, que no se agotan por su simple ejercicio, sino que tienen una vocación de futuro capaz de regular y dar las mismas respuestas a todas las posibles situaciones que entren bajo su ámbito (6). La depuración conceptual conseguida tras la LJCA de

(4) Cfr. F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. IEP, 7.ª ed., Madrid, 1976, p. 290. En la doctrina extranjera de influencia directa en España por su versión al castellano, A. MERKL: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1935, pp. 159 y ss.

(5) Es la teoría de BOQUERA OLIVER a la que se prestará atención más adelante.

(6) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, núm. 29 de esta REVISTA, 1959, páginas 161 y ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO: *Actos administrativos generales y reglamentos*, núm. 40 de esta REVISTA, 1963, pp. 225 y ss.; J. LEGUINA VILLA: *Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos*, núm. 49 de esta REVISTA, 1966, pp. 193 y ss., junto con la bibliografía citada por ellos. También otros criterios de distinción utilizados por estos mismos autores.

La jurisprudencia también se inclina por la distinción de naturaleza entre reglamento y acto. Ver, por ejemplo, la Sentencia de 25 de enero de 1966 (*Aranzadi*, 637; ponente, excelentísimo señor don Manuel CERVÍ CABRERA) y la de 13 de mayo de 1972 (*Aranzadi*, 2.628; ponente, excelentísimo señor don Víctor SERVÁN MUR). En materia local, entre otras, la Sentencia de 29 de noviembre de 1963 (*Aranzadi*, 5.499; ponente, excelentísimo señor don Juan BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES califica a la ordenanza como reglamento: «lo que quiere decir que la Administración no es libre para decidir si otorga o no una licencia; las leyes y reglamentos (ordenanzas) lo indican...»

Ultimamente, sin embargo, la Sentencia de 10 de abril de 1976 (*Aranzadi*, 2.293; ponente, excelentísimo señor don Aurelio BOTELLA Y TAZA) parece inclinarse por considerar incardinado el reglamento dentro del acto administrativo, si bien la terminología utilizada es harto confusa. En la sentencia se enjuicia el bando de una Alcaldía por el que se limita el paso de camiones de determinado tonelaje por algunas calles, y el segundo considerando de la sentencia apelada que se acepta dice así: «... ya que afectando el bando litigioso a una pluralidad indeterminada de administrados, sin más motivación que la de regularse el tráfico urbano, en cuya competencia ningún administrado tiene atribuciones, el acto administrativo recurrido se ajustó a Derecho, pudiéndose sólo impugnar, una vez admitida la competencia *ratione materiae* para dictarlo, por infracciones del procedimiento exigido para la adopción de medidas reglamentarias, en cuanto esta clase de actos administrativos de la primera autoridad municipal participan más de la naturaleza y caracteres de los actos reglamentarios que la de los típicamente actos administrativos individuales y sus destinatarios determinados,

1956 tendría mucho que ver en este resultado con la distinción, sentada desde su artículo 1.º, entre los actos administrativos y las disposiciones de categoría inferior a la Ley.

Los calificativos que se han ido colocando a la manifestación reglamentaria local son también altamente significativos. Se ha hablado de potestad de ordenanza (7), de poder reglamentario (8), de potestad normativa (9) e, incluso, de facultad legislativa (10). Diveras expresiones reconducibles a un mismo fenómeno, los reglamentos locales. Si puede considerarse erróneo el hablar de facultad legislativa, puede aceptarse plenamente el calificativo de potestad de ordenanza, o de potestad reglamentaria dado que no existe otra diferencia entre ordenanza y reglamento que un arrastre histórico comprobable en nuestro país, pero no en Francia o Italia, que se refieren con el término reglamentos indistintamente, tanto a los estatales como a los locales, y, dentro ya de éstos, a cualquier tipo de reglamentos. Por mi parte, pienso que lo más correcto es emplear la expresión potestad reglamentaria por la modernidad y semejanza con la utilizada para referirse a los reglamentos estatales (11), pero sin que se deba

---

concretos e individuales, para los cuales sí que es exigible el expediente...» Tras este razonamiento, no sabemos si nos encontramos, según el Tribunal, ante un acto administrativo general o un reglamento, si bien las características del bando—vocación inequívoca de futuro—permitirían hablar propiamente de un reglamento.

(7) Así habla E. SERRANO GUIRADO, voz *Bando*, en la NEJ., Barcelona, 1951, tomo III, pp. 275 y ss. Idéntica expresión utiliza la base 38 de la LBERL. También seguía esta terminología la Ley de Bases de 10 de julio de 1935 y su desarrollo normativo, el artículo 102 de la Ley Municipal de ese mismo año.

(8) En este sentido, entre otros, L. MARQUÉS CARBÓ: *El Derecho local español*, tomo II, Barcelona, 1957, pp. 487 y ss., y C. MARTÍN-RETORTILLO: *La Ley de Régimen Local (texto refundido de 1955)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, p. 63.

(9) Cfr. V. VALLINA VELARDE: *Consideraciones sobre...*, p. 608.

(10) Eso considera A. POSADA en *Ordenanzas municipales*, p. 260: «Ahora bien, aun ciñéndonos al puro y estricto régimen legal de nuestros municipios, queda para cada uno una esfera de acción privativa, en la cual la representación oficial del municipio mismo se mueve realizando actos u operaciones que implican el ejercicio de funciones normativas o de decisión, las cuales, por analogía con las realizadas por el Estado, estimanse como funciones *legislativas* y ejecutivas, aunque, en razón de la situación del municipio español en el mecanismo de una *jerarquía político-administrativa*, esas funciones están ampliamente condicionadas y reguladas» (la cursiva es mía). Probablemente, la utilización del término «leyes» para designar a las ordenanzas municipales se deba a la influencia en POSADA de la doctrina de DUGUIR expuesta en *Les transformations du Droit public*, Paris, 1913, pp. 108 y ss., donde se realiza una equiparación ley-disposición general: «los reglamentos municipales son verdaderas leyes, disposiciones de carácter general, imponen su obediencia bajo una sanción general». Véase en este sentido la nota 1 de la p. 28 del trabajo de POSADA.

(11) Pues no existe diferencia de naturaleza entre reglamentos locales y estatales, como reconoce GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho administrativo*, volumen I, 2.ª edic., Madrid, 1975, al calificar de potestad reglamentaria, pero secundaria, a los reglamentos locales (p. 130).

hacer de un problema terminológico una cuestión sustancial, Incluso, dentro de unas coordenadas de purismo semántico mezcladas con un desiderátum situacional, la expresión que más expresaría lo que se quiere defender con la existencia de la normativa local sería la de potestad autonómica que implicaría la capacidad de elaborar reglamentos y, al mismo tiempo, el carácter libre, no sujeto a excesivos controles de éstos.

El título preliminar del Código civil proporciona una buena base para concluir también en el carácter de fuente del Derecho de los reglamentos locales (12). En efecto, es opinión casi generalizada que en los antiguos artículos 5.º y 6.º, ahora artículo 1.º, el término «leyes» debe interpretarse extensivamente como comprensivo de leyes y reglamentos (13). Entre los civilistas esto parece ser opinión común (14).

(12) El Código civil, aun teniendo sólo el carácter de ley ordinaria, suele revestirse de un valor superior a ella. Véanse, por ejemplo, los razonamientos de M. BASSOLS COMA: «Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código civil: planteamientos jurídico-administrativos», en el *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1977, especialmente pp. 125 a 128.

(13) Aun a despecho de las amplias enumeraciones bibliográficas de las dos notas siguientes, creo que convendría empezar fijando alguna idea previa sobre la cuestión. Si los reglamentos deben de comprenderse en el término leyes del Código civil es, creo, más bien una consecuencia interpretativa que una deducción de lo que la mente del legislador pretendía. En efecto, por un lado sabemos del carácter de antecedente fundamental del proyecto de 1851 sobre el Código civil de 1888-89. Pues bien, en este proyecto sólo la ley aparece como fuente de Derecho. No la costumbre, ni la jurisprudencia, ni, por supuesto, los reglamentos. Es más, su comentador, F. GARCÍA GOYENA, se refiere al concepto de ley como producción del poder legislativo exclusivamente; así, véanse las pp. 1-11 del primer tomo de *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, en dos volúmenes. Igualmente, de las discusiones habidas en el Senado con ocasión de la presentación del proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, se advierte que los padres de la patria tienen conciencia de la falta de previsiones respecto a las «disposiciones ejecutivas del Gobierno» y se lamentan de la posible vigencia de ellas—debido a esa ausencia de perspectivas—en el ámbito regulado por las leyes; todo ello, desde luego, desde puntos de vista civilísticos, no administrativos. Ver en ese sentido los discursos de COMAS los días 11 y 13 de marzo de 1885. Será la interpretación posterior de los autores surgida al calor de las resoluciones del Alto Tribunal quien postule un ensanchamiento de lo que parece ser la primitiva voluntad de la Ley. No obstante todo lo dicho hasta aquí, creo que este punto en particular merece un estudio propio, a fin de deducir con seguridad qué es lo que en materia de fuentes dice exactamente nuestro título preliminar del Código civil, pues tampoco la última reforma ha arrojado mucha luz sobre esta materia, que se presenta excesivamente confusa. Como confuso llega a ser también el planteamiento del Código civil italiano, en el que sí se enumeran entre las fuentes a los reglamentos, pero notemos que bajo un epigrafe que lleva por título «Disposiciones sobre las leyes en general», empezando a continuación el artículo 1.º con las siguientes palabras: «Son fuentes del Derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos...», con lo cual el razonamiento lógico se resiente, sin duda.

(14) Cfr. M. ALBADALEJO: *Derecho civil*, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 77 y ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo I, vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1975, pp. 410 y ss.; F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*,

y cosa igual ocurre entre los estudiosos del Derecho administrativo (15). En la jurisprudencia también existe el convencimiento de que el reglamento es fuente del Derecho, y, así, la sentencia de 30 de mayo de 1989 (*Aranzadi*, 3.853; ponente, excelentísimo señor don José de OLIVES Y FELÍU) afirma en uno de los considerandos que se aceptan de la sentencia apelada:

... con las únicas limitaciones que las que se deriven de las leyes y disposiciones estatales que condicionan y acotan el poder autonómico municipal de producción de esas fuentes jurídicas secundarias que constituyen las ordenanzas y reglamentos locales...

---

tomo I, Ed. IEP, Madrid, 1955, quien encuentra tres sentidos de ley en el título preliminar, pp. 387 y ss.; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 115 y ss. Ultimamente, C. DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 36, 44 y 46. En contra de esta línea, con una interpretación restrictiva, J. MARÍA MANRESA y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, 7.ª edición, tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1956, p. 146.

(15) Las citas podrían ser muy extensas, por lo que deben entenderse las siguientes referencias a título simplemente ejemplificativo. Véanse, entonces, A. ROYO-VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 23.ª edición, Valladolid, 1952, p. 55; S. ALVAREZ GENDÍN: *Tratado general de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 203, quien también cree que el concepto ley del título preliminar del Código Civil abarca a los reglamentos o, matiza, «al menos a los del Estado»; J. GASCÓN Y MARÍN: *Fuentes del Derecho Administrativo*, «NEJ», tomo X, Barcelona, 1960, p. 211; GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Curso...*, páginas 55 y ss.; también en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, p. 7. Este último autor razona sobre el trastorno que para algunos ha podido tener la inclusión del reglamento entre las fuentes del Derecho y en especial del Administrativo. El reglamento, ese *quid novum*, distinto a la Ley material y al acto administrativo general, *Curso...*, p. 104. Esa introducción que da al «sistema normativo del Derecho Administrativo una suerte de tercera dimensión. En el Derecho Civil, donde se expone normalmente la teoría general de las fuentes del Derecho, al hilo del título preliminar del Código Civil, se habla de la Ley como equivalente de toda norma escrita; hay una suerte de concepción "plana" de la Ley, donde se perpetúan dogmas tan ambiguos como el de la "Ley en sentido material". Frente a esta concepción "plana", el Derecho Administrativo aporta la conciencia de una tercera dimensión que supone una diferenciación esencial entre las distintas normas escritas, la perspectiva en profundidad que proporciona la acumulación sobre un mismo problema de normas escritas de muy distinta procedencia y valor», *Curso...*, p. 56, y con parecidas palabras *Legislación delegada...*, p. 7. Ultimamente, M. BASSOLS: *Reflexiones...*, p. 133. Existen, sin embargo, posiciones contrarias; por su reciente aparición, véase, por ejemplo, J. BERMEJO VERA: *La publicación de la norma jurídica*, Ed. IEA, Madrid, 1977, pp. 57 y ss., que defiende una interpretación estricta del término «leyes» basándose en argumentos constitucionales, en la literalidad del artículo 1.º del Código Civil y en el tratamiento separado de la Ley y el Reglamento en el mismo Código Civil, argumento, para mí, éste el más fuerte y que enlaza de alguna forma con lo manifestado en la nota 13 y es prueba del conocimiento de los legisladores acerca de las diferencias fundamentales entre ambas fuentes de Derecho.

Los reglamentos municipales fuente del Derecho, los reglamentos municipales, también, como integrantes del Ordenamiento jurídico en el sentido que da a la expresión SANTI ROMANO (16) en su teoría plenamente aceptada por el Derecho español (17).

Los reglamentos municipales, en este sentido, parte del ordenamiento del Estado, ordenamiento compuesto no sólo de normas escritas, sino de costumbres y principios generales del Derecho, porque hablar simplemente de «leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones», como dice la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

Pero los reglamentos municipales parte también, y primeramente, de un ordenamiento restringido, derivado del ordenamiento originario del Estado, por utilizar las palabras de ROMANO (18). Existencia del ordenamiento que equivale a existencia de una institución, la municipal, institución que, en última instancia, no se funda sino en una organización, donde hay sociedad hay derecho, y donde hay derecho existe sociedad (19). Cada municipio es, por tanto, un ordenamiento jurídico, y una parte de este ordenamiento son las ordenanzas y reglamentos municipales (20). Pasemos a ver ya las relaciones de un municipio con las restantes fuentes de Derecho.

---

(16) Expuesta en *L'ordinamento giuridico*, publicado en «Annali delle Università Toscane», 1917 y 1918. He consultado la traducción de L. S. MARTÍN-RETORTILLO, Ed. IEP, Madrid, 1963, 348, pp., que lleva un amplio estudio preliminar del segundo.

(17) Como lo prueban los artículos 83 LJCA y 48 LPA. En la doctrina, la influencia es también muy notable, sin que sea de utilidad aquí explayarse en citas.

(18) «Pueden existir, en primer lugar, instituciones originarias, que son aquellas en las que se concreta un ordenamiento jurídico que es, en cuanto a su origen, independiente, al no haber sido establecido por otras instituciones. Existen, por el contrario, instituciones derivadas cuyo ordenamiento lo fija una institución distinta que afirma así, respecto a este punto, su superioridad en relación con la primera, que de este modo le queda subordinada (...); los municipios, por ejemplo, son siempre instituciones derivadas en el sentido indicado» (*El ordenamiento...*, p. 244).

(19) *El ordenamiento...*, pp. 111, 113, 122, 125.

(20) Este excursus acerca de la teoría de SANTI ROMANO deberá volver a la memoria cuando más adelante examinemos la teoría de BOQUERA OLIVER.



II. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS RELACIONES DE LA NORMATIVA MUNICIPAL  
CON LAS RESTANTES FUENTES DE DERECHO

A) *La relación con las leyes*

El principio de subordinación de las ordenanzas y reglamentos locales a normas de superior valor jerárquico se encuentra inserto en diversos preceptos, como el artículo 108 LRL: «En la esfera de su competencia los Ayuntamientos podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, y los alcaldes dictar bandos de aplicación general en el término municipal. *Ni unas ni otros contendrán preceptos opuestos a las leyes o disposiciones generales*» (21); 718, párrafo 3.º de la misma Ley referido a las ordenanzas fiscales, «serán nulos los preceptos de las ordenanzas que estén en *manifiesta contradicción con lo dispuesto en la presente Ley*», y 11, párrafo 1.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, «serán ineficaces las normas de las ordenanzas y reglamentos que *contradijeran otras de superior jerarquía*».

Algo aparece decididamente claro tras estas citas: la ley es un límite fijo e indeclinable de los reglamentos, de ninguna forma podrá la normativa municipal violentar los términos y principios de una ley. El carácter general de ésta, su emanación del órgano representante de la voluntad nacional no permite su transgresión por la norma de una Administración. Cosa diferente es que las mismas leyes —ejemplo, el Código civil, artículos 350 y otros— llamen a los reglamentos locales a regular una determinada materia subsidiariamente. No es que, en ese caso, la normativa municipal prime sobre el Código civil, sino que recibe su validez de éste, el reglamento tendría fuerza, pero no valor de ley (22).

A nivel de Ley fundamental tal principio se halla especificado para la Administración del Estado en el artículo 41 LOE, no existiendo igual precepto para la local, aunque por la remisión que de forma general realizan los artículos 46 y 48 de la misma a la ley ordinaria para que rija el «régimen de la Administración local y de sus Corporaciones», la Ley fundamental acepta, hace suyo también el límite legal planteado por el artículo 108 LRL y otros (23).

(21) De este precepto resulta que las Leyes se superponen a los reglamentos locales de dos formas: por un lado, marcándoles un ámbito de competencia del que no pueden salir; por otro, en el plano formal, por su misma supremacía.

(22) Según la terminología de SANDULLI expuesta en *Legge, forza di legge, valore di legge*, «RTDP», 2, 1957, pp. 269 y ss.

(23) Las escasas referencias de la LOE a la Administración local y la entrega casi incondicionada de ésta al mundo de la Ley ordinaria, tiene como consecuen-

Ante tan claras precisiones legales no se plantean problemas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, que aceptan y aplican lo previsto (24).

Un ejemplo de cómo se respeta, o intenta respetar, el límite legal impuesto a los reglamentos municipales lo constituye la Ley de 16 de mayo de 1939, ley significativa y curiosa, ley de las que luego se llamaron de prerrogativa, que, respetuosa con el dictado del artículo 319 del Estatuto Municipal que prohibía a los municipios establecer en sus ordenanzas fiscales otras exenciones que las previstas por el texto de la Dictadura—ahora ese precepto lo recoge el artículo 719, párrafo a), LRL—, suprimió ese límite para un caso determinado, caso que queda expuesto con la lectura del artículo único de la ley que se transcribe:

Quedan facultados los Ayuntamientos para dispensar o reducir las exacciones municipales que graven las inhumaciones, exhumaciones y traslados de cadáveres y restos de personas víctimas de la barbarie roja o muertas en el frente o como consecuencia de enfermedad o heridas adquiridas en campaña. Esta facultad alcanza, también, al arbitrio de pompas fúnebres y a las tarifas y ordenanzas de cementerios en régimen de municipalización (25).

---

cia directa, y degenerada, una pérdida de valor de la fuente local, pues al no estar protegidas las entidades locales por ninguna declaración fundamental de autonomía que, además, precise los límites de actuación de éstas, quedan inermes ante lo que la Ley quiera regular, Ley que—por otra parte y en el período histórico que ahora termina—ha tenido bien poco de representación de la «voluntad general». En el nuevo período que se inicia, podría citarse por su valor general, el artículo 1.º de la Ley para la Reforma Política.

(24) Véanse, entre muchas otras, sentencias de 30 de mayo de 1969 (*Aranzadi*, 3.853, ya citada); 2 de febrero de 1974 (*Aranzadi*, 543; ponente, excelentísimo señor don Angel MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN); 17 de diciembre de 1975 (*Aranzadi*, 321, de 1976; ponente, excelentísimo señor don Manuel GORDILLO GARCÍA), y 21 de abril de 1976 (*Aranzadi*, 1.811; ponente, excelentísimo señor don Luis VACAS MEDINA).

(25) La Exposición de Motivos de la Ley razona de la siguiente forma sobre las razones que impulsan a darla: «El costo de los traslados de cadáveres, como consecuencia de los diversos impuestos que los gravan, es tan elevado en su totalidad, que, si en las circunstancias normales puede justificarse por su carácter de pompa, no puede tener tal consideración en los momentos presentes, ya que, en la generalidad de los casos, obedece a la verdadera necesidad de rendir el postrero homenaje de respeto a los restos queridos de personas asesinadas en circunstancias trágicas o muertas en el frente y cuyo enterramiento se ha verificado muchas veces en lugares inadecuados.

Però dispuesto por el artículo 319 del Estatuto municipal que los Ayuntamientos no podrán establecer otras exenciones—en materias de exacciones municipales—que las concretamente prescritas o autorizadas en aquella Ley, se hace preciso

El nuevo Estado se muestra sumamente respetuoso con las formas legales, muestra de un liberalismo que desprecia, y obra en consecuencia. Las ordenanzas de exacciones ya podrán acoger esas exenciones que sin el efecto habilitante de esta ley no podrían válidamente aplicarse. Las formas han quedado salvadas, y una parte de las víctimas de la guerra podrá ser enterrada sin excesivos gastos. La ley, como es natural, sigue primando sobre el reglamento. Sin embargo, como luego veremos, esta enseñanza no se aplicará en muchos supuestos de los años venideros, el reglamento no siempre se subordinará a la ley, el reglamento estatal, en ocasiones, se colocará por encima del local, contra todo razonamiento jurídico (26).

*B) La relación con los reglamentos estatales*

La respuesta no es tan sencilla, como en el anterior punto, cuando nos planteamos la relación con lo que el artículo 108 LRL llama disposiciones generales, palabras equivalentes a reglamentos estatales, pero no porque interprete el término general como estatal y, en consecuencia, las ordenanzas fueran disposiciones particulares, sino porque es de lógica que para marcar el límite de los reglamentos locales la ley se refiera a los reglamentos de la Administración del Estado. Salgo, por tanto, y antes de entrar de lleno en la cuestión, en contra de la postura de NÚEZ DE LA TORRE, para quien las ordenanzas son disposiciones particulares, fundando así el límite jerárquico. Veamos sus palabras:

Lo dispuesto en una ordenanza local queda supeditado a la regulación contenida en una disposición administrativa de carácter general de la Administración del Estado, pero no por el motivo de que esta última norma posea un rango superior a la ordenanza, pues ambas nacen de una misma potestad reglamentaria, sino por la

---

dictar una norma superior que, dejando en suspenso esa prohibición, haga posible la realización del deseo, manifestado por algunas Corporaciones municipales, de otorgar estos beneficios a las familias de las víctimas de la Revolución y de la Guerra.»

(26) En la bibliografía extranjera el principio de subordinación de la normativa local a las leyes es, obviamente, aceptado. Aun omitiendo ahora todas las referencias a autores sólo quiero hacer notar el trastocamiento en Francia de la mecánica jerárquica normativa por la introducción en la Constitución de la V República del llamado reglamento autónomo al que, en el siguiente punto, se dedicará más atención.

razón de que las normas locales, *al tener siempre la consideración de normas particulares*, no pueden prevalecer frente a una disposición general. (La cursiva es mía) (27).

El enfoque me parece radicalmente equivocado. Tan disposición de carácter general es un reglamento del Estado como una ordenanza local, ya que la generalidad no hace referencia a la extensión territorial sobre la que se aplique el Derecho, sino al círculo indeterminado de sujetos a él (28). El razonamiento va, por otra parte, contra el sentir de las mismas leyes, ya que el artículo 39, párrafo 1.º de la LJCA bien claramente refiere el concepto de disposición general tanto a los reglamentos del Estado como a los de la Administración Local.

Las *disposiciones de carácter general* que dictaren la Administración del Estado, *así como las Entidades locales* y las corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas... (29).

El problema de las relaciones con los reglamentos estatales no se arregla, por tanto, por este lado. Las disposiciones generales del Estado son uno de los techos de los reglamentos municipales, habrá que preguntarse cuál es la extensión de ese término, a qué reglamentos abarca.

---

(27) *Las ordenanzas de exacciones...*, p. 315.

(28) Y de ahí el principio de inderogabilidad singular también aplicable a los reglamentos locales según el párrafo 2.º del artículo 11 R. S. Véase sobre esto GARCÍA DE ENTERRÍA: *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, núm. 27 de esta REVISTA, 1956, p. 64.

(29) La jurisprudencia se mueve también en esta línea lógica. Así, la sentencia de 30 de mayo de 1969 (*Aranzadi*, 3.853) habla de «... con las únicas limitaciones que las que se deriven de las leyes y disposiciones *estatales*...». Interesante remarcando el carácter de la generalidad es la sentencia de 20 de diciembre de 1962 (*Aranzadi*, 512, de 1963; ponente, excelentísimo señor don Luis BERMÚDEZ ACERO), en la que el Tribunal Supremo anula un acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Tarrasa dado que por el objeto de éste debía haber sido aprobado como ordenanza y por tanto el órgano competente para hacerlo sería el Ayuntamiento en Pleno. Veamos más concretamente el razonamiento: «Considerando: Que aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, como la medida tomada por el Ayuntamiento de Tarrasa de sustituir las llantas metálicas de los carros por llantas de goma, tiene un *carácter general* para los vecinos, que exige ser tomado en virtud de un precepto reglamentario u Ordenanza, pero por aquella En-

a) *La cuestión de la clase de reglamentos a que se refiere el artículo 108 LRL.*

La pregunta está directamente relacionada con la naturaleza de la potestad reglamentaria municipal y con la respuesta a dar a la polémica planteada sobre la previsión de existencia o no de los reglamentos autónomos en las leyes fundamentales.

a') La Administración Local tiene un ámbito de actuación propia, un marco competencial fijado, un campo sobre el que actúa con independencia de la Administración del Estado (30). Los reglamentos locales regulan, precisamente, ese ámbito de competencia, hay una correspondencia entre reglamentos y competencia, como dice el artículo 108 LRL, «en la esfera de su competencia...». Esta competencia municipal es fijada por la ley dada la remisión que a ella hacen los artículos 46 y 48 de la LOE. Quiere esto decir que le sería prohibido al reglamento estatal sustraer la competencia ya fijada, que le sería ilícito reducir, por tanto, el ámbito de la potestad reglamentaria. Es por ello que al referirse a los reglamentos locales se habla de reglamentos autónomos o autonómicos (31) como tratando de resaltar que regulan un ámbito de actuación propio, no encuadrado en una línea jerárquica sino sometido, exclusivamente, a la ley que definió la competencia. Por tanto, a los únicos reglamentos estatales a los que podrán estar sometidos los locales es a aquellos que desarrollen los preceptos de una ley, que sean ejecutivos (32) de ella. Desde esta pers-

---

tividad a quien compete la medida, esto es, por el Ayuntamiento en Pleno, desde el momento que aparece completamente demostrado documentalmente que los acuerdos sobre el particular fueron tomados por la Comisión Permanente, el acuerdo está atacado de un vicio sustancial y fundamental que lo invalida y anula...».

A iguales resultados se llega con el recurso a la consideración de lo que las leyes municipales históricas han dicho sobre el tema. Así, en la Ley Municipal de 1835, en el artículo 144 específicamente, se nombraba la prohibición de contradecir «preceptos legislativos o reglamentarios» (con un evidente exceso articulador del Gobierno frente al dictado de la Ley de Bases). La LRL ha sustituido los preceptos reglamentarios por la mención disposiciones generales que, lógicamente, son los reglamentos del Estado. De igual forma, el artículo 323 del EM —hoy 723, 4, a) LRL— obligaba al delegado de Hacienda a negar la aprobación de las Ordenanzas fiscales que contuvieran «cualquiera otra infracción legal o reglamentaria».

(30) Prescindiendo de los casos en que confluyen las dos Administraciones competencias concurrentes y compartidas.

(31) Véase, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, p. 130.

(32) Sobre los reglamentos ejecutivos, véase últimamente el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO: *Sobre el concepto de Reglamentos ejecutivos en el Derecho español* número 77 de esta REVISTA, 1975, pp. 139 y ss.

pectiva quizá resulta ociosa la mención del artículo 108 LRL a las disposiciones generales, pues mientras ellas no se extralimitaran de lo previsto por la ley, mientras se limitaran a pormenorizarla, la conclusión lógica sería la de la sumisión de las ordenanzas y reglamentos locales también a esas disposiciones generales, ya que su valor derivaba, solamente, de la voluntad legal (33).

La jurisprudencia es remisa, sin embargo, a llegar a esta conclusión que implica negar la existencia de una jerarquía entre la normativa de la Administración del Estado y la local, ya que aunque existen planteamientos correctos (34), normalmente los Tribunales aplican sin grandes problemas aquellos reglamentos del Estado que claramente están al margen de lo previsto por la ley (35), y llegan, incluso, en su afán de defensor de la Administración central, a consignar afirmaciones como ésta:

Que es un principio general del Derecho que las disposiciones de rango inferior, como las ordenanzas municipales, no pueden infringir, ni derogar las de rango superior, como las leyes y reglamentos estatales, principio consagrado en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico... (36).

Una aplicación indiscriminada de la doctrina de esta sentencia acabaría con el problema que venimos examinando. Si cualquier reglamento estatal se considerara superior a la normativa local, las relaciones entre las ordenanzas municipales y otras fuentes del Derecho se simplificarían en grado sumo: subordinación siempre al de-

---

(33) La posición defendida en el texto concuerda con la de GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, p. 132, y la de VILLAR PALASÍ: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1972, p. 288. El principio es idéntico en la doctrina italiana, así, entre otros, véase G. ZANOBINI: «La gerarchia delle fonti nel nuovo Ordinamento», en *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Ed. Giuffré, Milán, 1955, p. 390.

(34) Por ejemplo, la sentencia de 26 de enero de 1960 (*Aranzadi*, 741; ponente, excelentísimo señor don Manuel GONZÁLEZ-ALEGRE Y LEDESMA), en la que se razona sobre la oposición de un reglamento de Mercado de Abastos de Madrid con el RSCL, norma ejecutiva de la LRL. Igualmente la sentencia de 19 de octubre de 1959 (*Aranzadi*, 3613; Ponente, excelentísimo señor don JOSÉ FERNÁNDEZ HERNANDO), en la que expresamente se habla de normas de prescripción autonómica recordando la vieja terminología del artículo 223 LM de 1935.

(35) El Código de la Circulación y normativa que lo complementa, el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y otros a los que más adelante se dedicará un espacio.

(36) Es la sentencia de 6 de mayo de 1960 (*Aranzadi*, 1.863; ponente, excelentísimo señor don Sabino ALVAREZ-GENDÍN BLANCO). No se trata de un pronunciamiento aislado, pero basta éste como muestra. Una crítica de su doctrina, en la p. 373 de mi trabajo: *El tema de la publicación de las Ordenanzas fiscales*, «REDA», 9, 1976.

recho del Estado y aplicación de los esquemas generales respecto a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Esta conclusión, sin embargo, resulta en sí misma incongruente con las premisas de que se parte. En efecto, la sentencia se apoya en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la *Administración del Estado*, ley aplicable, por tanto, sólo a ésta y no a la Administración local ya que, al contrario de lo que sucede en otra ley de finalidad reguladora general, como es la de Procedimiento Administrativo, no contiene ninguna cláusula de aplicación supletoria para los Municipios y Provincias. Es incorrecto, por tanto, deducir para los reglamentos municipales principios de normas no pensadas para ellos. Incluso, el postular el criterio de jerarquía del artículo 23 LRJ, implicaría la creencia en una subordinación entre los órganos de la Administración del Estado y la local, el convencimiento de la existencia de una cadena jerárquica que uniría al Consejo de Ministros con el alcalde y Ayuntamiento del más minúsculo municipio, conclusión negada por el simple hecho de que no hay establecido, de forma general, un recurso de alzada, jerárquico, contra las actuaciones de los Ayuntamientos. Debe considerarse, por tanto, errónea la doctrina expresada por la mencionada sentencia (37).

b') Si se mantiene la postura doctrinal favorable a la existencia del reglamento autónomo (38) en nuestro derecho, si se acepta que el artículo 10 de la Ley de Cortes encierra taxativamente las materias reservadas a la Ley y de su relación con el 12 de la misma y el 24 de la LRJ se deduce que en lo no nombrado específicamente puede el reglamento estatal incidir con absoluta libertad, se comprende que la conclusión anterior debería ser modificada, que no sólo los reglamentos ejecutivos serían los límites de los locales, sino también los

(37) No se crea, sin embargo, que esta doctrina es exclusiva de planteamientos jurisprudenciales, pues también se halla expuesta en las obras de diversos autores. Así, por ejemplo, N. RODRÍGUEZ MORO, quien en *Ordenanzas municipales...*, p. 52, dice: «Que tampoco pueden contener preceptos contrarios a disposiciones administrativas de rango jerárquico superior. Así, no podrán conculcar preceptos contenidos en un Reglamento o disposición emanado del Gobierno y dado para toda la nación», citando en la nota 6 expresamente el artículo 23 de la LRJ. Igualmente, véase VEGA BENAYAS: *Teoría...*, quien hace una enumeración en las pp. 46 y ss. de la jerarquía normativa y coloca a las ordenanzas locales en el lugar número 11 tras, indiscriminadamente, las Ordenes ministeriales, disposiciones de organismos inferiores, resoluciones y acuerdos «de carácter individualizado sobre supuestos concretos» (*sic*), p. 47.

(38) Aunque parezca obvia la especificación creo que conviene remarcar que la palabra «autónomo» está tomada en un sentido absolutamente diverso de cuando se califica de autónomos a los reglamentos locales. Aquí se atiende a la falta de ligaduras, autonomía, con la Ley.

autónomos, los que sin relacionarse con ninguna ley constituirían un efectivo techo de la normativa local.

Esta postura defensora de nuevas potestades normativas para la Administración tiene entre sus representantes a CLAVERO ARÉVALO, FERNÁNDEZ CARVAJAL y GALLEGO ANABITARTE (39), y ha sido contestada por GARCÍA DE ENTERRÍA demostrando cómo entre los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes no hay sino una división entre Leyes de Pleno y de Comisión, mientras que el artículo 24 LRJ sólo se preocupa de atribuir la potestad reglamentaria al Gobierno (40). Al lado de esta argumentación, la comparación con la Constitución francesa de 1958, tomada como modelo por los defensores de la tesis, arroja sustanciales diferencias: no se ha realizado una deslegalización concreta de materias, una enumeración de reserva reglamentaria (41) y tampoco el sistema político francés funciona de manera semejante al nuestro (42).

(39) La postura del primero en *¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?*, núm. 62 de esta REVISTA, 1970, pp. 9 y ss.; la de R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, en *La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España*, «REP.», 169-170, 1970, pp. 63 y ss., y la de GALLEGO, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Ed. IEA, Madrid, 1971. Los razonamientos parecen muy influidos por la problemática del artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 (CLAVERO, pp. 11 y 12) y deseosos de encontrar un parecido en nuestro Derecho. La investigación de GALLEGO le lleva, por ejemplo, a describir la historia de las fuentes normativas en el constitucionalismo español y a llegar en sus conclusiones a que «tras un detenido análisis de los textos constitucionales de 1812 (1836), 1837, 1869, 1873, 1876, hay que concluir que el poder reglamentario atribuido al Rey-gobierno en las Constituciones españolas está absolutamente condicionado a la "ejecución de las Leyes", y que el poder legislativo —a falta de prueba en contrario— tiene una competencia ilimitada» (p. 78). Sin embargo, cosa diferente sucede ahora: «En cambio, en 1967, por estar fijado de antemano el campo de la Ley, es decir, al tener un concepto estricto material de Ley —el artículo 10 de la Ley de 1942—, la potestad reglamentaria abarca todo aquello que no está comprendido en dicho artículo» (página 54). Tal nuevo concepto de la legalidad es mucho más real y acorde con la situación de la Administración moderna que «emerge como actividad libre y creadora, sin necesidad de base legal para su actuación» (p. 77). No obstante, parece que los últimos estudios doctrinales y hasta la práctica del Conseil d'Etat en Francia tienden a negar especificidad y hasta valor propio al reglamento autónomo, y en ese sentido es muy instructiva la lectura del trabajo de L. FAVOREU: *Les Règlements autonomes existent-ils?* contenido en *Mélanges offerts a Georges Burdeau. Le pouvoir*, Ed. LGDJ, Paris, 1977, pp. 405 y ss.

(40) Cfr. *Curso...*, pp. 154 y ss. Véanse también las argumentaciones de MUÑOZ MACHADO: *Sobre el concepto...*, pp. 161 y ss. En otro plano, negando una potestad reglamentaria originaria de la Administración en materia de policía, véase el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, «REDA», 5, 1975, pp. 203 y ss.

(41) «Esto determina en infinidad de supuestos que resulte muy difícil el funcionamiento normal del Reglamento autónomo, que encuentra bloqueado su ámbito por Leyes que tienen que ser respetadas mientras no se produzca la deslegalización de las materias por ellas reguladas. En nuestro Ordenamiento, además, una Ley ordinaria puede hacer aumentar la competencia legislativa en detrimento del ámbito del Reglamento autónomo» (CLAVERO: *¿Existen...?*, p. 32).

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, p. 155, habla del Presidente de la República elegido directamente por el pueblo, lo que «puede respaldar, en cierta manera,



En nuestro campo sería, quizá, reducido el ámbito que esta teoría, de aceptarse, podría llegar a tener dado que el artículo 10 de la Ley de Cortes en su párrafo h) reserva al pleno «las bases del régimen local». Todo consistiría en la extensión que a la expresión régimen local quisiera dársele, comprensiva de cualquier posible actuación de los Ayuntamientos o limitada a un cierto ámbito organizativo. ¿Sería régimen local lo concerniente a contaminación atmosférica, sanidad pública, actividades molestas...? La respuesta daría la medida de la incidencia gubernamental en el ámbito local (43). Bien es verdad que, a veces, las teorías parecen superfluas porque en nuestro sistema político sui géneris se ha actuado como, si de hecho, la Administración central contara con casi todos los poderes y, así se han recortado competencias reglamentarias locales sin atender a excesivos formalismos legales (44), pero, no obstante, hay que describir los principios tal y como ellos aparecen de la normativa existente. Veamos de qué forma ha tenido lugar la desvirtuación de estas premisas.

b) *Algunas muestras de la limitación práctica de los reglamentos locales por disposiciones generales del Estado dadas sin habilitación legal.*

El objetivo de estas líneas será demostrar cómo en algunos ámbitos de la potestad reglamentaria municipal ha tenido lugar una auténtica sustracción y limitación de competencias, competencias declaradas en las leyes municipales, por la simple emanación de reglamentos del Estado. Esta afirmación *a priori* la comprobaremos estudiando algunos supuestos específicos: la normativa de la circulación, la de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y una reciente

---

ese poder normativo alternativo». Las diferencias de funcionamiento deben ser referidas, sobre todo, a los momentos de la elaboración española de la teoría, 1970-71, que no a los actuales y difíciles de transición.

(43) CLAVERO concluía su estudio llamando la atención sobre los posibles efectos perjudiciales de la teoría por él defendida del reglamento autónomo, palabras que pueden aplicarse sin ningún problema a la relación con la Administración local: «Un poder reglamentario autónomo y residual cuando la competencia legislativa es limitada y escasa, pone en manos del Poder ejecutivo un instrumento que puede poner en peligro no sólo los derechos humanos, sino también la competencia de otras Administraciones públicas coincidentes con el Estado.» *¿Existen...?*, p. 34.

(44) En el sistema «puro» del nuevo Estado, con las posibilidades normativas del Jefe del Estado —leyes de prerrogativa— y el nulo control sobre Decretos-leyes, pierden trascendencia temas tan capitales para el desarrollo de la mentalidad jurídica liberal como la reserva de Ley o la jerarquía normativa. Una buena muestra de lo que se dice para los Decretos-leyes es el trabajo de J. SALAS HERNÁNDEZ: *Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia*, núm. 51 de esta REVISTA, 1966, pp. 41 y ss.

orden por la que se dictan normas sobre medidas higiénico-sanitarias para perros y gatos de «convivencia humana». A la vez que consideramos estos aspectos resurgirá un viejo problema del derecho histórico, la mezcla o confusión entre las potestades reglamentarias de alcalde y Ayuntamientos, que prolonga sus características hasta este momento (45).

a) En la materia de circulación (46) el desapoderamiento de los municipios ha sido progresivo y se inicia con el Decreto de 25 de septiembre de 1934 que aprueba el Código de la Circulación, Decreto cuyo artículo 12, párrafo 1.º, dice de la manera siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 12 de la Ley de 15 de septiembre de 1932 (47) las Regiones autónomas, las Provincias, los Municipios y los Cabildos insulares podrán establecer en cada comarca o localidad, disposiciones u ordenanzas especiales, regulando la circulación dentro de las vías de su especial jurisdicción, sin que, con la salvedad anteriormente consignada, puedan aquéllas oponerse, alterar ni desvirtuar los preceptos de este Código, ni inducir a confusión con ellos.

Un Decreto, no una Ley, ordena que la normativa municipal no pueda oponerse a lo dispuesto por él mismo. La referencia es importante si se tiene en cuenta que la regulación de la circulación en las vías urbanas venía siendo una competencia típicamente municipal y no se pierde de vista, tampoco, la declaración de autonomía municipal que a nivel constitucional se consignaba en el artículo 9.º La situación es tanto más curiosa si se tiene en cuenta que un año más tarde, el artículo 115 de la Ley Municipal obligará a los Ayuntamientos al cumplimiento de diversos servicios y, entre ellos, al de «Policía de seguri-

(45) A esta mezcla me refiero en otros lugares de la tesis, una de cuyas partes es, como advertí al principio, el presente artículo.

(46) La problemática general de ésta, a la que no se alude en el estudio, verla en el libro de ALBASANZ GALLAN: *La policía de circulación sobre las vías públicas y los Cuerpos de la policía municipal*, Ed. IEAL, Madrid, 1974, 432 pp. y en pp. 354 y ss. de la obra de P. ESCRIBANO COLLADO: *Las vías urbanas. Concepto y régimen de uso*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, 553 pp. Igualmente la lección magistral sobre problemática de la circulación de J. BERMEJO VERA, aún inédita, expuesta en un concurso-oposición a agregaciones de Derecho Administrativo, es acreedora de algunas de las ideas que en el texto se exponen.

(47) La referencia es a las competencias establecidas en el Estatuto de Cataluña.

dad y de circulación para regular el tráfico en las poblaciones que lo precisen». La fórmula es tanto más destacable si se advierte que no está encuadrada meramente dentro de la rúbrica general «competencia» sino dentro de la más compulsiva de «obligaciones» (48). Es una verdadera competencia, por tanto, ésta de los Ayuntamientos, lo que ocurre es que se encuentra subordinada, de hecho, a lo ya dispuesto en el Código de la Circulación, las ordenanzas municipales pueden regular aspectos no previstos en el Código o pormenorizarlos, pero nunca ir contra las prescripciones de éste.

La situación resulta así ser de un estrecho margen de actuación de las Corporaciones locales, margen reducido, además, contra la teoría de la jerarquía normativa puesto que el Decreto de 25 de septiembre de 1934 no tiene ninguna base legal. Sin embargo, formalmente se sigue respetando el ámbito autónomo de actuación municipal, las ordenanzas sobre circulación, o las ordenanzas que contengan preceptos relativos a la circulación, emanan de una Administración distinta de la del Estado origen del Código.

Esta conclusión va a quedar gravemente afectada tras el surgimiento de una normativa al comienzo de la década de los sesenta y que tiene su origen en la Ley 47/1959, de 30 de julio, sobre competencia en materia de vigilancia del tráfico, circulación y transporte. El texto fundamental a considerar será la Orden del Ministerio de la Gobernación de 22 de julio de 1961 que regula las funciones de autoridades y agentes municipales en este aspecto, siendo las disposiciones básicas la IV y la V. En la primera de ellas el Ministerio dispone que puedan los alcaldes «con *potestad delegada*, ordenar el tráfico dentro del núcleo urbano de su población» y en la segunda, complementando a la anterior previsión, se ordena a los alcaldes que dicten «*las oportunas ordenanzas complementarias o bandos* entre los que, entre otras, se recojan las prevenciones antedichas...».

Dos reflexiones sugieren estos párrafos. La primera es que la actuación autónoma, propia, de los municipios parece desaparecer para integrarlos en una línea jerárquica—de «*potestad delegada*» habla la disposición IV—, teniendo, por tanto, que actuar los alcaldes en su faceta de «*delegados del Gobierno*». La segunda está directamente unida a ésta: son los alcaldes quienes deben de elaborar las ordenanzas complementarias o bandos, no los Ayuntamientos. Se rompe, por

(48) Con relación a la LRL, SALAS dirá que la fórmula «obligaciones mínimas» es indicativa de cuándo hay verdadera competencia de los entes locales. Véase *El tema de las competencias...*, p. 342.

tanto, la disposición del artículo 12 del Código de la Circulación, y se rompe también, y esto es más grave, con algo que parecía ser un principio sólido de la normativa local: que las disposiciones de carácter general provenían del Ayuntamiento, órgano deliberante, y no del alcalde, meramente ejecutor (49). La orden es consciente de esta ruptura porque no se limita a hablar de «bandos», sino que, acentuando la confusión, nombra la palabra ordenanzas, ordenanzas, además, complementarias (50). Es por tanto la Orden de 22 de julio de 1961 absolutamente representativa dentro del proceso a estudiar de desposesión de competencias de los entes locales. Integra a éstas en una línea jerárquica y, además, se las atribuye a un órgano nombrado directamente por la Administración del Estado, sea por el ministro de la Gobernación o por el gobernador civil.

La consecuencia no puede ser más escandalosa, pero, ¿tiene ella misma fundamento?, ¿se apoya la Orden de 1961 en una norma legal como para poder contener semejantes prescripciones? No, la Ley de 30 de julio de 1959 que hemos considerado en el origen de esta normativa para nada nombra a los Ayuntamientos, se limita a establecer una ordenación de competencias entre los Ministerios de Gobernación, Obras Públicas e Industria y en su artículo final, el 9.º, párrafo 1.º, contiene las siguientes palabras:

Por los Ministerios a quienes corresponda conforme a las atribuciones que les confiere la presente Ley, se dictarán las disposiciones que demande su efectividad. Si ello requiere normas con rango de Decreto, se hará por el Consejo de Ministros.

Simple autorización para desarrollar las prescripciones de la Ley. Al año siguiente se dictó un Decreto, de 21 de julio de 1960, en el

---

(49) Resurge aquí el problema de la intervención del alcalde en las competencias normativas del Ayuntamiento, intervención que, según la interpretación que defiendo en mi tesis, se debe a una copia no fidedigna de la ley francesa de Ayuntamientos de 1837 hecha por el proyecto de 23 de febrero de 1838 del marqués de Someruelos. Esta copia imperfecta arrastra consecuencias a lo largo de todo el siglo XIX hasta llegar, en datos como éste, a nuestros días.

(50) Podría defenderse que la potestad atribuida al alcalde se limita a lo relativo al contenido de la Orden de 22 de julio de 1961, en esencia moralización del tráfico y aspectos sancionatorios, pero la interpretación sería dudosa, pues la disposición V parece tener la voluntad de atribuir toda la materia en este ámbito al alcalde y por eso habla de «ordenanzas complementarias o bandos en los que, entre otras...». Favorable a la absorción de toda la potestad parece ser ALBASANZ GALLAN, *op. cit.*, p. 79, que considera a la Orden de 22 de julio de 1961, junto con la Ley del 59 y otros decretos, la «legislación específica básica sobre la materia», aunque este autor no se plantea el problema.

que se inició el camino de intervención en los reglamentos municipales de una forma muy directa. En concreto, el apartado d) del párrafo 2.º del artículo 1.º atribuía a la Jefatura Central de Tráfico la competencia de

dictar las instrucciones a que deban ajustar su actuación las Policías Municipales para la observancia e interpretación de normas de circulación del Código, y regulación del tráfico dentro de cascos urbanos.

Disposición, hasta cierto punto, lógica dada la muy específica materia sobre la que incide, interpretación de un Código que ya se supone normativa aplicable a todos los municipios.

Sin embargo, un año más tarde de este Decreto tuvo lugar la publicación de la Orden que estamos considerando que ya, claramente, rompe los esquemas de la potestad reglamentaria local, orden, como se puede ver, ilegal, pues de ninguna forma desarrolla la Ley de 1959 que no contenía pronunciamiento sobre la materia.

La conclusión del traspaso de los poderes del Ayuntamiento al alcalde ha parecido exagerada y falta de base a algunos autores; así se ha señalado el profundo cambio que se introduce respecto a las previsiones de la LRL y del mismo Código de la Circulación en cuanto a la competencia municipal que pasa a ser delegada de la Administración central, y la potestad reglamentaria que parece atribuirse al alcalde (51) e igualmente se ha apelado a la realidad acudiendo a la constatación fáctica de que los municipios suelen actuar en esta materia por Ordenanzas del Ayuntamiento y no por bandos (52). Los razonamientos son correctos pero, en última instancia, no dejan de ser planteamientos doctrinales que reaccionan contra una situación aberrante, pero que muchas veces tienen que sentir su misma inoquidad ante la realidad de la dicción de la norma. Sin embargo, un nuevo elemento de juicio que aún no ha sido manejado por la doc-

---

(51) Véanse los razonamientos mantenedores del estado de cosas marcado por el Código de la Circulación de M. PALOMAR LLOVET y A. DE ROVIRA MOLA en *La potestad correctiva municipal en materia de circulación urbana, a la luz de las últimas disposiciones*, «REVL», 121, 1962, especialmente pp. 34 y ss., y de R. ARNAZ DELGADO: *La competencia municipal en materia de circulación*, «REVL», 140, 1965, páginas 218 y ss., que repite alguno de los argumentos de los autores anteriores. Favorable a la derogación del sistema del artículo 12 del Código de Circulación es ESCRIBANO: *Las vías...*, p. 389.

(52) Según PALOMAR y ROVIRA, p. 36, si bien hay que hacer notar que escriben al año siguiente tan sólo de la Orden de 1961, luego sin perspectiva para poder apreciar el posible cambio producido por ella.

trina puede servir para introducirnos en la verdadera voluntad de la Administración autora de la Orden de 1961 —o, por lo menos, en la voluntad de la Administración que tiene que aplicarla—, un elemento de juicio que nos permitirá dilucidar si realmente se ha querido llegar al traspaso total de competencias reglamentarias del Ayuntamiento al alcalde. Me refiero a una ordenanza modelo elaborada por la Jefatura Central de Tráfico y que se contiene, resumida, en el trabajo de una persona que, presumiblemente, era voz autorizada para dar su interpretación —«auténtica», podríamos decir—, JOSÉ LUIS TORROBA LLORENTE, director general a la sazón de la Jefatura Central de Tráfico (53).

La Ordenanza, de la que no se da fecha, aparece, según el autor, como «consecuencia del incremento de la circulación de toda clase de vehículos automóviles en las ciudades» y como necesidad de completar unas Instrucciones de 30 de mayo de 1962 dadas a los alcaldes (54). La Ordenanza consta de un título preliminar, diez títulos, dos disposiciones finales y un anexo, y de toda ella sólo me interesa, a estos efectos, el contenido de las dos disposiciones finales resumidas por el autor del trabajo de la siguiente manera:

Termina la Ordenanza con dos disposiciones finales, conteniendo, la primera, una cláusula derogatoria de las normas municipales que se opongan a lo establecido en la Ordenanza y *autorizando, la segunda, a la Alcaldía-Presidencia para modificar los preceptos de la Ordenanza por medio de los oportunos Bandos* (55).

Omito toda alusión al significado de la técnica de las Ordenanzas-modelo (56), y me voy a ceñir al comentario de las palabras subrayadas.

---

(53) Es una comunicación presentada al V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios y recogida en la *Crónica* del mismo, Ed. IEAL, Madrid, 1970, tomo II, pp. 635 y ss. La comunicación lleva por título *Normativa para la regulación del tráfico en el ámbito urbano. Bandos u ordenanzas complementarias municipales*.

(54) Y que se fundamentarían en la facultad de la Jefatura Central de Tráfico que se contenía en el Decreto de 1960, ya visto.

(55) *Op. cit.*, p. 644.

(56) Que representan un evidente límite a la autonomía siendo una técnica no tan desarrollada en España como en el vecino país galo. Sobre la situación en Francia, véase el fundamental libro de Pierrette RONGERE *Le procédé de l'acte-type*, Ed. LGDJ, París, 1968. En nuestro país los primeros signos de la predeterminación de los reglamentos municipales aparecen con la Real Orden de 12 de octubre de

#### NORMATIVA MUNICIPAL

Si la Ordenanza-modelo elaborada por la Jefatura Central de Tráfico contiene una disposición permitiendo a la Alcaldía modificarla, es porque no es el alcalde quien la ha elaborado, ya que si no tal disposición sería ociosa puesto que se entiende la facultad modificatoria o denegatoria ínsita en la de redacción. Parece, por tanto, que se puede afirmar que competencia, a despecho de lo que luego se dirá, sigue inserta en los Ayuntamientos, pero, ¿es un procedimiento adecuado a la legalidad que la Alcaldía modifique normas del Ayuntamiento? Tal previsión equivale a una delegación de la competencia reglamentaria, delegación de competencia que en principio, en general, es permitida por el ordenamiento a tenor del artículo 4.º LPA, pero que en el ámbito de la Administración del Estado se prohíbe en lo relativo a la elaboración de las disposiciones de carácter general por el artículo 22, 3, d), de la LRJ y que igualmente se niega en el ámbito de la Administración Local si tenemos en cuenta la redacción del artículo 113 LRL:

Para las modificaciones de las Ordenanzas y Reglamentos habrán de ser observados los mismos trámites que para su aprobación.

Es decir, una Ordenanza de circulación no puede ser modificada por un Bando del alcalde, sino por una nueva Ordenanza hecha con los mismos trámites que la primera y, por tanto, por el mismo órgano. Un Bando que dispusiera lo que la modelo dice sería claramente ilegal, por violentar el límite de las leyes (art. 108 LRL) a que toda normativa local está sujeta.

Parece, por tanto, que la Administración trata de salvar una situación condenable, el traspaso de facultades reglamentarias, pero llega a otra tan grave como la primera y que, además, en sus últimas consecuencias viene a significar el mismo traspaso de facultades, pues al alcalde se le dejan las manos libres para actuar.

Pero ¿tiene claras las ideas la Administración acerca de la no voluntad de aplicación del tenor literal de la disposición V de la Orden de 1981?

Volvamos al mismo trabajo de TORROBA y transcribamos tan sólo las líneas que para él fundamentan la necesidad de la ordenanza-

---

1910 por la que se aprobaban unas Bases Generales para la redacción de los reglamentos de higiene, y tienen una línea inequívoca cuya última manifestación sería la LBERL, al prever las ordenanzas modelos en su Base 11 para municipios de población inferior a 5.000 habitantes.

modelo. La «Ordenanza tipo complementaria de tráfico», como él la llama, serviría de modelo «para que los *alcaldes* de las distintas ciudades pudieran elaborar sus *bandos u ordenanzas complementarias* de una forma más ordenada, completa y *uniforme*, sin perjuicio de que dichos *alcaldes* pudieran introducir en estas disposiciones las normas específicas exigidas por las peculiaridades propias de cada ciudad» (57). (La cursiva, naturalmente, es mía.)

Creo que sobran los comentarios. La búsqueda confusión de las facultades reglamentarias lleva a resultados increíbles. La redacción de la Ordenanza, según el criterio de la modelo, se atribuye al Ayuntamiento, aun con todas las incorrecciones vistas, y el director general de la Jefatura Central de Tráfico continúa hablando, en su comentario, de la facultad reglamentaria de los alcaldes (58). Cualquiera que sea la conclusión —y la conclusión defendible según la legalidad está bien clara—, es este de la circulación un claro ejemplo de cómo se desvirtúan los concretos límites de las Ordenanzas a los que habíamos llegado a partir de la LRL.

b') El segundo ejemplo que quería nombrar tiene que ver con la normativa relativa a las actividades industriales. Prescindiendo de toda la legislación estatal anterior quiero partir del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, acerca del cual la doctrina ha expresado sus más serias críticas por el hecho de violentar el principio de reserva de ley

(57) *Op. cit.*, pp. 637 y 638.

(58) La Sentencia de 10 de abril de 1976 (*Aranzadi*, 2.293), que se citó a propósito de la distinción reglamento-acto, es otro buen ejemplo de la confusión existente. En algunos de los pronunciamientos se lee: «... por afectar el *Bando* en cuestión a una pluralidad de vecinos del Ayuntamiento de Vigo, precisamente en una materia típica y exclusivamente del ámbito municipal (*art. 12 del vigente Código de la Circulación...*)»; y más adelante, «... por lo que lo único que se podría esgrimir es que el *Bando* en cuestión escapa de las atribuciones del Ayuntamiento litigioso, lo que resulta a todas luces incierto por cuanto, siendo una realidad incontrovertible el que los alcaldes pueden dictar Bandos en materia de competencia (*art. 108 de la LRL y 5 del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955*), es evidente que la materia del tráfico urbano es de la competencia exclusiva de las primeras autoridades municipales (*art. 12 del vigente Código de la Circulación*, *art. 121 del Reglamento de 17 de mayo de 1952 y arts. 116 y 117 de la Ley de 14 de junio de 1955...*)». Materia típicamente municipal, remisión al artículo 12 del Código de la Circulación..., pero estamos ante un *Bando del alcalde*, de ninguna forma nombrado en ese artículo 12. Es de hacer notar, sin embargo, que en la Sentencia se evita la mención de la Orden de 1961. La situación a la que se llega es, pues, de confusión. F. LARIOS TABUENCA en *Competencia de los órganos municipales y su ejercicio*, núm. 71 de esta REVISTA, 1975, nota 5, p. 209, afirma que elaborar un Reglamento de Tráfico es competencia unipersonal del alcalde.



que a la materia regulada correspondía (59). Bien, en nuestro tema este Reglamento representará un evidente paso en la tendencia a subordinar la normativa local a la estatal. La reducción de la competencia municipal es anunciada ya en el preámbulo del Reglamento:

Atribuida a las autoridades municipales por la legislación de Régimen Local la competencia para la concesión de licencias de apertura de establecimientos industriales y mercantiles, no cabía desconocer tal facultad de los entes locales, pero al mismo tiempo la trascendencia nacional de ciertos problemas derivados del ejercicio de la industria, como son los sanitarios y los de seguridad de las poblaciones, entre otros, *obligan a que el Estado intervenga por medio de sus órganos competentes con una actuación tuitiva y coordinadora*. Ningún Organismo más indicado para ello que las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos que, por su función esencialmente asesora y de coordinación, reúnen en su seno a los Jefes de los Servicios y Organismos más calificados, motivo por el cual se le encomienda la misión de calificar las actividades sujetas a las normas del Reglamento, quedando siempre a salvo la competencia municipal en lo que es privativo de los Ayuntamientos y la de los diferentes Departamentos ministeriales en sus asuntos propios.

Va a ser la Comisión Provincial de Servicios Técnicos (60) el órgano clave, pues, en la estructura que se monta. A ella corresponde:

— Informar las Ordenanzas y Reglamentos municipales (en la par-

(59) Véase, así, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Ed. IEAL, Madrid, 1973, p. 83, que agudamente se refiere al hecho de que como el Reglamento de 1961 continúa la tradición de ilegalidad del de 1925, puede llegar a producirse, con el paso del tiempo, una «pérdida de conciencia del origen mismo de la institución y, por lo tanto, de la última referencia válida». Igualmente, véase J. L. GONZÁLEZ BELENGUER: *La reforma del Reglamento de actividades molestas, insalubres, incómodas o peligrosas*, núm. 43 de esta REVISTA, 1984, p. 367.

(60) Sobre la evolución y significado de las CPST, recuérdense las reflexiones de GARCÍA DE ENTERRÍA en *Administración local y Administración periférica del Estado, problemas de articulación*, incluido en *La Administración española*, Editorial Alianza, Madrid, 1972, pp. 79 y ss. Los últimos datos normativos permiten pensar, sin embargo, que las relaciones Estado-municipios en este concreto punto cambian. En efecto, siguiendo las orientaciones del Real Decreto-ley 34/1977, de 2 de junio, se ha dictado el Real Decreto 2888/1977, de 15 de octubre, el cual firma el acta de defunción de las CPST y crea en su lugar dos nuevas: la Comisión

te referente a las actividades objeto de este Reglamento) antes de ser elevada al gobernador civil —art. 7, 1), a).

- Vincular a la Alcaldía en caso de informe negativo para una licencia o de imposición de medidas correctoras (7, 2).

Por su parte, a los alcaldes compete el otorgamiento de licencias (con el previo informe de la Comisión), la vigilancia del cumplimiento del Reglamento y el ejercicio de la facultad sancionadora (art. 6.º). El Ayuntamiento debe reglamentar en las Ordenanzas municipales cuanto se refiera «a los emplazamientos de estas actividades y a los demás requisitos exigidos que, sin contradecir lo dispuesto en este Reglamento, lo complementen o desarrollen» (art. 6.º, párr. 2.º).

Considerada la cuestión desde el punto de vista del poder normativo de los Ayuntamientos no hay diferencias sustanciales con el sistema de 1925, pero sí se han introducido elementos nuevos que hay que destacar. En primer lugar, el sistema general de aprobación de Ordenanzas de la LRL vigente que restringe la capacidad de los Ayuntamientos en relación al Estatuto municipal al cobrar ejecutividad las mismas tras la intervención del gobernador y no desde la aprobación municipal, como sucedía en 1924. En segundo término la inclusión en el procedimiento del informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, órgano cuyas características lo configuran, pese al nombre, como alejado de la estructura de la Administración local.

Sin embargo, tendrá que venir la Orden de 15 de marzo de 1963 aprobando las Instrucciones para aplicación del Reglamento de actividades molestas para que la anterior conclusión deba ser radicalmente modificada, ya que las prescripciones de su artículo 2.º hacen dudar de la sustantividad de la potestad reglamentaria reconocida por el artículo 108 de la LRL. Pero antes de referirme a los motivos que hacen deducir esa conclusión voy a resumir las novedades que el artículo 2.º presenta respecto al Reglamento y que pueden constituir solamente el normal desarrollo de éste.

El párrafo 2.º contiene la obligación para los municipios mayores de 50.000 habitantes y todos aquellos en los que predomine el censo

---

Provincial de Gobierno y la Comisión Provincial de Colaboración del Estado con las Corporaciones locales. Es esta segunda quien, en base al artículo 11, párrafo c), hereda las funciones en esta materia atribuidas a las CPST. Pues bien, la composición de la nueva Comisión es bastante más favorable a los intereses locales como de la consulta al artículo 10 se desprende. Es un nuevo dato del que por su novedad aún no se puede hacer notar otra cosa que su existencia, pero una existencia, eso sí, sugerente.

industrial sobre las demás actividades que en ellos se desarrollen de tener una Ordenanza especial «exclusivamente dedicada a regular en todos sus aspectos las actividades afectadas por el Reglamento». Para los demás municipios bastarán, por tanto, las normas contenidas en sus Ordenanzas generales adecuadas a los preceptos del Reglamento de 1961.

Con la finalidad de evitar incumplimientos por los Ayuntamientos de sus propias Ordenanzas se dicta el párrafo 4.º de este artículo prohibiendo que las mismas contengan «disposición alguna que permita utilizar o servirse de los supuestos de excepción previstos en el artículo 46 de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana» (61).

Son los párrafos tercero y quinto del artículo los que van a incidir de forma palpable sobre la potestad reglamentaria municipal, el primero de ellos dando un completo índice del contenido mínimo de la Ordenanza (62) y el segundo introduciendo una precisión que va a resultar fundamental: el informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos da un salto cualitativo y se convierte en parte misma de la Ordenanza capaz de sustituir la redacción del Ayuntamiento y de convertirse en objeto de la actuación del gobernador civil, pero dada la importancia del precepto veámosle concretamente:

Las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos, cuando al evacuar el trámite previsto por el artículo 7.º, párrafo 1), apartado a), del Reglamento se encuentren disconformes total o parcialmente con las Ordenanzas, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos objeto de la disconformidad. Las modificaciones así introducidas en las Ordenanzas no serán eficaces hasta tanto no sean sancionadas favorablemente por los gobernadores civiles, previa audiencia de los Ayuntamientos afectados.

---

(61) Artículo 46, que ha sido derogado por la reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975.

(62) La Ordenanza especial, a que se refiere el párrafo segundo, deberá tener una estructura dividida en once partes: disposiciones generales, clasificación de las efectuadas, emplazamientos, distancias según las actividades y medidas correctoras, determinación de competencias, normas de procedimiento, comprobación e inspección, sanciones, régimen jurídico, disposiciones adicionales y disposiciones transitorias. De las cuatro primeras partes se hacen también subdivisiones.

A través de la determinación de la estructura y contenido de la Ordenanza y de la intervención de la CPST se lleva a cabo un completo despojo de las posibilidades ordenancistas de las Corporaciones locales, no quedando a los Ayuntamientos otra opción, cuando no estén conformes con el texto de las Ordenanzas finalmente aprobadas, que impugnarlas en la vía contencioso-administrativa. Lo curioso y lamentable es el procedimiento utilizado para establecer tan trascendentales cambios en la forma de elaboración de las Ordenanzas: una Orden ministerial, una Orden ministerial que no sólo se excede frente a lo dispuesto por el Decreto de 30 de noviembre de 1961, sino que es radicalmente incompatible con los artículos 108 y siguientes de la LRL, que es, valga la redundancia, una Ley.

Puestas así las cosas, no es extraño que la Orden de 15 de marzo de 1963 haya sido objeto de un recurso contencioso-administrativo para intentar la anulación de éste y otros preceptos que se consideraban ilegales, recurso que, por cierto, ha resultado infructuoso, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1964 (*Aranzadi*, 5.641; ponente, excelentísimo señor don JOSÉ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ) lo desestima en parte de la forma que se va a especificar a continuación.

En primer lugar hay que partir de la existencia de un previo recurso del Ayuntamiento de Madrid—que es el recurrente también en el caso que tratamos—contra el Reglamento de 1961, recurso que el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de noviembre de 1963 (*Aranzadi*, 4.439; ponente, excelentísimo señor don ANGEL ALONSO MARTÍNEZ) declaró inadmisibile por haber sido presentado fuera de plazo. Este hecho trae la consecuencia de que se ha creado

así un estado procesal que es ineludible tener en cuenta para la delimitación y enjuiciamiento de la pretensión que ahora ejercita la citada Corporación local demandando la declaración de no ser conforme a Derecho y consiguiente anulación de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de marzo de 1963, que dictó la Instrucción aplicativa del repetido Reglamento, en cuanto a determinadas normas complementarias, *pues éstas habrán de estimarse jurídicamente correctas si resultan ajustadas a las correlativas del texto reglamentario que desarrollan, y sólo cuando las desorbiten o vulneren po-*

*drán reputarse ilegales, ya que no cabe admitir la posibilidad de que se ataque de forma indirecta el precepto de rango superior a través de otro subordinado que no se invoca como acto de aplicación individualizada conforme al artículo 39, párrafo 2.º, de la Ley Jurisdiccional.*

Las cosas han quedado delimitadas: todo precepto que se ataque de la Instrucción y que se corresponda con el Reglamento queda automáticamente fuera de discusión por la existencia de una sentencia anterior que, sin entrar en el fondo del asunto, creó esa situación de inmunidad procesal. Pues bien, uno de los preceptos que se impugnan por el Ayuntamiento de Madrid es el artículo 2.º, párrafo 5.º, de la Instrucción, y claramente hemos visto de qué forma se llevaba a cabo el exceso que no sólo era frente al Reglamento, sino, repitámoslo, frente a la misma Ley de Régimen Local. Sin embargo, el Tribunal Supremo va a responder que no existe tal exceso, que hay una «acomodación esencial» con el texto del Reglamento y que, por lo tanto, se debe obviar toda discusión sobre el asunto no pudiéndose entrar en el fondo de la cuestión. Esta idea se expresa con las siguientes palabras:

Que el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Instrucción, que faculta a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos para que al evacuar sus informes sobre el texto de las Ordenanzas elevadas por los Ayuntamientos exprese concretamente la forma en que han de quedar redactados los puntos en que discrepen se acomoda a lo esencial el párrafo 1.º, apartado a) del artículo 7.º del Reglamento, que impone la necesidad de dicho trámite y determina el órgano al que corresponde cumplirlo, sin que sea admisible el aserto de que con ello se desconoce y viola la potestad de Ordenanza de la Corporación municipal al transferirla a la Comisión encargada de dictaminar, toda vez que la norma acotada añade que las modificaciones que se introduzcan en el texto consultado no serán eficaces hasta que, previa audiencia del Ayuntamiento interesado, las apruebe el gobernador civil, autoridad a la que correspondía en todo caso el control de legalidad según los artículos 109 y 110 de la LRL.

Con este razonamiento queda claro que el Tribunal Supremo no ha querido enterarse del cambio de funciones de la Comisión producido

por la Orden de 15 de marzo de 1963, ya que hasta este momento el gobernador conocía del texto del Ayuntamiento y del informe de la Comisión, mientras que a partir de la Instrucción es esta misma Comisión quien redacta y fija el texto de la Ordenanza que luego pasa al gobernador. La práctica jurisprudencial aparece así caminando del brazo de la actitud centralizadora de la Administración del Estado.

c') El tercer ejemplo que quería destacar parece de menor importancia que los nombrados e, incluso, podría considerarse como trivial, pero merece la pena hacerse eco de él por seguir en la misma línea. Es una Orden ministerial de 14 de junio de 1976, firmada por el entonces ministro de la Gobernación, Manuel FRAGA IRIBARNE, la que toca directamente, otra vez, el ámbito de la potestad reglamentaria local pretendiendo imponerse como límite de ésta. La Orden tiene como objeto dictar medidas sanitarias para los perros y gatos que conviven con el hombre, y en su penúltimo artículo, 22, dice de la forma que sigue:

Por los alcaldes de todos los Municipios se procederá a dictar un bando y dar la máxima publicidad al mismo para el cumplimiento de la presente Orden en los casos en que las Ordenanzas municipales no se adapten a las prescripciones de la misma.

Voluntad, por tanto, de jerarquía de la Orden sobre la normativa municipal y remisión a un procedimiento sui generis para ello: publicación por el alcalde de un bando cuando las Ordenanzas no se adapten a la Orden (63). Para que esta disposición pueda tener el valor de

---

(63) Esta disposición nos vuelve a recordar el viejo tema de la mezcla entre las potestades reglamentarias de alcalde y Ayuntamiento. Parece existir una voluntad de afirmar la supremacía del primero, órgano monocrático y designado por la Administración central, como sea. La cuestión no está excesivamente clara, por lo menos en el plano de la práctica, y esto es lo que le hace decir a Boix REIG sobre el poder normativo de los alcaldes que su «deficiente instrumentación práctica obliga a pensar sobre unas necesarias garantías de su autenticidad, sin las cuales no parece indubitable su virtualidad normativa» (*Los reglamentos...*, p. 250). Una muestra extraída de un libro nada jurídico, pero sí testimonial, muestra imposible de rastrear, por otra parte, en las páginas del «BOE», es la circular que incluye en sus memorias un alcalde en su tiempo famoso, alcalde casi vitalicio de Sabadell. Es la obra de J. M.º MARCET COLL titulada *Mi ciudad y yo. Veinte años en una alcaldía (1940-1960)*, Barcelona, 1963, 452 pp. La circular del gobernador civil de Barcelona se encuentra en la p. 389, alguno de cuyos párrafos transcribo: «... de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.º, artículo 1.º, Reglamento Servicios Corporaciones locales, y apartado d), artículo 1 Ley Régimen Local (?), deberá esta Alcaldía velar para que el abastecimiento población se desenvuelva con la mayor normalidad en calidad y precios de los productos adoptando cuan-

limitar efectivamente a las Ordenanzas locales es preciso que posea algún apoyo legal, pues en caso contrario estaríamos ante una pura violencia de la competencia municipal. Veamos si existe éste.

La exposición de motivos de la Orden pretende considerar a ésta como dada en cumplimiento de un Decreto de sólo veinticuatro años antes. Concretamente dice así:

El Decreto de 17 de mayo de 1952 por el que se declara obligatorio el registro y matrícula de los perros y su vacunación por cuenta de los dueños autoriza en su artículo décimo al ministro de la Gobernación para dictar las normas que puedan requerirse para la ejecución y desarrollo del mismo.

Decreto de 1952 que se planteaba como dado para la lucha contra la rabia. Decreto que se incardinaba directamente con el Reglamento de Epizootias, de 26 de septiembre de 1933, y éste con la Ley de 2 de diciembre de 1931, que ratificó la creación de la Dirección General de Ganadería e Industrias Pecuarias hecha por Decreto de 30 de mayo del mismo año. El texto de 1952 no hacía más que eso, ordenar la matrícula y la vacunación de los perros con una clara visión preventiva de la enfermedad. Pero ¿qué hace la Orden de 14 de junio de 1976 para «ejecutar» ese Decreto tras tantos años? Crea, por ejemplo, una llamada Tarjeta Sanitaria Canina (64) que debe poseer todo dueño de un animal de al menos tres meses de edad, con la consecuencia punitiva de que todo perro que no la tenga, aun siendo propiedad conocida de una persona, puede ser recogido por los servicios municipales y sacrificado tras un período de tres días que se le otorga al dueño para proveerse de esa tarjeta (65). Puede ser sacrificado aun sin la menor sos-

---

tas medidas puedan favorecer su abaratamiento por supresión de intervenciones innecesarias o de los márgenes y cánones inherentes a las mismas, facilitando, tanto como sea posible, relación entre productores y adquirentes y la libre competencia administrativa, *modificando si fuera preciso, mediante oportunos trámites, normas, ordenanzas y reglamentos municipales que se opongan a tales objetivos. Salúdole*». La autonomía municipal, descontando los plausibles fines que se tratan de conseguir (alcanzables sin duda con la simple formulación de otra política económica) se resiente ante tal lectura. La circular llegó a la alcaldía por telegrama, como de la lectura se desprende.

(64) Ya existía en algunos municipios, como en el de Zaragoza, pero sin las consecuencias que de su falta de posesión pretende deducir la Orden ministerial.

(65) Naturalmente que a los perros vagabundos no se les pregunta por la posesión de esa tarjeta, por lo que pueden ser sacrificados tras el período de tres días consabido, disposición que ya se comprendía en el Reglamento de Epizootias de 1934, artículo 222.

pecha de enfermedad, aun sin haber atacado a nadie, simplemente por no poseer la tarjeta (66). El atentado contra la propiedad ajena es, pues, evidente, atentado que se comprendería y resultaría justificable en un auténtico «estado de excepción sanitaria», pero el hecho de que esto no era así es que ha transcurrido un año desde entonces y no ha tenido lugar ninguna catástrofe epidémica (67). Incluso, reconociendo la extralimitación de la Orden de junio de 1976, el sucesor de FRAGA en el Ministerio, MARTÍN VILLA, tuvo que firmar una nueva Orden el 16 de diciembre que «dulcificaba» algunos aspectos de la anterior. En concreto, ningún perro de dueño conocido podía ya ser sacrificado por no tener la tarjeta sanitaria canina. Es clara, por tanto la nula base de la Orden de 14 de junio de 1976 y su imposibilidad de limitar las Ordenanzas municipales, pero lo que sí es claro también es el empecinamiento de la Administración Central en afirmar su supremacía sobre la local frente a cualquier argumento jurídico.

c) *La concesión de un plazo de adaptación a la normativa estatal y su justificación.*

Este último ejemplo nos presenta el caso más radical de mandato de la Administración del Estado para que la normativa local se adapte a sus precisiones; sin embargo, otra técnica es también utilizada por los Reglamentos estatales, técnica que, en principio, guarda más las formas de la pretendida autonomía municipal: es la concesión de un plazo para que los Ayuntamientos modifiquen sus Ordenanzas adaptándolas a los nuevos deseos de la normativa estatal.

a') Eso sucede, por ejemplo, en la Orden del Ministerio de la Gobernación de 4 de noviembre de 1964 aprobatoria del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos de Transporte en automóviles ligeros. Orden conflictiva que originó la reacción de defensa del Ayuntamiento

(66) El plazo puede reducirse a veinticuatro horas «cuando las circunstancias así lo aconsejen». En el Decreto de 1952, específicamente, se decía que el plazo sólo podía reducirse cuando se hubiera presentado algún caso de rabia (art. 7.º).

(67) No puede aducirse una supuesta y pretendida discrecionalidad de la Administración como fundamento de esta Orden, ya que, aun partiendo de la libertad de la Administración, ella debe obrar según un principio de proporcionalidad con la realidad, debe tener en cuenta unos «hechos determinantes» que en este caso no existían. Sobre el control de la discrecionalidad por estos hechos, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, p. 170.



de Madrid que veía vulnerada por ella su competencia exclusiva sobre la materia (68).

Ahora sólo me interesa de la Orden la redacción de la disposición transitoria primera, que en sus dos párrafos dice lo siguiente:

Los Ayuntamientos que deseen hacer uso de la facultad que les reconoce el artículo 1.º para redactar sus propios Reglamentos u Ordenanzas reguladores de los servicios de automóviles de alquiler deberán tenerlos debidamente aprobados dentro de los seis meses siguientes a la publicación de este Reglamento, acomodándose a las directrices señaladas por el mismo.

Los actuales Reglamentos y Ordenanzas municipales que regulan el expresado servicio público, así como cualquier clase de licencias concedidas por las expresadas Corporaciones y que se hallen actualmente en vigor se adaptarán en igual término a las modalidades que aquí se establecen y reglamentan.

Y según el artículo 1.º, párrafo 3.º, si no se redactan las Ordenanzas el Reglamento es aplicable entonces y de igual forma lo es subsidiariamente para todo lo no regulado por las Ordenanzas municipales.

Una primera consideración hay que hacer notar y es que el Reglamento de 1964 se presenta, en su exposición de motivos, como dado en función de la potestad de dirección atribuida por el artículo 7.º de la LRL al ministro de la Gobernación (69), potestad de dirección que

(68) Competencia exclusiva que sobre esta materia declaraba el artículo 45 de la Ley especial madrileña. El Supremo en dos sentencias concatenadas, la primera de ellas de 17 de diciembre de 1966 (*Aranzadi*, 1.883; ponente, excelentísimo señor don Pedro FERNÁNDEZ VALLADARES) y la segunda de 18 de mayo de 1971 (*Aranzadi*, 2.424; ponente, excelentísimo señor don José TRUJILLO PEÑA), las cuales comento en el capítulo VI de mi tesis, obviará el límite legal, manteniendo la vigencia de esta Orden y encontrando, por tanto, los reglamentos municipales en la materia un nuevo límite.

(69) «En las materias que la Ley no confía expresamente a la exclusiva competencia de los municipios de las provincias actuarán unos y otros bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación.» Potestad de dirección atribuida al Ministerio de la Gobernación; potestad de dirección que plantea el problema de su desmesurada virtualidad, ya que no existe ninguna competencia conferida exclusivamente a las Corporaciones locales. Javier SALAS ha negado la posibilidad de existencia de una potestad de dirección permanente e inmisericorde porque «la falta de atribución expresa como exclusiva de una competencia a favor de una Corporación local, no impide que pueda efectivamente presentar tal característica. Bastaría, a tal efecto, con que aquella no estuviera atribuida también a un órgano de la Administración del Estado—supuesto de las llamadas coincidentes o indistintas—y sobre ella no pudiera incidir ningún tipo de control de oportunidad» (p. 393 de *El tema de las competencias...*). El mismo autor reconoce a conti-

no equivale a potestad de mandato, de ordenar. La doctrina ha llamado la atención acerca del hecho de que una cosa son las «directrices» y otra las «órdenes», que las primeras permiten una «cierta valoración discrecional por parte del sujeto a aquéllas», mientras que las órdenes «son típicas de la relación jerárquica» (70). Pues bien, la disposición transcrita retiene todas las notas de una verdadera Orden, de un mandato imperativo, y como tal ha tratado precisamente de aplicarla la Administración, aunque aquí el Tribunal Supremo ha sabido templar los deseos del Estado. El caso es contemplado en las sentencias de 15 de marzo de 1971 (*Aranzadi*, 2.178; ponente, excelentísimo señor don JOSÉ DE OLIVES Y FELIÚ) y en la de 19 de mayo de 1971 (*Aranzadi*, 2.513; ponente, excelentísimo señor don Adolfo SUÁREZ MANTEOLA). En los dos supuestos se plantea la advertencia de ilegalidad hecha por el gobernador civil de Barcelona (en el primer caso al Ayuntamiento de Vich y en el segundo al de Sardanyola) por haber aprobado sus correspondientes Reglamentos sobre la materia una vez transcurridos los seis meses preceptivos que marca la Orden de 1966. Esta postura del gobernador se va a rechazar en ambas sentencias con idénticos razonamientos que consisten en que, citando la segunda:

Que los Ayuntamientos, en la esfera de su competencia (...), tienen atribuida una potestad reglamentaria que en tanto mantengan la competencia sobre la materia reglamentada no cesa; y es por esto que es contrario a estos preceptos y en definitiva a la naturaleza de la potestad reglamentaria sostener que está sujeta a un límite temporal, pues en tanto subsiste la competencia sobre el objeto, los preceptos citados no privan al Ayuntamiento de la potestad normativa...

Esfera de competencia que en relación con la potestad reglamentaria está afirmada por una Ley, la de Régimen Local; es por eso que

---

nuación la dificultad de esta solución: «Ahora bien, dado que estas dos notas (no atribución a un órgano de la Administración del Estado y no incidencia de ningún tipo de control de oportunidad) son más bien raras por lo que a las competencias de las Corporaciones locales se refiere, habrá que concluir que, en principio, el poder de dirección de la Administración del Estado sobre aquéllas tiene un ámbito de ejercicio posible ciertamente amplio» (p. 394).

(70) Cfr. SALAS: *El tema de las competencias...*, p. 395. El autor llama la atención sobre la similitud que arroja la potestad de dirección con el control de oportunidad. «Es esta valoración discrecional de los intereses públicos lo que asemeja en un cierto sentido la dirección al control de oportunidad, aunque una y otro se actualicen no sólo en momentos distintos, sino que se refieran a la actividad global o a actos singulares, respectivamente» (p. 396).

la Orden no puede ir contra una norma superior y marcar un cierto plazo, ya que no cabe duda

que un simple Reglamento, aunque sea de ámbito nacional, aprobado también por una simple Orden ministerial (...), no puede en forma alguna derogar una Ley, y menos puede derogar las facultades específicas de la competencia municipal que su Ley sustantiva les otorga por modo principal en su área de influencia y de gobierno, por lo que el problema planteado hay que apreciarlo enmarcado en el correspondiente orden de obligado respeto para la *autonomía administrativa* de que gozan las Corporaciones locales... (71).

b') El ejemplo anterior nos situaba ante una Orden de adaptación a la normativa estatal sin la suficiente base legal para ello. La Ley de 22 de diciembre de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico contiene en su artículo 9.º, párrafo 1.º, también una precisión de adaptación, aunque sin marcar un plazo concreto:

Corresponde a los Ayuntamientos, cuyos términos municipales, en todo o en parte, sean declarados zonas de atmósfera contaminada, la promulgación de las correspondientes Ordenanzas o la adaptación de las existentes, de acuerdo con los fines y medidas previstas en esta Ley (72).

El Decreto número 3025/1974, de 9 de agosto, dado en ejecución de esa Ley y relativo a la contaminación producida por los vehículos automóviles, contiene ya el señalamiento de un plazo determinado en

(71) Afirmación de autonomía muy interesante al ser recogida por la jurisprudencia. Si esta normativa, concedente de un plazo para la adaptación, hubiera tenido rango legal, entonces sí que el lapso de tiempo sería esencial para llevar a cabo la emanación de una ordenanza, pues derogaría a la LRL. Esencialidad que recuerda a la del plazo establecido en el ámbito más general de las delegaciones legislativas en las que, aun no nombrándose específicamente más que en el artículo 11.3 LGT, se entiende que la articulación no puede hacerse más que en el período de tiempo especificado. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada...*, página 179, nota 4.

(72) El artículo 25 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto 833/1975, de 6 de febrero, dispone la misma obligación de adaptación sin tampoco especificar plazo, probablemente porque ésta es una cuestión que se deja al mismo texto declaratorio de la zona de atmósfera contaminada. Según MARTÍN MATEO (*Derecho ambiental*, Ed. IEAL, Madrid, 1977, p. 493), el artículo 2.º D) del Reglamento supondría la necesidad de adaptación de las ordenanzas de todos los municipios, aun de los no declarados de atmósfera contaminada, conclusión que, aun fácil-

su artículo 16, ese plazo es de tres meses (73), aunque, y a diferencia del supuesto visto en el punto anterior, no se menciona expresamente la consecuencia de que el no cumplimiento de la adaptación en ese plazo lleve consigo la aplicación generalizada de lo dispuesto en el Decreto, si bien todo hace suponer que ese sea el espíritu de la norma. Otra diferencia es que la obligación de adaptación en un plazo sólo se refiere a los municipios que ya poseen ordenanzas de este tipo, no a los que aún no las tienen.

Aunque el caso es distinto del reglamento de 1964, Orden frente a Decreto, y Decreto que se quiere, además, desarrollo de una Ley, hay motivos para pensar que la Administración ha procedido de nuevo con unas ansias excesivamente limitadores de la potestad municipal. Ese posible exceso vendría de que la necesidad de adaptación reseñada por el artículo 9.º de la Ley de 1972 es predicada exclusivamente respecto a las zonas declaradas de atmósfera contaminada, mientras que en el Decreto no se hace ninguna distinción (74), valiendo, por tanto, sus prescripciones para cualquier municipio.

#### d) *Recapitulación.*

Resumiendo las ideas expuestas en este punto, las que se deducen de los planteamientos normativos parecen ser claras: los reglamentos locales encuentran una limitación a su contenido en las disposiciones generales del Estado que desarrollen una ley, pero no

mente deducible del citado artículo, supondría un claro exceso respecto a lo previsto en el artículo 9.º de la Ley. En otro plano y marginalmente a esta problemática concreta, aunque directamente relacionada con ella, había que recordar la redacción del artículo 17, párrafo 3.º, de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, que es otro ejemplo de la voluntad de que la normativa estatal se sobreponga a la local, si bien, en este caso, se procede con una clara habilitación legal y sin que los reglamentos estatales se superpongan *per se*.

(73) «Las ordenanzas municipales que promulguen los Ayuntamientos, en lo que se refiere a la contaminación atmosférica producida por los vehículos automóviles, se ajustarán como mínimo a las prescripciones del presente Decreto.

Aquellos Ayuntamientos que tengan aprobada una Ordenanza municipal para combatir la contaminación atmosférica producida por los vehículos automóviles dispondrán de un plazo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para adecuarlo a lo dispuesto en el mismo.»

(74) Naturalmente que tengo conciencia de las limitadas posibilidades reglamentadoras de la gran mayoría de municipios españoles en materias, como ésta, que requieren un amplio repertorio de conocimientos y medios técnicos, pero ello no es óbice para, dado un sistema legal que defiende unas determinadas competencias de los municipios, tratar de mantenerlo mientras no se modifique expresamente. El principio de seguridad jurídica (art. 17 FE) exige a la Administración obrar de una determinada forma, y las violaciones al mismo en pequeños aspectos que puedan ser disculpables por su especificidad acaban haciendo olvidar la existencia del principio mismo, como hemos tenido, y tendremos, ocasión de ver en

en aquéllas que no cuentan con tal apoyo. La atribución de competencias hecha a las corporaciones municipales por leyes exige ineludiblemente esa conclusión. El pensar, además, que la posible existencia de reglamentos autónomos es negada por los datos existentes en nuestro Derecho lleva también a quitar toda oportunidad al Ejecutivo para que mediante normas propias pretenda reducir el ámbito competencial de los municipios plasmado en sus reglamentos.

Esta formulación teórica choca, sin embargo, con algunos ejemplos que pueden recordarse, y se han recordado, de evidente limitación de la normativa local por la estatal sin base legal. Esta situación no es sino una degeneración de la organización general del país, criticable tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista sociológico o de simple eficacia administrativa. La reforma de la LRL deberá dejar bien sentada la imposibilidad de actuar por esta vía, y una nueva Constitución que declare autónomos a los municipios cerrará el camino a todo posible exceso.

C) *Las relaciones de los reglamentos locales con la costumbre. El caso de los aprovechamientos especiales de bienes comunales.*

Pasamos, una vez vistas las relaciones entre las disposiciones generales del Estado y las ordenanzas locales (75), a examinar la posición de los reglamentos municipales respecto a otra fuente del Derecho, la costumbre.

---

multitud de supuestos. Es muy interesante, desde el punto de vista defensor de las competencias municipales en una zona no declarada de atmósfera contaminada, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 3 de febrero de 1976, en la que se niegan, frente a la voluntad manifiesta de una empresa, las amplias potestades que la declaración de atmósfera contaminada hubiera otorgado a la Administración del Estado. Crítico del plazo establecido en el artículo 16 del Decreto es, aunque desde otro punto de vista, V. BOIX REIG: *Los reglamentos...*, página 242, quien dice: «No es ya el ser consciente de que seguramente ningún Ayuntamiento español ha cumplido la orden de adecuación en el tiempo marcado, es que no parece legítimo que el Poder ordene que el voto de un concejal en un pleno deba ser forzosamente uno (sólo se puede modificar una Ordenanza municipal por los mismos trámites requeridos para su aprobación: es imprescindible, pues, el voto del concejal en sesión). Naturalmente este artículo, en su redacción, sitúa el poder autonómico municipal en el mundo de la ilusión. Un respeto a las instituciones municipales podría haber resuelto la cuestión con una cláusula de sumisión de las Ordenanzas municipales —automática— a las disposiciones de valor general contenidas en dicho Decreto.»

(75) Estas relaciones se han examinado desde el solo punto de vista de la conexión entre fuentes. La potestad reglamentaria municipal resulta también disminuida cuando se actúa directamente sobre la competencia municipal reduciéndola, pero eso es materia para otro trabajo.

En principio, y dado el concepto amplio de «leyes» comprensivo de reglamentos que utiliza el Código civil, habría que negar la posible subordinación de la normativa municipal a la costumbre. En efecto, el artículo 1,3, párrafo primero, del título preliminar del Código civil, dice así:

La costumbre regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público.

Con lo que se niega la posible aplicación de la costumbre *contra legem* y se acepta la existencia de la costumbre en defecto de ley, *extra legem*, o interpretativa de ella, *secundum legem* (76), los reglamentos locales primarán, por tanto, sobre cualquier costumbre, y ésta sólo tendrá validez a falta de normativa local aplicable.

Sentadas estas bases, hay que decir también que es precisamente el ámbito local el que es capaz de una mayor incidencia de la costumbre *extra legem*, las características de la vida municipal hacen normal este hecho (77). Incluso, reconociéndolo, el artículo 111 del ROFRJ dice que

Los antiguos usos, costumbres u ordenanzas locales o comarcales que comporten 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.

Las muestras del valor de la costumbre en nuestros municipios pueden apreciarse en un excursus histórico, incluso durante el siglo XIX, constatándose la importancia del elemento tradicional en la vida municipal (78). El progreso de la centralización y de las comu-

---

(76) La terminología procede de los glosadores, según DE CASTRO: *Derecho civil...*, p. 421. Este mismo autor, en la p. 425, da noticia de la doctrina jurisprudencial uniforme en reconocer la subordinación de la costumbre a las leyes.

(77) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, p. 57, cita mayoritariamente ejemplos de la Administración local como pruebas de la existencia de la costumbre *extra legem*. Quizá es por esta razón que el antiguo título preliminar del Código civil sólo se refería a la costumbre local como fuente del Derecho (art. 8.º), si bien existía una tendencia doctrinal que postulaba la aplicación de la costumbre general, tendencia contra la que reacciona DE CASTRO: *Derecho civil...*, p. 428. El nuevo título preliminar, artículo 3.º, no hace esta especificación y se refiere sin precisar a la costumbre. Ver en C. DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría...*, p. 80, datos sobre la discusión en Cortes de esta novedad.

(78) Durante el siglo XIX habrá toda una literatura que enaltezca el elemento tradicional municipal oponiéndolo a la legislación emanada de Madrid. Como ejemplo significativo puede recordarse el libro *Derecho consuetudinario y economía*

nificaciones hacen cada vez más difícil, sin embargo, la pervivencia del derecho no escrito, teniéndose que concluir en la mayor dificultad hoy de la repetición de esas situaciones.

Los problemas de relaciones entre derecho escrito y costumbre continúan, desde luego, en otro plano, y una buena muestra de ello es la situación existente para un tipo de ordenanzas, las especiales de aprovechamientos comunales, situación causada por la dicción del artículo 192-4 LRL. El artículo reproduce la Ley de 23 de diciembre de 1948, y en él parece ordenarse un cierto grado de sumisión de las ordenanzas a la costumbre local (79) de la siguiente forma:

Los Ayuntamientos y Juntas Vecinales que vinieren ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales, mediante concesiones periódicas a los vecinos, de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas, podrán exigir a aquéllos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, que necesitarán para su puesta en vigor la aprobación del Ministerio de la Gobernación, el cual la otorgará o denegará oído el Consejo de Estado.

El texto ha originado una polémica entre dos autores, GARRIDO FALLA y NIETO, que optan por interpretaciones absolutamente contrarias: libertad de adaptación del Ayuntamiento respecto a los preceptos tradicionales (GARRIDO) y respeto completo de la ordenanza a la costumbre local (NIETO). Veamos sus respectivas exposiciones (80).

---

*popular de España*, Barcelona, 1902, con trabajos de Joaquín COSTA, Miguel de UNAMUNO, Manuel PEDREGAL, Rafael ALTAMIRA, Elías LÓPEZ MORÁN y Gervasio LÓPEZ LINARES, entre otros. La obra del primero de los citados es fundamental en esta recuperación de la forma tradicional de administrarse y puede recordarse, entre otras, su *Colectivismo agrario en España, Doctrinas y hechos*, Madrid, 1898.

(79) No se trata aquí, por tanto, de una relación entre fuentes provenientes de dos Administraciones, como sucede en los casos que hasta ahora veníamos contemplando.

(80) Contemplables, respectivamente, en la obra de GARRIDO: *Sobre los bienes comunales*, «REVL» 125, 1961, pp. 685 y ss., y en la de NIETO: *Bienes comunales*, Editorial «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1964, pp. 736 y ss. El primero de ellos dirá que en esta cuestión está en juego la existencia de la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos (p. 885).

a) *La posición de GARRIDO FALLA defensora de la libertad de la potestad reglamentaria local.*

Si la Ley de 23 de diciembre de 1948 impusiera el total respeto a las costumbres locales en la elaboración de la ordenanza, las consecuencias, según GARRIDO, serían las siguientes:

Estas entidades sólo podrían, de acuerdo con tal interpretación, recopilar anteriores costumbres o restablecer antiguos reglamentos y elevarlos para su aprobación al Ministerio de la Gobernación intentando probar expresamente que ninguna innovación ha sido introducida. O, vista la cuestión desde otro ángulo, la verificación de la legalidad de estas ordenanzas—que, de acuerdo con los preceptos referidos, corresponde al Consejo de Estado—consistirá en descubrir si cada uno de sus preceptos es reproducción exacta de una costumbre local o de un antiguo reglamento (81).

Y GARRIDO piensa que no se ha producido la desaparición del poder reglamentario de los Ayuntamientos, razonando para ello de la siguiente forma: Parte de la redacción de la base XIX de la Ley de Bases de 1945, donde se subordina la aplicación del régimen de aprovechamiento que marca la Ley a «la falta de costumbre o reglamentación local», y, para GARRIDO, ese respeto de la reglamentación local se traduce en un respeto a la misma potestad reglamentaria. Dice también que, aunque esa potestad reglamentaria encuentre su justificación en las costumbres locales, eso no supone la desaparición de la misma, y aduce como ejemplo el artículo 111 del ROFRJ de 17 de mayo de 1952, hace unas páginas reseñado; por fin cita dictámenes del Consejo de Estado en respaldo de su teoría.

b) *La tesis de NIETO de sumisión de la ordenanza a la costumbre.*

La tesis de NIETO es de respeto al tenor textual de lo preceptuado por el artículo 192-4 LRL, y para fundamentarla aduce dos series de argumentos. Por un lado, el «planteamiento dogmático» de la cuestión. Una respuesta apresurada podría trasladar el problema al ámbito de la jerarquía normativa, y en ese plano sería evidente la prelación del texto escrito—ordenanza—sobre la costumbre, de donde se

---

(81) *Sobre...*, pp. 688 y 689.



deduciría la no necesidad de la primera de subordinar su validez al dictado de la segunda. Sin embargo, esta conclusión sería falsa, pues para NIETO «es claro que las ordenanzas municipales tienen en nuestro Derecho simplemente el valor que les concede la Ley, por estar subordinadas a ella»; por tanto, y como la Ley impone el respeto de la ordenanza a la costumbre local, «la ordenanza sólo puede operar dentro del marco que la Ley le ha señalado, no hay lugar aquí para aplicar las reglas generales de la jerarquía de fuentes, y hemos de atenernos a la habilitación legal concreta» (82).

Además, NIETO basa su conclusión en la doctrina representada por los dictámenes del Consejo de Estado y las sentencias del Tribunal Supremo, de las que deduce la interpretación literal del artículo 192-4 LRL.

*c) Examen de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia sobre la materia.*

Las posturas están expuestas, y con argumentos, además, muy serios. La última referencia de NIETO nos lleva a examinar directamente las fuentes por él citadas para tratar, de esta forma, de llegar a una solución concreta y fundamentada, ya que el artículo 192-4 es en sí lo suficientemente indeterminado como para que haya podido producirse esta disparidad interpretativa.

*a') Empecemos con los dictámenes del Consejo de Estado, dictámenes preceptivos y no vinculantes según el artículo 192-4 LRL.*

— En un dictamen de 23 de septiembre de 1949, el Consejo de Estado interpreta así el dictado de la Ley de 23 de diciembre de 1948:

Esta Ley viene a resolver la incompatibilidad existente entre la costumbre tradicional de varias localidades de conceder aprovechamientos periódicos a los vecinos residentes, con determinadas condiciones de arraigo o vinculación, y la legislación municipal, que consagra el derecho del vecindario al disfrute de los bienes comunales sin discriminación. Tal contradicción había sido ya obviada por el Real Decreto de 8 de abril de 1930, en relación con el artículo 159 del Estatuto Municipal, que amparaba el mismo criterio igualatorio, contradicción

(82) *Bienes comunales*, p. 738.

que surgió de nuevo con el artículo 155 de la Ley Municipal de 1935. La Ley de diciembre de 1948 autoriza a los Ayuntamientos a redactar las ordenanzas fijando condiciones de naturaleza, arraigo o vinculación, pero sujeta el privilegio al carácter tradicional de los repartos y a la naturaleza de comunales de los montes, por lo que no es posible considerar la oposición formulada por los vecinos que reclaman el derecho al reparto, al no reunir las condiciones de naturaleza y arraigo que señalan las ordenanzas, en razón a que esa Ley de diciembre de 1948 deja en libertad a los Ayuntamientos para fijar condiciones (83).

GARRIDO FALLA se apoyaba en ese dictamen para fundamentar la potestad reglamentaria libre de los Ayuntamientos, y ello debido a que citaba solamente las últimas palabras del dictamen «que esta Ley... fijar condiciones» (*op. cit.*, p. 891); sin embargo, la lectura de todo el párrafo induce a concordar el «carácter tradicional de los repartos» con esa «libertad a los Ayuntamientos», lo cual cambia la cuestión, cambio que habrá de ser valorado a efectos de las conclusiones.

— Un dictamen de 3 de julio de 1954 es citado por NIETO para basar su tesis negadora de la libertad del Ayuntamiento en la reglamentación. Con palabras concluyentes dice:

Es cierto que la Ley de 23 de diciembre de 1948 y el artículo 192 de la de Régimen Local autorizan a los Ayuntamientos, en estos casos, a exigir como condición previa para participar en los aprovechamientos el cumplimiento de determinados requisitos de vinculación, arraigo, permanencia o edad; pero no dejan a las Corporaciones en absoluta o arbitraria libertad a este respecto, sino que exigen que en la determinación de tales condiciones se atengan a la costumbre local.

Como en el expediente no se acredita de ninguna forma que la costumbre local sea reconocer ese derecho sólo a partir de los treinta y siete años, la fijación de esta edad debe considerarse por completo arbitraria (84).

---

(83) *Recopilación de doctrina legal (1949-1950)*, Madrid, 1958, p. 94.

(84) *Recopilación...* (1953-1954), Madrid 1959, p. 71.

— En el dictamen de 28 de junio de 1956, el Consejo de Estado informa sobre la modificación de las ordenanzas del Ayuntamiento de D. concluyendo:

El Consejo de Estado no tiene reparo alguno que oponer a la aprobación de las modificaciones sugeridas, habida cuenta de que con ellas se trata, tal como lo exige el artículo 192, apartado 4.º, de la vigente Ley de Régimen Local, de ajustarse más estrictamente a la costumbre tradicional, siendo facultativo del Ayuntamiento, dentro de ella, el fijar las condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad exigibles para la calificación de los vecinos como titulares del derecho (85),

doctrina muy interesante porque puede enlazar con el primer dictamen transcrito en el sentido de unir libertad municipal con respeto hacia una tradición («dentro de ella»), la dificultad estriba en medir el grado de ese respeto y de esa libertad, ya que estos autores—GARIBIDO y NIETO—, dada la órbita en que se colocan, obvian en absoluto cualquier solución intermedia.

— Un dictamen de 22 de octubre de 1964 vuelve, esquemáticamente, al respeto hacia las «prácticas consuetudinarias» de la siguiente forma:

En cuanto al fondo, aparecen acreditados los requisitos de orden general del apartado 4.º del artículo 192 de la Ley de Régimen Local, especialmente en lo que toca al carácter comunal de los bienes cuyo aprovechamiento se regula y al respeto de las prácticas consuetudinarias, de observancia inmemorial, documentalmente acreditado (86).

— Por fin, y cerrando esta exposición sobre la doctrina del Consejo de Estado, el dictamen de 7 de octubre de 1965 camina en el sentido de permitir la libre modificación de las ordenanzas por el Ayuntamiento.

Las ordenanzas, no obstante su carácter, atribuido por la Ley, de sistematizadoras de normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, *no se conciben limi-*

(85) *Recopilación...* (1955-1956), Madrid, 1960, p. 103.

(86) *Recopilación...* (1964-1965), Madrid, 1969, p. 369.

*tadas en sí mismas, esto es, petrificadas e inalterables*, como ya señalaron, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1962 y 31 de enero y 28 de diciembre de 1963, sino que, por el contrario, «*podrán ser adaptadas a las transformaciones de la vida comunal*», que es, de otro lado, lo aquí pretendido (87).

b') Son bastantes las sentencias que se ocupan de este problema, aunque muchas de ellas referidas al mismo supuesto: los aprovechamientos madereros de Covalada (Soria), por lo que en relación a este grupo bastará citar la doctrina que, por ejemplo, establece la sentencia de 31 de enero de 1963 (*Aranzadi*, 794; ponente, excelentísimo señor don José ARIAS RAMOS) en el considerando 4.º:

Que la frase «según costumbre local» (aun en la hipótesis, que no se admite, de que la existente antes de 1924, fuere, en detalle, la favorable a la tesis del recurrente) *no debe entenderse como una obligación inexorable y estricta de atenerse a todos los pormenores de la regulación consuetudinaria, repitiendo ésta sin la menor modificación* (88).

#### d) Conclusiones.

Tras esta consulta a las posiciones sostenidas por el Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede concluirse, en líneas generales, que es posible observar un progresivo caminar

(87) *Recopilación...* (1965-1966), Madrid, 1970, p. 605. El dictamen no es recogido por NIETO, punto importante, dada la fecha —1964— de edición de su obra.

(88) Sobre la cuestión de los aprovechamientos comunales de Covalada ha habido varias sentencias, todas en el mismo sentido. Por ejemplo, las de 15 de noviembre de 1962 (*Aranzadi*, 4.459; ponente, excelentísimo señor don José ARIAS RAMOS); 27 de noviembre de 1962 (*Aranzadi*, 4.521; ponente, excelentísimo señor don Luis BERMÚDEZ ACERO); 8 de diciembre de 1962 (*Aranzadi*, 4.653; ponente, excelentísimo señor don José María CORDERO TORRES); 21 de diciembre de 1962 (*Aranzadi*, 4.983; idéntico ponente); 28 de enero de 1963 (*Aranzadi*, 1.085; no se indica ponente), y la que se reseña en el texto. Esto empieza a dar una idea sobre la importancia que los comunales deben tener para este pueblo de Soria, máxime si se recuerda que la exposición de motivos del Real Decreto de 8 de abril de 1930 —antecedente de la Ley de 1948— afirmaba que se daba el mismo a petición de varios pueblos, nombrando específicamente a Covalada. El problema general que se debate en estas sentencias es si las ordenanzas de 1949 de Covalada, que restringen el aprovechamiento, son conformes a la Ley de 1948, es decir, si se entroncan con una tradición en este sentido. El Tribunal Supremo así lo afirma, y por tanto desestima la pretensión de algunos vecinos que negaban esa pretendida costumbre para de esa forma negar la validez de la ordenanza y de ciertos acuerdos que el Ayuntamiento de Covalada había tomado en base a ella.

hacia la afirmación de la libertad de la potestad reglamentaria municipal. Se postula una potestad reglamentaria que pueda moverse dentro de la costumbre local, que no esté atada en los términos concretos y «literales» de ella. Se permite la «adaptación» a las necesidades de la vida comunal en el sentido del artículo 111 ROFRJ... (89).

Además, pienso que defender esta interpretación no es tampoco violentar el dictado del artículo 192-4 LRL, pues éste de ninguna forma estaba pidiendo una traducción automática de la costumbre a la ordenanza. El artículo pedía que si existía la costumbre local de exigir para los aprovechamientos unas determinadas condiciones de arraigo, etc..., se pudieran seguir estableciendo estas condiciones restrictivas, pero siempre que se redactara una ordenanza especial que debía aprobar el ministro de la Gobernación. Esto induce a dos reflexiones. La primera es que no es tal el predominio de la costumbre sobre la ordenanza, sino que específicamente, por necesidades de justicia y seguridad, se manda que se fije la tradición en un texto escrito, no que pueda seguir aplicándose indiscriminadamente la primera. La segunda es que no se ordena tampoco que las condiciones restrictivas establecidas en la costumbre sean las mismas que pasen a la ordenanza, la voluntad de la Ley es que si ha sido tradición establecer limitaciones, puedan seguir éstas existiendo y, por tanto, se infrinjan los principios generales establecidos en la LRL acerca del disfrute de los comunales (art. 47 LRL) en el caso de aprovechamientos madereros. Es decir, que si ha sido tradición limitar el aprovechamiento por razones de edad (vecinos de más de treinta años sólo, por ejemplo), pueda seguir haciéndose esto, pero no que el límite de los treinta años sea intocable, la adaptación a las necesidades de la vida comunal lo podría fijar en veintiocho o en treinta y tres (90).

---

(89) Sobre la posibilidad de aplicar este artículo al caso en que estamos se pronuncia la Sentencia de 31 de enero de 1963 antes citada: «y el artículo 111 del Reglamento de Ordenación, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, no obstante su encuadramiento en el capítulo referente al régimen de carta, y, por tanto, su no aplicabilidad directa a este caso puede servir de indicio para la interpretación de la ley cuando ésta señala el principio de respeto a usos o costumbres tradicionales en alguna manifestación de la potestad reglamentaria municipal».

(90) Los conflictos en esta materia, el examen de la jurisprudencia lo demuestra, los plantean grupos de vecinos que se ven por una reglamentación excluidos de un disfrute que tradicionalmente se les atribuía. Las soluciones que se adopten son, pues, trascendentales por afectar a los derechos de habitantes de pueblos pequeños y en muchos casos deprimidos, como ocurre en los ejemplos sorianos. Es por tanto un paso previo el que la ordenanza sea elaborada por un Ayuntamiento representativo de la opinión e intereses vecinales. Autonomía y democracia tienen muchos puntos en común.

La tesis de GARRIDO me parece, por tanto, más acorde con el sentido de la norma y, sobre todo, con la opinión que poco a poco Consejo de Estado y Tribunal Supremo han ido formando. La relación costumbre-ordenanza en este punto no se resuelve en una simple sujeción de la segunda a la primera, sino que más bien se afirma, en última instancia, la capacidad innovativa, dentro de un marco, de la ordenanza.

D) *La relación de los reglamentos locales con los principios generales del Derecho.*

Debemos, por fin, relacionar la potestad reglamentaria municipal con otra fuente jurídica, los principios generales del Derecho. Frente a la dicción del antiguo artículo 8.º del Código civil, que parecía reducir a los principios generales al rango de una fuente subsidiaria se alzó una doctrina que negó este hecho afirmando que eran algo más, que podían primar sobre la misma norma escrita cuando ésta les violentara claramente (91). Esa doctrina encuentra en la nueva redacción del artículo 1.º, párrafo 4.º, del título preliminar del Código civil el reconocimiento a la bondad de su primitiva posición:

Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico (92).

---

(91) Véase, por ejemplo, DE CASTRO: *Derecho civil...*, pp. 448 y ss. En la página 484 afirma que «la eficacia de los principios generales es muy superior a la de una norma subsidiaria». También E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho administrativo*, núm. 40 de esta Revista, 1963, pp. 189 y ss.: «más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido esa caótica y en perpetuo fieri agregado de normas, el Derecho administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible» (p. 204). Idénticos razonamientos en Curso..., pp. 63 y ss. Igual VILLAR PALASÍ: *Curso de Derecho administrativo...*, páginas 379 y ss. Por el contrario, GARRIDO FALLA sustenta una posición discordante frente a las de estos autores reduciendo los principios a normas sólo subsidiarias, excepto cuando se desprendan del mismo Ordenamiento legal, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 7.ª edic., Ed. IEP, Madrid, 1976, pp. 328 y ss.

(92) GARCÍA DE ENTERRÍA encuentra esta confirmación en Curso..., p. 63. Sin embargo, GARRIDO desprende de la nueva redacción un aval de su teoría de fuente subsidiaria, *Tratado...*, p. 331. Los principios tienen para él una doble consideración, por un lado como informadores del ordenamiento jurídico, como dicen los artículos 1.º y 4.º, y entonces si que primarían, pero por deducir su validez del mismo ordenamiento legal, y como «principios del Derecho natural que deben inspirar el Ordenamiento positivo» (p. 332), en este caso remiten a una «fuente normativa

Aceptando esta teoría y trasladándola a nuestro ámbito, resultarían los principios generales del Derecho con un valor superior a las ordenanzas o reglamentos locales cuando éstas se opusieran a los primeros. No solamente jugarían el papel integrativo de rellenar una laguna del ordenamiento a falta de ley (en sentido amplio) y costumbre, sino que podrían derogar la misma ordenanza.

La jurisprudencia ha examinado diversos supuestos en los que se enfrentan, precisamente, los reglamentos locales con los principios generales del Derecho, en especial el de igualdad. Aun con pronunciamientos diversos, la tendencia parece resumirse en una afirmación: el principio de igualdad tiene su valor cuando se trata de igualdad ante la ordenanza, igualdad de respeto a la ordenanza, no cuando lo que se trata de fundamentar es una igualdad en el infringimiento de la misma (93).

Los pronunciamientos se refieren casi exclusivamente a las ordenanzas de construcción (94), y el tema en ellos planteado por los recurrentes es la obligación del Ayuntamiento de conceder licencias, aun contra lo previsto en la normativa urbanística, si así lo ha venido haciendo normalmente, obligación dimanante del principio de igualdad ante la Ley que debe primar sobre el contenido concreto de la ordenanza.

Una decisión que aplica este principio frente al texto concreto de una ordenanza lo constituye la sentencia de 17 de mayo de 1987 (*Aranzadi*, 3.051; ponente, excelentísimo señor don Adolfo SUÁREZ MANTEOLA), que lo hace con las siguientes palabras:

... se evidencia que el Ayuntamiento de Pontevedra va contra sus propios actos, lo propio que sucede en lo que afecta al principio de igualdad que lo viola (...) porque (...) resulta de manera inequívoca que dentro del

---

*distinta y autónoma* respecto del derecho escrito positivo» (p. 334), siendo entonces «fuente subsidiaria» (p. 335).

(93) El principio de igualdad a nivel de Ley fundamental se basa en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles. En la materia local tal principio está resumido, por ejemplo, en el artículo 2.º del RS: «La intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley.» Véase una sistematización de jurisprudencia sobre este principio en VILLAR PALASÍ: *Curso...*, pp. 381 y ss.

(94) En otra materia, véase la sentencia de 29 de marzo de 1985 (*Aranzadi*, 1.701; ponente, excelentísimo señor don José DE OLIVES Y FELÍU), en la que el Tribunal anula una medida de policía de un Ayuntamiento, dado que éste no dispone de Ordenanza para hacer ello de una forma general y esa actitud violenta el principio de igualdad ante la Ley. La cuestión se une con el problema de inexistencia de Ordenanza que exigiría otra lugar para su tratamiento.

recinto histórico de esa capital, tal Corporación municipal autorizó la existencia de bastantes casas de reciente construcción y *con igual ordenanza municipal* (...), y si esto es así, esa actividad del Ayuntamiento conculca el principio de igualdad de los administrados ante la Ley, lo que prohíbe las disposiciones legales... (95).

La tendencia mayoritaria parece ser, sin embargo, la contraria; antes que aplicarse el principio de igualdad debe respetarse lo previsto en la ordenanza, en este caso la ordenanza de un Plan General de Edificación:

...es evidente que ni los Ayuntamientos pueden aplicarlas (las ordenanzas) *ad libitum* ni aquéllos sustraerse a su cumplimiento, pero tal declaración (la del principio de igualdad) es más admonitiva que dispositiva si por ello ha de entenderse que desde el momento en que el Ayuntamiento de Murcia concedió una licencia para construir, contraviniendo la ordenanza del Plan General de Edificación de la Huerta, quedará vinculado a proceder siempre de igual manera (...), porque sería temerario entender que el citado artículo del Reglamento de Servicios contiene un efecto derogatorio de lo que ha sido aplicado indebidamente o de lo que se dejó de aplicar sin razón justificada, ni mucho menos crea derechos subjetivos en favor de ulteriores peticionarios... (96).

Más recientemente, en la sentencia de 6 de febrero de 1976 (*Aranzadi*, 812; ponente, excelentísimo señor don Enrique MEDINA BALMASEDA), se resume que el principio de igualdad ante la Ley:

debe tener como punto de apoyo la previa existencia de un acto ajustado al ordenamiento jurídico, y nunca un acto que notoriamente quebrantase el mismo, pues lo contrario nos llevaría a una notoria «aberración jurídica» (97).

---

(95) En el mismo sentido, véase la Sentencia de 17 de diciembre de 1975 (*Aranzadi*, 321; ponente, excelentísimo señor don Manuel GORDILLO GARCÍA).

(96) Es ésta la Sentencia de 16 de octubre de 1971 (*Aranzadi*, 4.092; ponente, excelentísimo señor don Juan BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES).

(97) Igualmente, véase la Sentencia de 6 de julio de 1976 (*Aranzadi*, 4.528; ponente, excelentísimo señor don Aurelio BOTELLA Y TAZA).



Sumisión del principio de igualdad a la ordenanza que no empece el punto de partida inicial, los principios generales del Derecho no como meras fuentes subsidiarias, sino con un valor suprapositivo. Los pronunciamientos del Supremo en los casos reseñados responden a la especificidad de la materia examinada, el urbanismo, y a la necesidad de luchar con normas escritas, seguras y eficaces contra los problemas especulativos que desvirtúan las previsiones de los planes. La igualdad ante la Ley debe ser igualdad ante el respeto a la Ley (98), disciplina ante la Ley, porque, en caso contrario, se llega, en este campo, a la anarquía urbanística, como expresamente describe la sentencia de 29 de octubre de 1967 (*Aranzadi*, 4.526; ponente, excelentísimo señor don Miguel CRUZ CUENCA):

... sólo a través de esa disciplina podrá conseguirse una mejor protección de nuestras ciudades y una más fácil solución a los graves problemas que aparecen sincronizados con la materia urbanística; sólo a través de la disciplina prestada a toda la gama de la planificación, que comienza con los planes generales y termina con los nuevos proyectos, podrán evitarse resultados anárquicos que habrían de conducir a un caos urbanístico en el que los intereses públicos se vieran arrastrados por la codicia privada, a través de las numerosas y fuertes presiones a que hizo referencia el letrado Consistorial en el acto de la vista... (99).

E) *Un modo diverso de plantear el problema. La tesis de BOQUERA OLIVER.*

Deliberadamente, a lo largo de todo el trabajo que hemos venido haciendo, se ha omitido la referencia a un autor, José María BOQUERA

(98) Naturalmente que estoy hablando en abstracto y considerando una Ley justa o por lo menos una Ley cuya observancia produce menos perjuicios que lo contrario. Se comprende que sin esta explicación llegaríamos a la consabida definición de Estado de Derecho como aquel que tiene Leyes.

(99) La expresión «anarquía urbanística» es también utilizada por GARCÍA DE ENTERRÍA para describir el proceso de crecimiento de una ciudad sin ningún tipo de planificación urbanística. Véase la p. 106 de *La Ley del Suelo y el Futuro del Urbanismo*, en *Problemas actuales de régimen local*, Ed. García Oviedo, Sevilla, 1958.

OLIVER —probablemente quien ha dedicado más trabajos al estudio del Derecho local—, el cual mantiene una posición solitaria y original sobre el tema de los límites de las ordenanzas municipales (100), que merece una consideración aparte.

a) *Exposición de su teoría y primeros argumentos contrarios.*

BOQUERA en su teoría rompe con toda una casi unánime tradición afirmatoria de que los reglamentos y, por consiguiente, los locales, son fuente del Derecho, parte integrante del Ordenamiento jurídico, llegando a esta conclusión por medio de dos tipos de razonamientos.

Uno de ellos es el tomar postura por la consideración de los reglamentos como una parte de los actos administrativos; los reglamentos, para él, son «declaraciones generales de la Administración de idéntica naturaleza a sus declaraciones singulares» (101). No se limita a seguir la teoría de GARRIDO, que considera de una doble manera al reglamento —por un lado fuente del Derecho y por otro lado, producción, acto, de la administración—, no, la primera visión, fuente del Derecho, debe negarse (102).

El segundo argumento utilizado por BOQUERA se basa en la redacción de algunos preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, para él, «colocó claramente a los reglamentos en el lugar que por su naturaleza les corresponde» (103). Así, en esta línea, iría el artículo 28, referente a la legitimación, que 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» (p. 505. La cursiva es del autor); también el artículo 83: «la

(100) Posición expuesta en *Los límites del poder de Ordenanza*, «REVL», 160, 1968, pp. 497 y ss., y reproducida en su *Derecho Administrativo*, Ed. IEAL, Madrid, 1972, p. 129.

(101) Página 503 de *Los límites...* Téngase aquí reproducida la bibliografía y los argumentos que en su lugar se emplearon para fundar la diferenciación entre reglamento y acto.

(102) Cfr. *Los límites...*, p. 505: «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.»

(103) Página 505. Antes afirma que, «cuando el Estatuto de 1924 (art. 168) admitió (...) la impugnación directa de ordenanzas, quienes entendían que los reglamentos eran de naturaleza diferente a las resoluciones administrativas comenzaron a sentir alguna incomodidad» (*Los límites...*, p. 504). En realidad, la obra de Calvo Sotelo no admitió sino la impugnación de una clase de ordenanzas, las

sentencia 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*. BOQUERA concluye citando la exposición de motivos de la Ley, «disposición equivale a precepto de carácter general con categoría inferior a la Ley».

La deducción es que las disposiciones se equiparan a los actos, que no son fuentes de Derecho, que no son parte integrante del ordenamiento jurídico. Con palabras del autor:

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 integrarán 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 (104).

El ordenamiento jurídico en su conjunto como límite de las Ordenanzas y con quien éstas deben confrontarse. Pero, ¿qué elementos componen para BOQUERA el ordenamiento jurídico? Se limitan, consecuencia de las premisas de que parte, a la Ley, a la costumbre (105) y a los principios generales del Derecho (106). En base a esta composición va a tratar el tema de los límites de las Ordenanzas, pues su teoría está construida, y es un primer reproche que puede hacerse, con una finalidad instrumental claramente visible. Se trata de llegar

---

fiscales; lo que el artículo 168 posibilitaba era el control por los Tribunales de la legalidad de las ordenanzas de policía y buen gobierno a instancias del gobernador civil.

(104) Con idénticas palabras, *Derecho Administrativo*, p. 129.

(105) Porque las costumbres «nacen directamente de la sociedad y se imponen a la comunidad por sí mismas (...) sin que para obligar tengan que acomodarse a reglas jurídicas superiores» (*Los límites...*, p. 507).

(106) Entendidos como «deducción de esa conciencia de lo justo e injusto que Dios ha puesto en los hombres (...), su fuerza de obligar es originaria e incondicionada» (p. 507). Relatividad absoluta de esta fuente, dadas las bases en las que se asienta y de la negación específica, como fuente independiente, de principios del Derecho deducidos del conjunto de prescripciones legislativas o de datos equivalentes (misma p. 507).

a unas conclusiones, que supone más autonómicas, y para ello se «revolucionan» toda una concepción uniforme en la doctrina actual. La concepción, incluso, exige considerar que la utilización del término «leyes» del título preliminar del Código civil se restringe a las leyes en sentido formal y no es comprensiva de los reglamentos (107).

El límite legal aparece claro y aun sin esta nueva construcción del ordenamiento jurídico se desprende sin dificultad de las Leyes Fundamentales y del artículo 108 LRL a nivel de legislación ordinaria.

La costumbre, en consonancia también debe sobreponerse al reglamento, «no nos cabe la menor duda de que las costumbres son límites del poder de ordenanza» (p. 511). La duda, sin embargo, sí que puede haber y eso si tan sólo tenemos en cuenta que el único supuesto en que la doctrina y la jurisprudencia se han planteado el problema es en las ordenanzas especiales de bienes comunales, y eso porque un *precepto legal específicamente* da lugar a la cuestión. El tema se examinó en su lugar y se recordarán las conclusiones deducidas de la jurisprudencia y de la doctrina del Consejo de Estado: libertad, dentro de unos límites tradicionales, de la potestad reglamentaria (108).

Cosa parecida podría decirse de los principios generales del Derecho. Ellos, sí, límite de las ordenanzas —y de las leyes—, pero considerados de otra forma distinta, no como deducción de un saber transmitido por Dios —lo que nos conduce al problema, hoy resuelto y superado, de la validez del Derecho natural teológico—, sino como expresión de «los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad» (109). Recuérdese también la imposibilidad de aplicación de un principio general abstracto, principio de igualdad, frente a lo dispuesto en la ordenan-

---

(107) Y así la definición que de Ordenamiento jurídico da en *Derecho Administrativo*: «El Ordenamiento jurídico es el conjunto de normas *primarias* que regula la conducta de los miembros de una comunidad» (p. 117; la cursiva es mía).

(108) Un argumento puramente lógico refutaría la teoría de BOQUERA, teniendo en cuenta que si ha hecho falta la declaración del artículo 192-4 LRL para que la costumbre pueda limitar de algún modo a un tipo de ordenanzas, es porque eso no sucede de forma general en el Ordenamiento español.

(109) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, p. 63; semejante, DE CASTRO: «La expresión "principios generales del Derecho" permite comprender todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de leyes o de costumbre» (*Derecho civil...*, p. 464).

za, muestra de que el problema de las fuentes y de su jerarquía no se soluciona de la manera mecanicista que pretende BOQUERA (110).

Inseguridades y defectos de la teoría acerca de la relación de las ordenanzas locales con el ordenamiento jurídico «limitado» en el que cree BOQUERA. Falta, sin embargo, el punto más conflictivo, la relación de las ordenanzas con las disposiciones generales a que se refiere el artículo 108 LRL.

BOQUERA afirma que el término disposiciones generales de ese artículo debe entenderse, es de razón, equivalente al de disposiciones generales estatales (p. 515) y que la relación con las ordenanzas locales no debe resolverse en una simple aplicación de una estructura jerárquica orgánica, pues la «jerarquía entre actos de la Administración se establece en virtud de dos causas diferentes», una de ellas la orgánica, la de supremacía pura, y otra la «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 y 11 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales» (p. 514). Esta es la relación existente: «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» (p. 517) (111).

Es decir, para fundar la relación entre disposiciones del Estado y ordenanzas locales se acaba calificando a éstas de actos singulares contra el sentir general de la misma Ley, en la que se basa la teoría de BOQUERA, pues el artículo 39, 1, LJCA, ya recordado, expresamente califica de disposiciones generales a los reglamentos municipales (112).

(110) El problema de la aplicación de los principios generales del Derecho es descrito magistralmente por DE CASTRO con las siguientes palabras: «En resumen, el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco (ratio) que se le reconoce en la comunidad, el trámite de positivación va unido a su propia existencia (vigencia social) y los datos de donde se induce su nacimiento importan sólo en los casos en que la propia vigencia del principio es insegura. Este su peculiar carácter puede explicar la apariencia, un tanto paradójica, de sus notas, su evidencia y falta de exteriorización, *el no tener puesto fijo en la jerarquía de las fuentes*, fundamento del ordenamiento y ser más variable a veces que las leyes, distinguirse como fuente independiente y estar en conexión íntima con todas las normas del ordenamiento» (*op. cit.*, p. 481).

(111) Relación jerárquica que para él, paradójicamente, no existe entre las ordenanzas locales y ordenamiento jurídico: «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» (*Los límites...*, p. 517).

(112) BOQUERA acaba recurriendo a esta distinción llevado de una premisa

Lo que ocurre, también, es que el concepto de acto general o singular es especial en BOQUERA. Recordando un ejemplo que él relata, un reglamento del Estado que afectase a sólo los industriales de un municipio no podría sobreponerse a sus ordenanzas, pues no es un acto general, infringiría el principio de igualdad que manda tratar igual a todos los españoles. Sí que se sobrepondría a las ordenanzas un reglamento dictado para todos los Municipios de la nación, y esto porque el artículo 108 LRL se ha incluido «para evitar que en materias idénticas cada Municipio dicte ordenanzas diferentes» (página 517) (113).

En última instancia, el colocar a todas las disposiciones generales del Estado sobre las ordenanzas, sin otra excepción que el dudoso ejemplo de la generalidad transcrito, no deja de negar la misma finalidad con la que construye su propia teoría —defender la autonomía de las Corporaciones locales, no colocando frente a ellas más que el ordenamiento jurídico limitado compuesto de leyes, costumbres y principios generales del Derecho—, pues las disposiciones generales resulta que están en relación de supremacía jerárquica, objetiva, sin haberse preguntado por la existencia de reglamentos independientes, autónomos, sin afirmar, como nosotros hemos hecho, que sólo las disposiciones generales que desarrollen, que ejecuten una ley, podrán ser el efectivo límite.

b) *Objeciones generales a la teoría de BOQUERA.*

Pero a esta teoría, a la que se han ido oponiendo algunos inconvenientes según el hilo del discurrir de la misma, se le deben hacer objeciones más generales.

a') La primera de ellas es negar la tajante equiparación en cuanto a naturaleza jurídica de actos y reglamentos. Téngase aquí por

---

falsa: si las ordenanzas y reglamentos del Estado formaran ambos parte del Ordenamiento jurídico, los que creen en esto tendrían que explicar «por qué entre las disposiciones generales y las ordenanzas, entre uno y otro componente del Ordenamiento jurídico, existe una relación de jerarquía que coloca a las primeras sobre las segundas» (*Los límites...*, p. 513). Explicación que es fácil dar si se parte de dos constataciones elementales: la existencia de dos ordenamientos, uno originario, el del Estado, y otro derivado, el del municipio, y la consiguiente relación de jerarquía, siempre, en este caso, que las disposiciones generales del Estado se limiten a desarrollar preceptos legales, como se ha demostrado anteriormente.

(113) Parece, sin embargo, y es algo repetido por la casi generalidad de los autores, que el hecho de la existencia de reglamentos autónomos no es otro sino el posibilitar que a las mismas materias se dé el tipo de soluciones que cada

reproducidos los argumentos en este sentido de GARCÍA DE ENTERRÍA y L. MARTÍN-RETORTILLO (114) y, sobre todo, recuérdese que el hecho del control judicial sobre los reglamentos —felizmente instaurado de forma general por la Ley de 1956—, no desvirtúa para nada la diferencia existente entre ellos y los actos, sino que debe considerarse como un paso lógico, y tardío, en el control de la Administración, control que los jueces deben llevar a cabo y que no tropieza con ningún obstáculo a nivel de Ley Fundamental —ni aquí ni en otros países— a diferencia de lo que sucede con el control sobre las leyes, donde el principio de separación de poderes —en los países donde está previsto constitucionalmente —impide por regla general a los tribunales que mediante un procedimiento ordinario se pronuncien sobre su legalidad, debiendo acudir a un supertribunal, a un tribunal constitucional (115).

b) Atendamos ahora a la esencia de la posición de BOQUERA: Su concepto limitado del ordenamiento jurídico reducido a leyes, costumbres y principios generales del Derecho, excluyendo a los reglamentos del Estado y de la Administración Local. Veremos claramente que esta postura choca frontalmente con la teoría construida por SANTI ROMANO y con su recepción habida en el Derecho español.

El autor italiano escribía teniendo bien presente la doctrina a la que trataba de combatir, el positivismo jurídico, la mera definición del Derecho por la norma escrita. Ordenamiento, institución y organización eran las palabras claves, en última instancia el ordenamiento era organización, el Derecho incluso antes de ser norma era organización, y la organización implica, al par que el grupo humano, unas reglas jurídicas que no son solamente las que se fijan en un texto escrito, sino los usos sociales reconocidos vinculantes por el grupo, los principios que aceptan como ley suprema para ellos... La

municipio requiera, siempre que no se violente ninguna prescripción legal o basada en una Ley.

(114) En las obras ya citadas, *Recurso contencioso...* y *Actos administrativos...*

(115) No parece cierto, como afirma el autor en la nota 7, p. 502, que la Ley de 13 de septiembre de 1888 no regulara el recurso contra reglamentos, porque tenía la idea de que se equiparaban a las leyes al ser fuente de Derecho administrativo (ideología que derivaba de la imposibilidad de procesar a los ministros que dictaran reglamentos ilegales, como predica el Código Penal). La Ley de 1888, como ha demostrado MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración...*, *passim*, fue el resultado de una transacción política, y la prueba de que no se deriva la inmunidad jurisdiccional de la consideración como fuente de Derecho de los reglamentos está en que en el dictamen del Congreso se preveía el recurso; recurso que desapareció tras la transacción.

teoría del ordenamiento lo que hace es ir a buscar la justicia, el orden justo, por encima de la norma escrita, pero nunca SANTI ROMANO habló de ley en sentido formal, sino de norma escrita y, por tanto, comprensiva de reglamento, que también es un texto que el grupo se da para su organización.

Y lo mismo se deduce si investigamos el concepto de «autonomía» de ROMANO. En sentido específico, él habla de autonomía como de la «potestad de darse un ordenamiento jurídico» (116), autonomía que no debe referirse sólo a la posibilidad de darse un agregado de normas, sino «a la global constitución de un ordenamiento jurídico, y a la de los varios elementos, no sólo de las normas, de que el mismo puede constar». Palabras lógicas y congruentes con el concepto de ordenamiento, referencia, de nuevo, sólo a normas y no a ley, pero aun siendo esto importante creo que más lo es la radical afirmación que a continuación enuncia. Frente a la opinión de que sólo puede haber autonomía en los ordenamientos originarios, él recalca que

es sumamente importante poner de relieve que hoy en día la autonomía es un instituto que no sólo debe referirse también a los ordenamientos no originarios, sino que en cierto modo se refiere principalmente, ya que no de una manera exclusiva, a tales ordenamientos (...) en cuanto a los originarios, su carácter de autonomía debe conceptuarse implícito en el de soberanía (117).

Ordenamiento no originario, ordenamiento derivado, era para SANTI ROMANO el municipal. Autonomía, capacidad de darse normas, referida al ordenamiento municipal, pero los municipios no dan ley sino, aquí y en Italia, reglamentos. Los reglamentos locales, entonces, en el pensamiento de ROMANO, incluidos dentro del concepto ordenamiento jurídico.

Concepto que, además, es el que reciben las leyes españolas. Concepto superador del positivismo plasmado en el tan citado texto de la exposición de motivos de la LJCA:

Y refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar

---

(116) Cfr. *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964, p. 38.

(117) *Fragmentos...*, p. 24. (La cursiva es mía.)



que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las *disposiciones escritas*, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones. (La cursiva es mía) (118).

Hermoso texto, texto en el que, y de la cursiva se deduce, el ordenamiento jurídico es considerado comprensivo de leyes, reglamentos, usos, principios... Primero se habla de leyes para negar que el Derecho, el ordenamiento, lo sean sólo ellas, y luego de *disposiciones escritas*, en la misma sintaxis que la cita de las leyes. Leyes y disposiciones escritas que no pueden ser único componente del ordenamiento jurídico, que no abarcan todo lo jurídico.

¿Cuál es el sentido, entonces, de esa pretendida oposición entre acto y disposición *versus*, ordenamiento que BOQUERA encontraba en los artículos 28 y 83 LJCA, la misma ley que tan claras deja sentadas las cosas en su exposición de motivos?

El sentido es el de la misma expresión literal de los artículos, el acto y la disposición deberán ser anulados cuando infrinjan el ordenamiento jurídico, cuando violenten una ley, un reglamento de superior valor o una costumbre o principio general del Derecho que en el caso concreto deban sobreponerse al acto o reglamento. El artículo es, incluso, admirable por la defensa de los superiores valores jurídicos que permite, dado que no dispone la anulación sólo cuando el acto o disposición violenten una ley, sino cuando violenten el ordenamiento. Pero la disposición, eso sí, dentro del ordenamiento, porque la exposición de motivos lo dice y porque los artículos 28 y 83 no lo rechazan. La disposición general dentro del ordenamiento y su legalidad examinada a la luz de los otros componentes del mismo. Si algún día, próximo, se instaura una jurisdicción constitucional en España para juzgar del valor de las leyes, no habrá ningún inconveniente en que se diga que se anulará la ley cuando infrinja el ordenamiento jurídico, es decir, cuando infrinja la Constitución —que es parte del ordenamiento—, un principio general del Derecho o una ley de posible superior valor, y de esta redacción no podría deducirse la oposición en-

(118) La expresión «ordenamiento jurídico» se ha recibido por otras Leyes españolas. Véase últimamente el Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre la libertad de expresión, artículo 1.º: «La libertad de expresión y el derecho a la discusión de informaciones por medio de impresos gráficos o sonoros no tendrá más limitaciones que las establecidas en el *ordenamiento jurídico* con carácter general.» Últimamente, sobre la recepción de esta teoría por el Derecho español, véase M. BASSOLS COMÀ: *Reflexiones sobre...*, pp. 128 y ss.

tre ley y ordenamiento hasta el punto de sacar a la ley del mismo, pues, llevando el argumento al absurdo, en el último momento el ordenamiento se compondría de Constitución, costumbres y principios generales del Derecho.

c') La tesis de BOQUERA choca, por otra parte, con la opinión de la generalidad de la doctrina (119) y con la interpretación de la jurisprudencia, que ha entendido a las disposiciones generales comprendidas dentro de la expresión ordenamiento jurídico. Así, entre otras, véase la sentencia de 25 de enero de 1968 (*Aranzadi*, 637; ponente, excelentísimo señor don Manuel CERVÍÁ CABRERA):

... pues aun aceptando este último extremo, en la obligada distinción entre disposiciones y actos, *por formar parte las primeras del ordenamiento jurídico*, y contraerse los segundos a la aplicación de aquellas normativas, cualquiera que sea el rango del precepto que los contenga, bien se efectúe individualmente o en cuanto a una pluralidad de sujetos, en términos tales que realmente constituyen una reafirmación de ellas, al *cumplir lo que estatuyen las disposiciones ordinamentales o integrantes del ordenamiento*, limitándose a ser actos ordenados, en tanto cumplan lo establecido por éste...

d') Que los reglamentos no son fuente de Derecho es algo que el no jurista, el hombre de la calle, negaría considerando los mandatos, las regulaciones, las previsiones que de ellos se derivan y comparándolos con los provenientes de la ley. Si una norma legal le indica las limitaciones a que está sujeta su propiedad de modo general, una ordenanza de construcción le fija el número de alturas, las condiciones de higiene que deberá tener un edificio que allí desee levantar... Una ordenanza fiscal le indicará las tasas o impuestos que debe abonar por realizar algún acto, por utilizar un servicio, por tener un comercio en una calle clasificada de determinada forma... Una ordenanza de bienes comunales le enseña los derechos que tiene para el aprovechamiento de los de su pueblo... El hombre de la calle considerará que esto es

---

(119) Véase, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso...*, pp. 51 y ss.; BORX REIG: *Los reglamentos...*, «debemos integrar las Ordenanzas municipales con el Ordenamiento jurídico» (p. 232); VALLINA VELARDE: *Consideraciones...*, p. 620, etc.

#### NORMATIVA MUNICIPAL

derecho, que esto es una previsión de su conducta en los mil supuestos pensables (120).

e') Un último ejemplo para demostrar el concepto de Ordenamiento jurídico, comprensivo de los reglamentos, existente en las leyes españolas. La Ley de Bases Orgánica de la Justicia, de 28 de noviembre de 1974, sustituye con el siguiente texto, base 1.ª, párrafo 4.º, el antiguo artículo 7.º de la LOPJ:

Los Juzgados y Tribunales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sometidos al *Ordenamiento jurídico* respetando en todo caso la jerarquía de normas.

Y no viene mal recordar, una vez más, cuál era el tenor del antiguo artículo 7.º, párrafo 1.º, de la LOPJ:

No podrán los jueces, magistrados y Tribunales:  
1.º Aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes.

Es decir, la referencia a la relación Ley-reglamento (incluidos los locales) se ha sustituido por la mención del Ordenamiento jurídico y de la consiguiente jerarquía de normas. Una de nuestras leyes más recientes tiene, por tanto, un concepto acorde con el que hemos defendido y negador de la tesis de BOQUERA (121).

### III. CONCLUSIONES GENERALES

Aunque el título del artículo haya hecho referencia a la situación de la normativa municipal en relación a las restantes fuentes de Derecho, en general, se habrá notado cómo el acento se ha puesto de forma especial en la dialéctica con los reglamentos estatales. Verdaderamen-

---

(120) El hombre de la calle. El hombre común es una de las voces que SANTI ROMANO estudia en sus *Fragments...*, pp. 199 y ss. El hombre de la calle es, para él, el antiguo padre de familia romano a cuyo juicio los juristas romanos reconducían algunas soluciones en determinados problemas jurídicos. S. MARTÍN-RETORTILLO califica de «deliciosa» esta página de ROMANO en su *Introducción al Ordenamiento jurídico*, p. 27.

(121) GARCÍA DE ENTERRÍA considera la nueva redacción pretendidamente más técnica, pero menos vigorosa y expresiva. *Curso...*, p. 138.

te allí está el quid del problema de las ordenanzas y reglamentos locales, puesto que la relación con otras fuentes, aun con peculiaridades singulares, se resuelve de una forma hasta cierto punto mecánica.

La impresión que se desprende del estudio realizado es inequívoca: los reglamentos locales se ven subordinados a la normativa estatal muchas veces frente a cualquier razón jurídica, siendo la posición de buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina de aceptación pacífica de este hecho, posición mezclada, en ocasiones, con un deficiente planteamiento de la problemática. Sin pretender extrapolar conclusiones hacia otros terrenos, no es arriesgado pensar —ni ésta sería la primera vez que tal idea se expresara— que estamos ante una muestra más de la situación general, en la que se enmarcan las relaciones Estado-entes locales, relación de absoluta centralización, incluso despreciándose los textos jurídicos, escasos, que permitirían caminar por otra senda. La finalidad que in mente se pretendía está, pues, cumplida. Se ha puesto a la luz un aspecto sintomático de cómo nuestra práctica jurídica es reacia a aflojar los rígidos lazos que para el gobierno del territorio ideó el moderno Estado burgués. Una vez cumplido el objetivo, no queda sino recomendar la absoluta necesidad del cambio de la praxis y ello por la razón elemental de que la vida en un municipio cualquiera permite observar cómo la desmedida tutela de la Administración del Estado —unida al hecho tantas veces señalado de la falta de representatividad en los municipios— no se ha traducido en un mejoramiento de las relaciones de vecindad, de la calidad de vida, sino en el extremo opuesto, en la inercia, en la falta de imaginación, en la rutina en el gobierno y en la consiguiente repercusión sobre unas ciudades hoy muy poco humanas. El momento es, además, propicio al cambio: la simple introducción en la futura Constitución del vocablo «autonomía» referido a los municipios haría imposible la pervivencia de, por ejemplo, las prácticas que hemos observado respecto a la potestad reglamentaria municipal. La nueva Constitución enlazaría así en este punto con el dictado de la Constitución de la Segunda República, la primera, y única, española que declaró a los municipios autónomos (122).

---

(122) Al corregir pruebas —abril 1978— se cuenta ya con el Dictamen de la Ponencia Constitucional, del cual —y haciendo abstracción ahora de cualquier crítica técnica— puede deducirse, sin duda, una evidente voluntad de cambio en la relación Estado-entes locales. La regionalización y la constitucionalización del principio de autonomía de los municipios son muestras expresivas de ello.