SOBRE EL CONCEPTO DE REGLAMENTO EJECUTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

POR

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Profesor adjunto interino de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LOS PLANTEAMIENTOS TRADICIONALES EN TORNO AL CONCEPTO DE REGLAMENTO EJECUTIVO Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS MISMOS: 1. *Preliminar*. 2. *El concepto usual de reglamento ejecutivo*. 3. *Dictamen del Consejo de Estado: en torno a la Moción de 22 de mayo de 1969*.—II. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN: 1. *En Francia: el tenor de los textos constitucionales; la expansión de la potestad reglamentaria general y su corrección por el Consejo de Estado*. 2. *En España: el Decreto de 26 de enero de 1812 y la aceptación constitucional de la potestad reglamentaria de ejecución; la práctica en materia de reglamentos: incontrolado desbordamiento de lo establecido en las Constituciones*.—III. EXAMEN DEL CONTENIDO DE LA RESERVA DE LEY EN NUESTRO DERECHO; CONSECUENCIAS ACERCA DE LA IDENTIFICACIÓN DE UN REGLAMENTO COMO EJECUTIVO: 1. *Planteamiento*. 2. *Las diversas interpretaciones doctrinales y su relevancia en cuanto al tema que se estudia. Diferencias entre las determinaciones de la vigente Ley Orgánica y los textos constitucionales históricos*.—IV. ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS FORMALES DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN: 1. *¿Es identificable en razón a la autoridad que lo dicta?* 2. *Efectos derivados de la presencia de la ley en la regulación de la materia orgánica*. 3. *Conclusiones*.—V. EN RELACIÓN CON EL SENTIDO ACTUAL DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO: 1. *Evolución y características históricas*. 2. *El artículo 130.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y su aportación para la resolución del problema planteado*.

I

1. El estudio de la potestad reglamentaria de la Administración es, sin duda, uno de los temas más sugestivos de la dogmática jurídico-administrativa. El debate doctrinal en torno a su configuración ha acompañado, incansable, toda la construcción del Derecho administrativo, estando presente en la cimentación misma de la independencia de la disciplina, sin que haya llegado a agotarse la controversia ni a perfilarse de una manera definitiva la teoría.

La doctrina, aquí con notable mérito, ha ideado fórmulas para perfilar los diferentes tipos de normas de rango reglamentario, singular-

mente desde el plano de su relación con la ley como expresión de la voluntad de la comunidad organizada, tratando siempre de hallar respuesta a perentorios problemas jurídicos, sobre los cuales el legislador se ha pronunciado normalmente (cuando lo ha hecho) con retraso respecto a la situación consolidada por una práctica constitucional absolutamente flexible y acomodaticia con las necesidades de cada modelo histórico de Administración pública. El Derecho administrativo no ha encontrado, sin embargo, la respuesta concluyente y agotadora a que me refiero capaz de hilvanar la trama de la *praxis* administrativa con la exigüidad de la declaración normativa. No parece fácil de andar el camino hacia una teorización definitiva y, a cada paso, cuando todo parece ya definido, los problemas resurgen impulsados por la multiforme actividad de la poderosa Administración de nuestro tiempo.

Las sugerencias que el tema ofrece son muchas, por eso quisiera ceñirme al análisis de un solo aspecto, si bien sustancial. Es mi intención ofrecer aquí algunas reflexiones sobre el llamado reglamento ejecutivo, tipo normativo del que ha partido toda la teorización en torno a la potestad reglamentaria de la Administración. Su condición inevitable de punto central del entramado que debe por fuerza desenvolver cualquier estudio que verse sobre la materia, exigirá que al hilo de la reflexión se consideren otros temas capitales estrechamente conectados con él.

2. El reglamento ejecutivo se ha venido definiendo usualmente por referencia inmediata a la operación normativa concreta de la que es instrumento: la ejecución de la Ley. En este sentido, con mayores o menores precisiones, se pronuncia la generalidad de la doctrina. Indudablemente la apreciación es sumamente correcta; de ninguna manera se podrá poner en cuestión la existencia de una norma reglamentaria cuya función es desarrollar o explayar el contenido de las leyes, siendo evidente por demás que la referencia a su matiz operativo es algo que la califica de una manera significativa. Dando por evidente y necesaria esta configuración tradicional, hay que añadir, sin embargo, que no es lo suficientemente explícita, ya que carece del grado de concreción que es necesario para la identificación de un reglamento como ejecutivo, categoría a la que hoy no es posible acceder de una manera clara e indubitada con tan escasos elementos de juicio, ya que junto al reglamento ejecutivo existen hoy otros tipos de normas de análogo rango que (utilizadas de una manera genuina-

mente desorbitada por nuestra Administración) han complicado un panorama que, como veremos, era originariamente cristalino.

Decir simplemente que el reglamento ejecutivo es tal por ejecutar la Ley, ha pasado de ser una evidencia que no requería mayor demostración, a convertirse en una declaracion confusa, por más que el término ejecución se intente clarificar con la ayuda de otros como desarrollo, aplicación, complemento o pormenorización (1), ya que, en realidad, quedan sin resolver los aspectos fundamentales del problema. En definitiva, si cupiese calificar a un reglamento como ejecutivo por el exclusivo hecho de que complete, pormenorice, desarrolle, aplique, complemente o ejecute una Ley, debe concluirse que siempre que exista una coincidencia, por escasa que sea, entre las regulaciones materiales de la Ley y el reglamento, éste será ejecutivo. De aquí la insuficiencia de la definición, pues es lo cierto que la Administración invoca normalmente una Ley previa al hacer uso de su potestad reglamentaria, sin que esto sea unas veces nada más que una cláusula de estilo sin mayor significación y otras el intento de hallar un respaldo ficticio en ella, buscando fortalecer la endeble convicción del ejecutivo de que posee poder suficiente para formular la regulación que pretende (2).

De admitirse como suficiente el dato de la coincidencia de regulaciones materiales para convertir al reglamento en ejecutivo, se habrá poco menos que reconducido toda la tipología de normas reglamentarias a esta figura, convirtiéndola en la única existente, dada la frecuencia con que el expresado fenómeno se produce. Conclusión que sería hoy más que opinable, dado no sólo el formal reconocimiento de una potestad reglamentaria abstracta e independiente a la Administración por el ordenamiento jurídico, sino también la evidencia de que en la práctica (aunque con notorio abuso, como después

(1) El Consejo de Estado, en la Moción que elevó al Gobierno el 22 de mayo de 1969 sobre los reglamentos ejecutivos, consideraba que éstos eran los que estaban «directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es *completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada* o *ejecutada por el Reglamento*». El texto de la Moción en esta REVISTA núm. 69, pp. 469 y ss., y en la *Recopilación de Doctrina legal* del Consejo de Estado (1968-1969), Madrid, 1972.

(2) Es muy frecuente que la Administración invoque una ley anterior en el momento de acometer la regulación de una materia, incluso en los supuestos en que no necesita de una habilitación específica para ello. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1974, p. 179.

se verá) la Administración dicta reglamentos que, aun cuando coincidan más o menos intensamente con la regulación material operada por una Ley anterior, no son considerados ejecutivos. Los reglamentos orgánicos quizá sean el ejemplo donde se manifiesta de manera más evidente este efecto: nuestro ordenamiento exige que la modificación de las grandes estructuras administrativas sea siempre efectuada por normas con rango de Ley (creación de un Ministerio o de un Organismo autónomo) y, sin embargo, el desarrollo normativo de la misma nunca se considera en la práctica reglamento ejecutivo, aun cuando de manera evidente también surta aquí el efecto de que una Ley se complementa y pormenoriza mediante reglamentos.

Habremos de volver más adelante sobre este problema, pero baste con dejar constancia por ahora de que definir el reglamento ejecutivo por referencia a la operación material que realiza no es suficiente para identificar este tipo de normas, y para delimitar su ámbito del propio del reglamento que es producto de la potestad reglamentaria general de la que es titular la Administración.

3. La necesidad de llegar a una definición más adecuada del reglamento ejecutivo no responde a un puro deseo de perfilar teóricamente las diferentes categorías de normas administrativas, sino también a una necesidad de orden práctico sumamente importante. Al tratarse de la manifestación central de la potestad reglamentaria de la Administración, el ordenamiento jurídico ha ido perfilando una serie de controles de legalidad, marcando unas pautas procedimentales de cumplimiento indispensable que condicionan la validez misma de su emanación. El desconocimiento de los supuesto concretos en que un reglamento es ejecutivo acarrea la gravísima consecuencia de que se entorpece inmediatamente la deducción acerca de si el *iter* que se ha elegido es el que el ordenamiento ha señalado como cauce necesario para su producción. Es ésta, sin duda, la consecuencia más grave de la confusión reinante en nuestro país acerca de la naturaleza exacta del reglamento ejecutivo, efecto que es profundamente incongruente con la necesaria evidencia y sacramentalidad de las normas procedimentales.

Estos aspectos formales se concretan hoy en su vertiente más problemática en torno a los artículos 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 17.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que exigen que el Consejo de Estado sea consultado

sobre los reglamentos ejecutivos de las Leyes (3). De la omisión del trámite deriva la nulidad absoluta de la norma (artículos 53 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo) (4). Las disposiciones citadas refieren tal exigencia al reglamento ejecutivo de las leyes sin mayores precisiones. Todo reglamento que ejecute una Ley debe, por tanto, dictarse una vez evacuado el dictamen por el referido Alto Cuerpo Consultivo. Pero dada la evidencia de que existen reglamentos que no son ejecutivos, que ninguna norma expresa qué ha de entenderse por reglamento ejecutivo de la Ley, y que la Administración posee una potestad reglamentaria abstracta reconocida por el ordenamiento, la situación actual es bastante compleja. La Administración elude el trámite de consulta tantas veces como desea acudiendo al simple expediente de no calificar al reglamento como ejecutivo, evitando así este denso control ordenado sobre su actividad normativa. La situación es hoy lo suficientemente confusa como para que la Administración se sienta en posesión de una potestad reglamentaria casi incondicionada que puede utilizar en concurrencia con la Ley, sin que de ello deriven especiales consecuencias procedimentales. No de otra forma es explicable que en el *Boletín Oficial del Estado* aparezcan

(3) El primer artículo citado determina que es de la competencia del Consejo de Ministros «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado», y el segundo, que la Comisión permanente del Alto Cuerpo Consultivo debe ser oída «sobre los reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes, aunque por razón de urgencia se hayan puesto en vigor con carácter provisional».

(4) En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es concluyente; por ejemplo, sentencias de 6 y 12 de noviembre de 1962; 7, 22 y 28 de enero de 1964; 30 de marzo de 1968 y 22 de abril de 1974 (sobre ésta, *vid. infra* nota 7). Nuestro Alto Tribunal se muestra acertado en lo que se refiere a la apreciación del referido vicio de procedimiento que invalida la norma dictada; sin embargo, no extrae las debidas consecuencias de tal nulidad, sino que utilizando una fórmula incorrecta y perjudicial para el particular demandante (*vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, páginas 174 y ss.) declara tan sólo la nulidad de actuaciones con retroacción del trámite en el procedimiento administrativo de elaboración hasta el momento anterior a la aprobación para que se cumpla la exigencia legal insatisfecha. En el Derecho francés existe también la obligación de consultar al Consejo de Estado para poder dictar válidamente un *réglement d'administration publique*, pero la omisión del trámite no determina un vicio de forma, sino de incompetencia (*vid.* WIENER, C.: *Recherches sur le pouvoir réglamentaire des ministres*, París, 1970, p. 57; DOUENCE, J. C.: *Recherches sur le pouvoir réglamentaire de l'Administration*, París, 1968, p. 190; LAUBADÈRE, A.: *Traité élémentaire de droit administratif*, I, 5ème ed., París, 1970, p. 75); el dictamen no es, como también ocurre entre nosotros, vinculante, pero el Gobierno tiene obligación de adoptar o el texto sometido a consulta, o el que haya propuesto el Consejo, pero en ningún caso introducir modificaciones que no conozca el Alto Cuerpo.

casi a diario disposiciones que son, sin duda, reglamentos ejecutivos y que se han dictado sin oír previamente al Consejo de Estado.

Cabe añadir aún que, si bien eventualmente la omisión responde a un deseo conscientemente querido por parte de la Administración de eludir trámites gravosos, en otros supuestos, no infrecuentes, la falta es debida a un auténtico desconocimiento de los límites reales de la potestad reglamentaria general, que se reconoce no sólo capaz de suplir la ausencia de ley formal, sino aun de concurrir con ella en la regulación de determinadas materias, sin que ello transmute su naturaleza o haga más rigurosas las formalidades requeridas para su adopción.

Los efectos de la falta de concreción del ámbito del reglamento ejecutivo no pueden ser más graves. Basta pensar, como digo, en que la Administración está en condiciones de librarse de fastidiosos controles internos siempre que quiera, o en la inseguridad misma acerca de si para un determinado reglamento es preceptivo o no el dictamen del Consejo de Estado, que se manifiesta incluso en la perplejidad de los órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general a la hora de concretar si debe o no remitirse el expediente al Alto Cuerpo Consultivo.

Esta situación movió al Consejo de Estado a elevar al Gobierno la conocida moción de 22 de mayo de 1969, en la que trató de uniformar los criterios y concretar el concepto de reglamento ejecutivo (5). La moción, de gran valor jurídico, como corresponde a la excelente capacidad y solvencia del órgano del que procede, no ha dado hasta la fecha todos los frutos esperados, tanto porque el Gobierno no la ha utilizado convenientemente como porque la confusión en torno al concepto debatido no ha amainado, existiendo aún una gran disparidad de criterios a la hora de determinar la naturaleza de cada nor-

(5) El concepto que formulaba de reglamento ejecutivo es el recogido en la nota 1, y a partir de él, en resumen, hacía las siguientes precisiones: la razón de ser de la consulta al Consejo de Estado es que a éste está atribuido el control interno de la legalidad de los reglamentos, control que debe ejercerse con respecto a todos los reglamentos ejecutivos aun cuando la ley desarrollada no mencione para nada la necesidad de este trámite; su cumplimiento es previo, preceptivo, de orden público y no convalidable; no son reglamentos ejecutivos los que tienen carácter de independientes que no desarrollan ninguna ley; tampoco lo son los actos de naturaleza no reglamentaria; es indiferente que el reglamento desarrolle una ley o sólo parte de ella; el requisito de la generalidad hay que referirlo a su potencial aplicación a todo el territorio nacional; no son ejecutivos los reglamentos que regulan materias degradadas o deslegalizadas; por el término leyes hay que entender toda disposición con fuerza de ley formal, aunque provenga del ejecutivo; no cabe estimar subsistente la categoría del reglamento provisional.

ma reglamentaria (6). En mi modesta opinión, la causa del escaso éxito práctico de la moción, se debe, fundamentalmente, a que no perfiló el concepto de reglamento ejecutivo, cuya definición no logró agotar por vía positiva ni por vía negativa, y no determinó qué tipo de relación debía existir entre el reglamento y la ley para que aquél recibiera carta de naturaleza. A partir del ambiguo concepto utilizado (ampliado con otros igualmente indeterminados), el desarrollo de la tesis del Consejo de Estado es jurídicamente impecable, pero la debilidad del punto de partida condicionó su éxito. En definitiva, sólo se ofrecían unos correctos criterios de interpretación, apoyados en el aspecto material que califica a la norma de ejecución por desarrollar o aplicar los preceptos de una ley, pero no se superaba el casuismo imperante. De hecho, la calificación de las disposiciones generales sigue dependiendo exclusivamente de la Administración (que deja intervenir en ello criterios de oportunidad con notoria frecuencia), la cual evita el trámite de consulta tantas veces como desea, sin que la norma dictada presente ningún vicio de legalidad aparente (7). La

(6) Para comprobarlo es suficiente la observación de las normas que aparecen en el *Boletín Oficial del Estado*, ya que como debe constar en el preámbulo de los reglamentos ejecutivos la cláusula «de conformidad con el dictamen» u «oído el Consejo de Estado» (artículo 142 de su Reglamento orgánico) según se atiendan o no sus observaciones, es perfectamente constatable la frecuencia con que el trámite de audiencia se omite. Tengo noticia de que el propio Consejo de Estado envió al Gobierno el 31 de mayo de 1971 una nueva Moción, complementaria de la anterior, en la que se hacía notar que tras la primera se había observado cómo determinados Departamentos ministeriales no habían enviado a consulta reglamentos que tenían condición de ejecutivos de las leyes.

(7) Me refiero al hecho de que sólo tras un examen del expediente en el que se ha forjado la disposición general que en su caso se impugne, será posible determinar la omisión de este trámite procedimental, defecto que es mucho menos evidente que si la norma adoleciera de una real contradicción con el contenido de una ley, por ejemplo. La Moción del Consejo de Estado a que me vengo refiriendo que, insisto, no ha sido atendida debidamente por la Administración, ha causado, sin embargo, un notable impacto en nuestro Tribunal Supremo, quien en su sentencia de 22 de abril de 1974 ha resuelto el recurso interpuesto por los representantes de la industria farmacéutica contra el Decreto de 21 de marzo de 1970 anulando (o, más exactamente, ordenando la retroacción de actuaciones) esta norma por haberse dictado sin haber sido consutado el Consejo de Estado, en el entendimiento de que se trataba de un reglamento ejecutivo de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de bases de la Sanidad Nacional; recoge el Tribunal Supremo en esta sentencia la Moción referida, en su más estricto tenor literal, en varios de sus considerandos, con expresión incluso del folio y apartado donde el Consejo de Estado expone sus razonamientos. La decisión, cuya doctrina *para el caso debatido* es totalmente exacta, puede poner de manifiesto, si se generaliza, con cuánta frecuencia se incumple el trámite de consulta previsto en el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico para los reglamentos ejecutivos, de tal manera que la continuación por tan ajustada pero rigurosa línea (en relación con la falta de costumbre que cabe suponer en nuestra Administración) determinaría la anulación de la enorme cantidad de disposiciones que se dictan adoleciendo de idéntico vicio; la deci-

situación requiere la necesaria clarificación, pues, como ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA, «la intervención del Consejo de Estado en la elaboración de estas disposiciones generales no puede justificarse de ninguna manera en un casuismo tan pragmático y ocasional, sino en la oportunidad de que la especial competencia de ese órgano técnico se aplique a los complejos problemas del concurso de normas de diversos rangos en la regulación de una materia» (8).

Es preciso buscar apoyo para lograr el objetivo propuesto en un sondeo histórico que nos muestre las causas concretas que han provocado la actual confusión.

II

1. La similitud de planteamientos existente en esta materia entre nuestro derecho y el francés, del que somos claramente tributarios, hace obligada una primera referencia al origen y evolución de la potestad reglamentaria en este último. En las fechas iniciales de la Revolución francesa, cuando se intenta un replanteamiento general de la organización del Estado, el principio de división de poderes conduce a la interdicción de cualquier sombra de potestad de dictar normas jurídicas en manos del ejecutivo, monopolizándose ésta por las Asambleas legislativas (9). Consecuentemente, la Constitución de 1791 de-

sión del Tribunal Supremo se ha producido en un campo donde han sido tradicionalmente olvidados los límites formales de la potestad reglamentaria (*vid.* mi libro *La Sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual*, Madrid, 1975); por ejemplo, en la misma materia que ha enjuiciado la sentencia de 22 de abril de 1974 citada (sector farmacéutico) cabe estimar que la inmensa mayor parte de las normas dictadas después de 1944 (fecha de la Ley de Sanidad) son reglamentos ejecutivos y, sin embargo son la excepción los que se han aprobado una vez oído el Consejo de Estado (*vid.* el apéndice de legislación recogido en la obra de GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho farmacéutico*, Madrid, 1972).

(8) *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 166.

(9) La Constitución de 1791 «*delegue exclusivement au Corps legislatif le pouvoir de proposer et décreter les lois*» (cap. III, sec. 1, art. 1), con lo cual queda excluida incluso la posibilidad de que la ley se adopte a iniciativa del ejecutivo. Cuando algún tiempo después se plantee la posibilidad de dar a los ministros la iniciativa en materia de leyes de hacienda, la oposición será contundente; Barrère argumentará a este respecto lo siguiente (*vid.* ESMEIN, A.: *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7ème ed., par Nezard, I, París, 1921, p. 477): «*Si je voulais rendre les ministres bien puissants, si je voulais bientôt réunir tous les pouvoirs entre les mains du pouvoir executif... je viendrais appuyer l'opinion de MM.* BEAUMETZ *et* DUPORT, *tendant à donner au roi, c'est-à-dire aux ministres, l'iniciative de la proposition des contributions publiques.*» *Vid.* también DUGUIT, L.: *La separation des pouvoirs et l'Assamblée Nationale de 1789*, París, 1893. Entre nosotros, el trabajo de BOQUERA OLIVER, J. M.: *Los orígenes de la distinción entre actividad política y actividad administrativa*, en

terminará en su artículo 6.° que quedaba prohibido al poder ejecutivo «hacer ninguna ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar o reclamar su observancia». Inicialmente, pues, el poder ejecutivo carece de potestad de dictar reglamentos, limitando su actividad a la mera ejecución material de lo dispuesto en las leyes (10). La ejecución de la ley va a ser desde los orígenes mismos de la Administración contemporánea la función específica con la que se va a definir su actividad en el futuro (11). Sin embargo, ni aun bajo el imperio de la tajante declaración del artículo 6.° de la Constitución de 1791, la rigidez del principio de división de poderes va a ser tan acusada. La interpretación heterodoxa (12) que de él hicieron los revolucionarios franceses, por un lado, y las necesidades prácticas, por otro, provocaron un rápido olvido de la prohibición, y ya entonces se dictaron por el ejecutivo reglamentos complementarios, bien por decisión espontánea, bien por indicación de la Asamblea (13). La Constitución del año VIII, primero (14); la Carta de 1814, después, y, sobre todo, la Carta de 1830, vendrán a confirmar una situación consolidada ya en la práctica, declarando que corres-

---

esta REVISTA, núm. 40, pp. 66 y ss., quien hace notar cómo la primera constitución francesa contiene la formulación más pura de los principios roussonianos (aunque aun así lo haga heterodoxamente) al hacer gravitar sobre la Asamblea el monopolio del poder legislativo.

(10) La expresión *proclamaciones* se interpreta por la doctrina en el sentido de que se trata no de reglamentos complementarios, sino de «*mesures de publicité que a certains égards peuvent être comparées aux arrêtes municipaux destinés a rappeler de noveau les lois et réglements sans rien ajouter á leur force. prope*» (DOUENCE: *Recherches sur le pouvoir réglamentaire de l'Administration*, cit., p. 158) ya que la Constitución excluía sistemáticamente toda participación de la Administración en el poder legislativo; CARRÉ DE MALBERG, R. G.: *Contribution a la théorie Général de l'Etat*, I, París, 1920, p. 519; también sobre el tema, MOREAU: *Le réglement administratif*, 1902, núms. 48 y ss., y DUGUIT, L.: *La séparation des pouvoirs...*, cit., p. 23; ESMEIN, A.: *Elements...*, cit., II, pp. 75 y ss.

(11) *Vid.* VEDEL, G.: *Les bases constitutionelles du droit administratif*, «Etudes et documents», Conseil d'Etat, 1954; para España, MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español*, en esta REVISTA, núm. 26, pp. 11 y ss.

(12) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972.

(13) El derecho de hacer *proclamations* conforme a las leyes para ordenar o recordar su observancia, fue utilizado por Luis XVI en el sentido de dictar verdaderos reglamentos, como de hecho hizo en diversas ocasiones. Sin embargo, también la Asamblea dictó por sí misma, bajo el nombre de Instrucciones, normas conducentes a la ejecución de las principales leyes (*vid.* ESMEIN, A.: *Eléments...*, cit., II, p. 76; también, DOUENCE, J. C.: *Recherches...*, cit., p. 159).

(14) Artículo 44: «*Le Gouvernement propose les lois et fait les reglements necesaires pour assurer leur execution*»; este texto va a marcar la pauta en el futuro de tal manera que se verá reiterado, con las variantes que se examinan en la nota siguiente, en las demás constituciones francesas, y con fórmulas casi idénticas en nuestra patria.

ponde al rey hacer «los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes, sin poder jamás ni suspenderlas ni dispensar su ejecución», fórmula que con escasas variantes se mantendrá a partir de entonces (15).

Queda, pues, reconocida a la Administración una potestad reglamentaria concretada a un objetivo: la ejecución de las leyes. Sólo existe, por consiguiente, un tipo de reglamento constitucionalmente respaldado: el reglamento ejecutivo. No hay ningún problema entonces de calificación de las normas administrativas, pues todas son desarrollo de una ley previa. El ideal revolucionario hubiera sido atribuir a la ley el monopolio de la emanación de reglas de derecho, pero la imposibilidad de realizarlo no determinaría la pérdida del carácter previo, incondicionado e inicial de aquélla. En resolución, sólo podría dictarse el reglamento en aquellos supuestos en los que existiera una regulación previa por medio de ley formal (16).

---

(15) La Carta de 1814 confirmaría el poder reglamentario del rey, denominándolo entonces de *ordonnance*, si bien a la fórmula anterior «*...necesarias para la ejecución de las leyes*», se añadió un párrafo sumamente innovador y peligroso «*...et pour la sûreté de l'Etat*» (art. 14) de lo que resultaba una desmesurada ampliación del poder reglamentario, que posiblemente ni siquiera estaba en la mente de los redactores del texto (ESMEIN: *Elements...*, cit., II; p. 76), pero que una vez muerto Luis XVIII, su sucesor en el trono, el conde de Artois, Carlos X (ante la imposibilidad de controlar a la Cámara legislativa, que se había hecho más poderosa tras ser disuelta por el rey como contestación a un manifiesto que ésta había aprobado el 2 de marzo) aprovechó para dictar las célebres cuatro Ordenanzas de 1830, de las cuales una suspendía la libertad de prensa, otra disolvía las Cámaras y las otros dos cambiaban la forma de escrutinio. Las Ordenanzas sublevaron París, dando lugar a la Revolución de Julio. Se logró la derogación de las Ordenanzas y que fuera revisada y corregida la Carta de 1814 en la nueva de 1830 (*vid.* por todos, CHEVALIER, J. J.: *Histoire des Institutions politiques de la France moderne* (1789-1945); el nuevo texto expresaba que el rey «*fait les réglements et ordonances pour l'execution des lois sans oouvoir jemais suspendre les lois elle mêmes ni dispenser de leur execution*» (art. 13). A partir de la Carta de 1830, los textos son similares; sólo la Constitución de 1848 es más escueta, al decir que el presidente «*surveille et assure l'execution des lois*», si bien la Constitución de 1852 vuelve a la fórmula original. *Vid.* la interpretación que CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution a la Théorie Général de l'Etat*, cit., I, p. 573, hace del tenor literal de estos textos en apoyo de sus tesis sobre el poder reglamentario como manifestación de las potestades administrativas generales. Para los textos de las Constituciones citadas, *vid.* DUGUIT, MONNIER y BONNARD: *Les Constitutions et les principals lois politiques de la France depuis 1789*, L.G.D.J., 7.ª ed., París, 1952.

(16) A este carácter del reglamento se refiere con gran precisión CARRÉ DE MALBERG diciendo que mientras el poder legislativo se ejerce de una manera inicial e incondicionada, el reglamento es, como todo acto administrativo, un acto subalterno que, en principio y por definición, no puede intervenir sino en ejecución de las leyes (*Contribution...*, cit., I, p. 575). Es conocida la famosa polémica sobre la naturaleza del reglamento sostenida por este autor con DUGUIT, en la que éste defendía el carácter de ley material de la norma reglamentaria, extrayendo de ello consecuencias muy distintas de las sostenidas por CARRÉ; para éste, *Contribution...*, cit., I, p. 649, los reglamentos «*ne peuvent*

Sin embargo, el panorama se complicaría inmediatamente, ya que la fórmula abstracta «asegurar su ejecución», referida a las leyes en general, no a una ley concreta, «sino al bloque entero de la legalidad, permite ya el reglamento independiente. La autonomía del ejecutivo lleva, pues, a la idea de un poder reglamentario general inherente al mismo» (17). Esta vía de escape conducirá a que arraigue una costumbre constitucional que permite al ejecutivo dictar reglamentos en ausencia de leyes que regulen una materia determinada, en uso de una potestad no derivada de la ley, sino propia.

El *Conseil d'Etat* respaldaría más tarde en varios famosos *arrêts* (18) la legitimidad de este nuevo tipo de reglamento nacido de las necesidades prácticas y del que había hecho un uso creciente la Administración. Pero es importante añadir que este reconocimiento se limitará a las reglas sobre organización y funcionamiento de los servicios públicos, manteniendo el requisito de la ley previa para el resto de las materias sobre las cuales las normas administrativas no pueden ser sino complementarias de la ley y, en ningún caso, producto de la espontánea decisión del ejecutivo.

Sin perjuicio de que más adelante tengamos que volver a examinar el ordenamiento del país vecino, baste por ahora con lo dicho, de lo que resulta que el simplísimo panorama inicial (todos los regla-

---

prescrire d'autres mesures que celles dont le principe se trouve contenue, implicitement au moins, dans la loi même laquelle ils viennent s'ajouter»; para DUGUIT así como el reglamento no puede hacer nada si no media una habilitación legislativa, puede hacerlo todo si dicha habilitación existe; su tesis en *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., París, 1928, II, pp. 209 y ss. Asimismo son interesantes las polémicas en torno a la naturaleza del «réglément d'administration publique». *Vid.* LAFERRIÈRE: *Traité de la jurisdiction et du recours contentieux*, 2.ª ed., París, 1898; HERZOG: *La loi et le réglement d'administration publique*, «Rev. Droit Public», 1939, pp. 643 y ss.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa...*, cit., p. 55.

(18) En los *arrêts Chambre syndicale des constructeurs de matériel de chemin de fer*, de 19 de febrero de 1904, y *Babin*, de 4 de mayo de 1906, dio solución a los problemas que derivaban en derecho francés de la extensión de los poderes reglamentarios del presidente de la República. En el primero de ellos se declaró la legalidad de los Decretos de 17 de septiembre de 1900 y 2 de enero de 1901 sobre la creación y organización de Consejos de trabajo (*vid. Las conclusiones del comisario del Gobierno*, en «Rev. Droit Public», 1904, pp. 88 y ss.) y en el segundo se decide a favor de un Decreto impugnado por un funcionario porque había modificado las condiciones del cuerpo del que formaba parte (*Las conclusiones del comisario del Gobierno*, en «Rev. Droit Public», 1906, pp. 678 y ss.): El comisario Romieu recogía en sus conclusiones una interpretación muy cercana a la vigente en Alemania sobre la potestad reglamentaria (*vid. infra*): «*Relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations a imposer aux citoyen par voie d'autorité. En sens inverse, c'eet, en principe, le pouvoir executif qui regle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lesen pas droits des tiers.*»

mentos son ejecutivos) se ha complicado ligeramente (algunos reglamentos son independientes). Surge ya la necesidad de proceder en cada caso al examen de la materia sobre la que versa la disposición, porque en determinadas ocasiones (organización de los servicios públicos) el reglamento, aun concurriendo con una ley en la regulación de una materia, dada la indeterminación del ámbito de aquélla, puede no ser ejecutivo. No obstante, la confusión no es grave, pues sólo en determinados supuestos tasados es posible la utilización de la referida potestad reglamentaria propia. La solución se mantendría en adelante hasta que prácticas viciosas de delegación legislativa forzarían el establecimiento de un ámbito «natural» para el reglamento (19), que habría de conducir a la figura del reglamento autónomo como terapéutica extremosa de la Constitución de 1958 para la confusa situación anterior.

En resolución, no ha habido en Francia graves problemas para la identificación de un reglamento como ejecutivo; en una primera época, porque todos lo eran y, posteriormente, porque la delimitación en relación a la materia (organización interna de los servicios públicos) clarificaba de forma palmaria las posibilidades de la normación independiente.

Tampoco se ha planteado el problema con la agudeza que aquí lo conocemos en derecho anglosajón o en derecho alemán, en el primero dada la inexistencia de poder reglamentario general y, en el segundo, por la reducción de tal potestad al *reglamento administrativo*, que sólo puede versar sobre materia de organización (incluidas las relaciones de supremacía o sujeción especial), siendo el resto de los reglamentos de los llamados *jurídicos* que tienen, en todo caso, condición de ejecutivos, ya que se apoyan en habilitaciones legales específicas (20).

---

(19) Ley de 17 de agosto de 1948 que rompe con el sistema de delegaciones legislativas estableciendo un dominio reglamentario *par nature*. Sobre la misma, PINTO: *La loi du 17 aout 1948, tendant au redressement economique et financier*, en «Rev. Droit Public», 1948, pp. 517 y ss.

(20) Las normas así adoptadas tienen carácter reglamentario, son por tanto perfectamente enjuiciables. Según determina el artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn, están prohibidas las delegaciones en blanco, ya que «en la ley deberá determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada». Sobre el tema, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pp. 53 y ss., y GALLEGO ANABITARTE, A.: *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, Madrid, 1971, pp. 273 y ss. También las referencias de MERKL, L.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935; FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958. Para Inglaterra, WADE, H. W. R.: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, y SIEGHART: *Government by Decree. A comparative study of the History of Ordinance in English and French Law*, London, 1950.

2. La trayectoria de la potestad reglamentaria en España es muy similar a la francesa, si bien en los últimos años se ha producido una notable desviación (pese a que alguna doctrina, que más adelante se considerará, quiere ver las innovaciones *gaullistas* sobre la potestad reglamentaria en nuestros propios textos constitucionales), tanto por la revolucionaria concepción de las relaciones ley-reglamento de la Constitución de 1958, como por el apartamiento progresivo producido en nuestra Patria, donde el ejecutivo ha hecho un uso vicioso e incondicionado del poder de dictar disposiciones generales.

En los orígenes del constitucionalismo en España se intenta aplicar rígidamente el principio de división de poderes, y, como consecuencia, en las primeras disposiciones no hay rastro de poder normativo en manos de la Administración (21). El Decreto XXIV, de 16 de enero de 1811, que aprueba el Reglamento provisional del poder ejecutivo, determinará (artículo I, párrafo 1.º del capítulo II) que «el Consejo de Regencia hará que se lleven a efecto las leyes y decretos de las Cortes». Sus funciones son de mera ejecución material, idénticas a las que hemos podido ver reconocidas en la Constitución francesa de 1791. Sin embargo, no tardará en eliminarse la referida interdicción. El Decreto CXXXIX, de 26 de enero de 1812, aprobaría «el Nuevo Reglamento de la Regencia del Reino», donde se establecerá que «la Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes» (art. V). Es el primer texto que reconoce potestad reglamentaria al ejecutivo.

La Constitución de 1812, que había incorporado ortodoxamente el principio de división de poderes en aspectos no menos sustanciales, recogería la fórmula heterodoxa del Decreto de 26 de enero citado, atribuyendo al rey «la potestad de hacer ejecutar las leyes» (art. 16), y, más en concreto, la de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes» (art. 171). No hay, pues, *ab origine*, más reglamento que el ejecutivo, lo que aleja toda duda acerca de la calificación de las disposiciones generales emanadas por la Administración.

Las declaraciones constitucionales no variarán sustancialmente (22) en lo sucesivo; el reglamento de ejecución seguirá siendo el

---

(21) Expresamente vendría a declarar el Decreto I de 24 de septiembre de 1810, que «no conviniendo quedan reunidos el Poder legislativo, el executivo y el judiciario, declara las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el poder legislativo en toda su extensión».

(22) Se han señalado como quiebras a esta continuidad del Estatuto Real de 1834, el Proyecto de BRAVO MURILLO de 1852 y el Anteproyecto de Constitución

único positivamente reconocido. Sin embargo, pronto se iniciará, como había ocurrido en Francia, la práctica de dictar reglamentos *extra légem*, aun en contra de las previsiones constitucionales. Especialmente, tras la aprobación de la Constitución de 1837 (que, como la de Cádiz, no daba ninguna base para ello), y principalmente, bajo el Gobierno de Espartero, se generalizaría la utilización de aquella figura normativa (23).

El entendimiento de que al ejecutivo corresponde un incondicionado poder de policía utilizable en defensa de la comunidad y la continua convulsión de nuestro siglo XIX (inestabilidad política, guerra, frecuencia de epidemias) harán que proliferen los reglamentos independientes, sin que la endeble implantación del principio de reserva de ley le sirva de freno, ni que (careciendo de posibilidades y tradición, y siendo tan poco progresiva nuestra jurisprudencia) se produzcan sentencias del tipo de los *arrêts Chambre Syndicales des constructeurs de materiel des chemin de fer et tramways*, de 19 de febrero de 1904, y *Babin*, de 4 de mayo de 1906 (24), del *Conseil d'Etat* francés, en los que nuestros tribunales administrativos, aun reconociendo un poder general de dictar reglamentos a la Administración, limitasen la esfera material de su ejercicio legítimo.

En nuestro siglo la inestabilidad política hará que el problema alcance mayor complejidad aún, y la situación de la posguerra civil

---

de PRIMO DE RIVERA de 1929 (GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento en España*, en esta REVISTA, núm. 57, hoy recogido en su libro *Ley y Reglamento en Derecho Público...*, cit., p. 226); en cierta medida también la Constitución republicana de 1931.

(23) *Vid* SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, p. 135, y GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento...*, cit., p. 38. Realmente, alrededor de la época señalada (la subida de Espartero al poder se produce en 1840) y dadas las características dictatoriales del Gobierno actuante, se produce la oportunidad más clara para la generalización y expansión de los reglamentos dictados al margen de la ley. Se suele señalar como un significativo ejemplo de reglamento independiente el de contratos del Estado de 27 de febrero de 1852, suscrito por Bravo Murillo. Sobre el mismo, PARADA VÁZQUEZ, R.: *Los origenes del contrato administrativo en Derecho español*, Sevilla, 1963, p. 167.

(24) *Vid. supra* nota 18. En realidad, en España no se va a hacer a lo largo de todo el siglo XIX el mínimo caso a las previsiones de las diferentes Constituciones sobre la potestad reglamentaria. Si cierto es que en éstas aparece claramente el carácter subordinado del reglamento, no es menos cierto que éste se emplea, en defecto de ley, para regular cualquier materia. Es sintomático a este respecto examinar qué ocurrió en aquella época con las normas relativas al ejercicio de algunas libertades públicas, para que quede palmariamente demostrado que se introdujeron limitaciones a aquéllas, usualmente por Decreto (*vid.* CASTELLS ARTECHE, J. M.: *El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España*, Madrid, 1974, p. 30 y *passim*, y mi libro *La Sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*. Madrid, 1975). Todo parece indicar que la única ocasión en que nuestros políticos supieron realmente qué hacían cuando

incluso que las tesis sobre la potestad reglamentaria de la Administración no sean de recibo, puesto que el poder aparecerá concentrado y la utilización de una ley o un reglamento para la normación de una determinada materia no será sino cuestión de oportunidad (25). En su sentido técnico, la teoría de las relaciones entre la ley y el reglamento se difumina totalmente. Tal es la consecuencia de que el ejecutivo se convierta en legislador ordinario: la pérdida automática de significación de la ley como emanación de la voluntad de la comunidad organizada, con su valor incondicionalmente superpuesto a la norma de tipo reglamentario (26).

Esta situación, que no se clarificará totalmente en tanto no desaparezca el poder legislativo en manos del Jefe del Estado (disposi-

---

redactaban los textos legales en el sentido de que la función del reglamento era ejecutar la ley, fue si acaso cuando se plantearon por primera vez el tema al recoger el principio en el Decreto de 26 de enero de 1812, más atrás citado; en las sucesivas Constituciones aparecerá igualmente plasmado el principio, pero su vigencia práctica fue nula. Y ello a pesar de que la doctrina interpretó, con impecable ortodoxia, que el reglamento no podía ser sino una norma de ejecución de la ley a la cual le incumbía el primer pronunciamiento normativo sobre cualquier materia. Por ejemplo, COLMEIRO: *Derecho Administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1858, p. 85, escribe que «la ley proclama máximas generales del derecho, establece principios: los reglamentos prevén, deducen consecuencias», dejando sentado que «la ley manda y el reglamento obedece», y describiendo la relación que existe entre ambos en base a determinar que «la ley contiene lo sustancial y el reglamento lo accidental» (*vid.* del mismo también: *Elementos de Derecho político y administrativo de España*, Madrid, 1877, pp. 160 y 165). COLMEIRO introduce la categoría del reglamento de administración pública francés y dice que a ella pertenecen los Decretos, Ordenes, circulares, Reglamentos, ordenanzas e Instrucciones. SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Madrid, 1914, pp. 52 y ss., sitúa, sin embargo, junto al reglamento de ejecución otro cuyo contenido versa «sobre el modo de regular el servicio administrativo», lo que recuerda la fórmula francesa (a su vez próxima a la alemana) «organización interior de los servicios públicos». POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1923, en especial p. 236; parece distinguir entre aquellos supuestos en que el reglamento aparece para dar cumplimiento a una ley determinada de aquellos otros en que se dicta «para la ejecución de las leyes», con lo que se mantiene en la misma línea si bien matizándola algo, quizá por intentar aproximarse a la figura del reglamento de administración pública francés del que tan influida estaba nuestra doctrina.

(25) Según el artículo 17 de la ley de 30 de enero de 1938 alcanzaban el rango de leyes las normas concernientes a la estructura orgánica del Estado o las que constituyesen normas principales del ordenamiento jurídico del país; las demás normas tendrían carácter reglamentario. La escasa precisión de la distinción permitía la regulación por reglamentos de cualquier materia con sólo considerarla no «principal» o afectante a aspectos orgánicos menores. Sobre la titularidad de la potestad reglamentaria en nuestro derecho antes de la aprobación de la Ley Orgánica del Estado, *vid.*, por ejemplo, MARTÍN MATEO, R.: *La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias*, en esta REVISTA, número 51, pp. 325 y ss.

(26) En este sentido, por ejemplo, HAURIOU, M.: *Précis élémentaire de Droit Administratif* (en la cinquiéme edition, mise en jour par André HAURIOUI, 1943, p. 319. También DOUENCE, *op. cit.*, p. 38.

ción transitoria primera de la Ley Orgánica del Estado), e incluso en tanto no se reconduzca a sus justos términos la utilización del Decreto-ley, eliminándose las artificiosas urgencias, ha motivado el que la Administración se sienta dueña de un poder reglamentario de una extensión inusitada.

De estos hechos han nacido las dificultades para la identificación hoy de un reglamento como ejecutivo; de ellos, esa palpable incredulidad de que la Administración precise de una habilitación legal específica para poder normar determinadas materias; de aquí, en definitiva, la incertidumbre práctica acerca del alcance de la potestad reglamentaria general, porque, ¿cómo concebir, tras tanto tiempo de práctica viciosa, que reglamentos antes dictados con absoluta libertad e independencia son en realidad ejecutivos de la ley y deben ser sometidos a mayores controles?

Existe, pues, la pragmática convicción de que la amplitud del poder reglamentario permite postular que no siempre que produzca una concurrencia de ley y reglamento en la regulación de una materia, la inferior sería ejecutiva de la primera, pues bien pudiera ocurrir que el reglamento se moviera en la esfera propia de las potestades administrativas, que ni precisarían de una habilitación legal concreta ni serían desarrollo de una ley previa, sino el producto de la libre iniciativa de la Administración, que, con el debido respeto a la jerarquía de las normas, se ejerce aun cuando exista una regulación concurrente efectuada por ley formal.

Esta es hoy la situación, y por ello no es argumento sobrado para está autosuficiente Administración de nuestro tiempo indicarle que cuando un reglamento desarrolla, pormenoriza, aplica, etc., una ley es ejecutivo, porque en la práctica está presente la convicción de que el hecho de desarrollar, pormenorizar o aplicar una ley no califica totalmente a la norma inferior, dada la posibilidad eventual de que ésta haya sido dictada en ejercicio de una potestad reglamentaria inherente a la Administración. El reglamento ejecutivo, a causa del referido proceso de desvirtuación de su esencia ha pasado de ser reglamento único existente a convertirse en una figura reglamentaria más, con lo cual todos los controles internos que lo acompañaron desde el momento inicial de su reconocimiento llevan el camino de la inoperancia, y el reglamento ejecutivo mismo el de su desaparición, o, al menos corre el peligro de quedar relegado a una situación en la que se desconozca sistemáticamente su auténtica virtualidad, lo

que significa, a la par, olvidar la posición prevalente que debe ocupar la ley y la posición ejecutora de sus preceptos que corresponde a la Administración.

III

1. Para aclarar la situación descrita es preciso partir necesariamente de las declaraciones de nuestro derecho positivo; en concreto, sólo los textos legales nos pueden ayudar a medir el alcance de la potestad reglamentaria general o independiente, y llevarnos a conocer el ámbito propio del reglamento ejecutivo.

Nuestros textos constitucionales son bastante poco explícitos en cuanto a la extensión de la potestad reglamentaria de la Administración. Determinan, en cambio, con toda precisión, dos cosas: que el Consejo de Ministros es el órgano del Estado que ejerce dicha potestad, y que al ejecutivo le está prohibido dictar disposiciones contrarias a las leyes y regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes (arts. 13.2 y 41.1 de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967). Es claro, pues, que el camino para llegar a conocer el ámbito de la potestad reglamentaria ha de andarse tras determinar previamente cuál es el reducto material que es competencia exclusiva del legislativo.

Podemos hacer la afirmación previa de que en todo el ámbito material que abarque la reserva sólo podrán producirse reglamentos ejecutivos de las leyes; la ejecución del mandato constitucional de que una serie de asuntos se regulen por ley es ineludible, y de ello deriva que, inicialmente, la Administración no tendrá más posibilidades de reglamentar estas materias que en función de complementar una ley que, conteniendo las reglas de base, ha decidido limitar su propia competencia, ha renunciado a agotar la regulación, remitiéndose a lo que el ejecutivo, mediante normas de inferior rango, disponga en su momento. Se le entrega así a la Administración un poder nuevo, no preexistente a la ley autorizante, operación que produce la apertura de un reducto material anteriormente cerrado a la potestad reglamentaria. No posee aquí el reglamento mayor virtualidad normativa que la que la ley previa haya querido otorgarle. Por otra parte, la ley no puede renunciar a efectuar una regulación material básica entregando a la Administración una potestad normativa in-

condicionada o en blanco, porque esto supondría desconocer totalmente el mandato constitucional que ha excluido indirectamente al reglamento en la regulación inicial de una serie de asuntos, cuya trascendencia para los ciudadanos es de primera magnitud.

En el ámbito de la reserva material de ley, ésta ha de preceder siempre a la norma de elaboración administrativa, la cual sólo podrá dictarse una vez comprobado, caso por caso, que es voluntad del legislador producir la apertura de una materia al reglamento. En definitiva, la Administración necesita de una habilitación específica contenida en una ley formal, en la que se contengan las proposiciones básicas de la regulación material que se desea que complete (27). Según lo dicho, son dos los caracteres formales fundamentales de este tipo de reglamentos: que la materia sobre la que versan está regulada (cumpliendo un mandato constitucional) básicamente, por una ley, y que la potestad necesaria para completarla ha surgido de una habilitación específica contenida en aquélla.

Bastará determinar cuál es la extensión de la reserva material de ley, para poder afirmar que todas las normas administrativas que versen sobre la misma serán necesariamente reglamentos ejecutivos, pues no podrán sino completar la ley. Los rasgos formales del reglamento de ejecución (ley previa y habilitación) son un *prius* respecto del mismo; el dato de que se dicte en aplicación o complemento de una ley resulta sólo de la comprobación material acerca de su contenido. Una vez que podamos llegar a alguna conclusión respecto de la extensión de la competencia exclusiva del legislativo en nuestro país, sólo nos restará examinar si aun fuera de ella es posible que el reglamento tenga en alguna ocasión carácter ejecutivo de la ley, dada la posibilidad eventual de que ésta opere fuera del reducto material donde su presencia es inexcusable.

2. La determinación de la reserva material de ley, exige un examen de nuestros textos constitucionales, de cuyas precisiones se pueden extraer tres interpretaciones diferentes:

A) Por la primera de ellas se reconduce la reserva de ley fundamentalmente a las materias enunciadas en los artículo 10 y 12 de la Ley de Cortes, deduciendo en consecuencia que puesto que nuestro derecho positivo parece conferir a la Administración una potestad re-

(27) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada...*, cit., pp. 149 y ss. También de este autor y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1974, pp. 38 y ss.

glamentaria general que abarca todo lo no reservado (art. 13 de la Ley Orgánica, citado, y artículo 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: «Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes...»), se concluye que posee el ejecutivo potestad para regular las materias no comprendidas en los referidos artículos. Se completa la tesis indicando que el campo reservado a la ley no es limitativo, sino perfectamente ampliable, con lo que se constituirán las correspondientes reservas formales. Acompaña a todo ello un notorio sentido restrictivo en la interpretación de los enunciados básicos en los que la reserva material de ley se formula, lo que favorece aún más la expansión del reglamento independiente.

Veremos enseguida los efectos de esta concepción, en lo que aquí nos interesa, pero puede decirse, ya que la notable indeterminación e imprecisión de que adolece, la hace inservible para esclarecer la compleja situación a que ya me he referido

B) La segunda interpretación formulada sobre el tema, se ha construido a partir del modelo que ofrece el reparto de materias que los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, han efectuado entre la ley y el reglamento, adscribiendo a cada cual su respectiva reserva protegida mediante diversas técnicas arbitradas *ad hoc* (28). No es momento de detenernos en un examen minucioso del nuevo sistema francés; baste simplemente con decir por ahora que algunos autores (29) quieren ver en nuestra Leyes Fun-

(28) El Gobierno puede oponerse a la intervención de la Asamblea cuando ésta decide sobre materias extrañas a la reserva de ley, resolviendo el Consejo Constitucional las posibles discrepancias que surjan (art. 41 de la Constitución), y puede en todo caso denunciar ante este órgano las intromisiones que se produzcan en el campo reglamentario. Los textos legales aprobados después de la entrada en vigor de la Constitución que se refieran a materias pertenecientes al dominio reglamentario, podrán ser modificados por Decreto con la conformidad del Consejo Constitucional (art. 37.2). No existe, *lógicamente (vid.* lo que se dice *infra* nota 38) un procedimiento constitucional que permita al Parlamento defender su propia competencia frente al ejecutivo, puesto que los reglamentos están sometidos al consiguiente control jurisdiccional y serán los Tribunales los que determinen sus irregularidades jurídicas. Sobre el tema puede verse WALINE: *Les rapports entre la loi et le réglement avant et aprés la Constitution de 1958*, en «Rev. Droit Public», 1969, p. 699; DE SOTO: *La loi et le réglement dans la Constitution de la V Republique*, en «Rev. Droit Public», 1959, p. 240; COTTERET: *Le pouvoir legislatif en France*, París, 1962; HAMON: *Les domaines de la loi et du réglement à la recherche d'une frontiére*, Dalloz, 1960, y VEDEL: *Droit Administratif*, 5.ª ed., París, 1973, pp. 42 y ss.

(29) GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento...*, cit.; CLAVERO ARÉVALO: *¿Existen reglamentos autónomos en derecho español?*, en esta REVISTA, núm. 62, y FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La potestad normativa en las leyes fundamentales de España*, en «REP», 169-170, pp. 63 y ss.

damentales también una reserva reglamentaria de idéntico signo que la establecida en la Constitución gaullista. La referida doctrina apoya su tesis fundamentalmente en la afirmación de que los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes enumeran restrictiva y rígidamente las materias reservadas a la ley, fuera de cuyo ámbito el legislativo no puede pronunciarse, ya que entraría en una esfera cuya normación corresponde autónomamente al reglamento. Se llega a esta conclusión, basicamente, aduciendo el carácter residual de la potestad reglamentaria definido en el artículo 24 de la Ley de Régimen Jurídico (30) y de la interpretación del párrafo 2.° del artículo 12 de la Ley de Cortes («Si alguna Comisión de las Cortes plantease, con ocasión del estudio de un proyecto, proposición de ley o moción independiente, alguna cuestión que no fuera de la competencia de las Cortes, el presidente de éstas, por propia iniciativa o a petición del Gobierno, podrá requerir dictamen de la Comisión a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el dictamen estimara no ser la cuestión de la competencia de las Cortes, el asunto será retirado del orden del día de la Comisión») como una «prohibición de pronunciamiento de las mismas sobre materias ajenas a su competencia» (31).

De aquí deriva la afirmación de la existencia del reglamento autónomo en nuestro derecho, reglamento que, en su esfera, es tan inicial e incondicionado como la ley en la suya y que rompe con la idea tradicional de la primacía absoluta de la ley formal.

C) Por último, una tercera interpretación acerca del ámbito de la reserva de ley en nuestro ordenamiento, entiende que es mucho más extensa de lo que de una rápida lectura de los artículos referidos de la ley de Cortes puede deducirse y, mucho más amplia, por supuesto, de lo que el abusivo uso del reglamento independiente en la práctica nos tiene acostumbrados a concebir (32). No es sólo la ley de Cortes la norma constitucional que define la competencia exclusiva del legislativo, sino que todas las leyes fundamentales, con la única ex-

(30) «Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes y las resoluciones del Consejo de Ministros cuando así lo exija alguna disposición legal, y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el ministro a quien corresponda.» Más adelante se expone lo que, a mi juicio, debe ser la interpretación correcta de este artículo.

(31) CLAVERO: *¿Existen reglamentos autónomos...*, cit. p. 18.

(32) Tanto por la intromisión del reglamento en todas las esferas jurídicas como por el olvido de las formulaciones legales acerca de los límites formales de la potestad reglamentaria, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R.: *Curso...*, cit., pp. 135 y 173.

cepción de la de *referéndum*, preceptúan que determinadas materias han de regularse necesariamente por ley. De una manera general, según esta tercera postura, es posible afirmar que de nuestra Constitución se deduce que «toda norma que imponga deberes o intervenga en derechos de los ciudadanos requiere legitimarse en una determinación del poder legislativo» (33).

Los puntos de apoyo básicos de esta tesis, a la que me adhiero sin reservas, son las explícitas declaraciones en este sentido del Fuero de los Españoles (art. 34: «Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero») y de la Ley de Cortes (art. 10: «Las Cortes conocerán, en Pleno, de los actos o leyes que tengan por objeto alguna de las materias siguientes»: ..., apartado *f)*: «Leyes básicas de regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española y de los deberes y derechos de los españoles»).

Por consiguiente, quedaría como campo propio (no exclusivo) del reglamento, el de la organización interna de los servicios públicos, es decir, todas las normas de organización, funcionamiento y personal relacionado con los mismos que sólo tengan eficacia directa e inmediata *ad intra*. La fórmula *organización interna de los servicios públicos* hay que interpretarla restrictivamente, pues no son impensables normas que versen sobre esta materia que afecten directamente a los ciudadanos. La misma flexibilidad del concepto servicio público podría provocar, en otro caso, una expansión desmesurada de la zona de la libre normación administrativa, si no se recondujera la significación del mismo a términos muy estrictos. En mi opinión, no debe el reglamento independiente contener sino las estrictas reglas autoorganizatorias, la normación del funcionamiento interno del servicio, del procedimiento para la adopción válida de decisiones y la regulación de las relaciones con el personal adscrito al mismo. De manera más resumida y precisa puede afirmarse que el reglamento no puede ir más allá, sin el apoyo de una ley, de la regulación de la materia orgánica y las relaciones de supremacía o sujeción especial, es decir, de contener las normas que pautan el comportamiento de la Administración y de determinados individuos sujetos a ella por un vínculo más intenso que el que liga al común de los ciudadanos, del que surge una investidura de poder adicional al ya poseído por la Administra-

(33) García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *op. cit.*, pp. 176 y ss.

ción, que sitúa a aquellos en una posición de subordinación más marcada (34).

En el reducto señalado, el reglamento puede desenvolverse con absoluta libertad, es un campo que le pertenece, si no en exclusiva, como habremos de ver, sí originariamente. No es que se dicte para suplir la falta de ley (no utilizo por tanto el término independiente en este sentido) sino en uso de una potestad normativa que le está conferida a la Administración para que adapte su organización y funcionamiento a la cobertura de los fines que le están encomendados.

3. Examinemos ahora las consecuencias de cada una de estas posturas en orden a la identificación de un reglamento como ejecutivo:

A) De admitirse la primera tesis resultaría que las posibilidades de que un reglamento sea ejecutivo de la ley son indeterminadas y la extensión de la potestad reglamentaria independiente totalmente imprecisable. Esta última suple a la ley siempre que la Administración considera oportuno normar una materia; el único freno es la reserva de ley, pero ésta es tan formularia que, en definitiva, no es un obstáculo real fuera de los supuestos en que la reserva se haya formalizado, congelando el rango normativo de la regulación afectada.

Pero la dificultad de identificación de un reglamento como ejecutivo es más aguda aún, pues ¿cómo saber si el reglamento que la Administración ha dictado pretende desarrollar una ley o efectuar una regulación subordinada y paralela por propia iniciativa?, ¿qué ocurre cuando sobreviene una regulación por ley formal sobre una materia ya regulada por el reglamento si éste no contradice sino que

(34) Esta tesis es, como bien se comprende, muy próxima a las tradicionales formulaciones sobre la potestad reglamentaria, que, como hemos visto, llegaron a resultados paralelos en Derecho francés y en Derecho alemán. A su vez, todas ellas son *en cierta medida* tributarias de la propia concepción de MONTESQUIEU sobre este tema (véase *L'esprit des lois*, XI) al sentar la idea de que las prescripciones concernientes a los derechos de los ciudadanos no podían ser dictadas por las autoridades administrativas, sino tan sólo por la Asamblea legislativa disponiendo mediante leyes y por vía de regla general. Por el contrario, todo lo que sobrepase la esfera de los derechos individuales, es decir, todo lo que se refiere a la cosa pública, a los asuntos del Estado, a sus servicios administrativos, correspondería al ejecutivo regularlo ya que el interés de los ciudadanos no tendría nada que ver aquí (*vid.* sobre el tema CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la Théorie*, cit., I, p. 584, nota 8). El problema más arduo a este respecto es determinar qué asuntos forman parte de las llamadas relaciones especiales de poder (puesto que las materias puramente organizativas son más fáciles de conocer); hay que afirmar que la Administración sólo puede imponer a las personas especialmente vinculadas a ella las obligaciones que derivan de las necesidades funcionales de la propia organización, pero de ninguna manera aprovechar tal *plus* de potestad para imponer cargas que afecten a aquellas personas en tanto que ciudadanos

completa la ley?, ¿es este reglamento ejecutivo?, ¿tiene este carácter sólo en los supuestos de remisión normativa?, *¿lege silente*, ha de entenderse que el reglamento de desarrollo es producto de una habilitación contenida en la ley, o el fruto del ejercicio de una potestad administrativa conferida por el ordenamiento con anterioridad a aquélla?

Indudablemente se puede hallar una respuesta dogmática para cada uno de estos interrogantes, pero entiendo que el cúmulo de argumentos a emplear es totalmente insatisfactorio, tanto más por cuanto ínsitas en el sistema hay soluciones mucho más transparentes para esta problemática. De esta indeterminación deriva previsamente la caótica situación, ya descrita, acerca de la extensión de la potestad normativa abstracta del ejecutivo.

B) La segunda postura tiene el mérito de dejar resuelto el problema de una manera meridianamente clara. En efecto, sólo en los tasados supuestos en que una materia está reservada a la ley será posible el reglamento ejecutivo y aun en este ámbito con ciertos condicionamientos. El reglamento autónomo será el instrumento normativo de uso más frecuente por la Administración en tanto que el de ejecución pasará a un modesto segundo plano (35). El poder ejecutivo recibe de la Constitución una potestad reglamentaria totalmente independiente de la ley, pudiendo regular materias no sólo en razón de la necesidad de cubrir lagunas en defecto de ley formal, sino porque es al reglamento y no a la ley, que habrá dejado de ser *initial et inconditionné* (36), a quien corresponda exclusivamente la ordenación.

La identificación de un reglamento como ejecutivo requerirá que previamente se concrete exactamente la extensión de la reserva constitucional de ley, pues sólo si el reglamento versa sobre la misma materia podrá ser ejecutivo. Aún más, habrán de tenerse muy en cuenta los términos en que la Constitución hace la atribución de competencia exclusiva al legislativo. A este respecto, si tomamos como modelo las determinaciones del artículo 34 de la Constitución francesa veremos que aparecen dos tablas diferentes de materias reservadas, encabezadas cada una de ellas por las expresiones siguientes: *la loi fixe les règles concernant* y *la loi détermine les principes fondamen-*

(35) Sobre las consecuencias de la nueva concepción de las relaciones ley-reglamento de la Constitución de 1958, respecto de la pérdida de protagonismo del reglamento de ejecución, *vid.* por todos el trabajo de SFEZ sobre el más característico de sus tipos: *Une survivance: la reglement d'administration publique*, en «Etudes de droit public», Cujas, 1964.

(36) La expresión es de CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 575 y *passim*.

taux. Pues bien, en aquellos casos en que *la loi fixe les règles*, los reglamentos que versen sobre la materia serán siempre ejecutivos, ya que la ley debe agotar la ordenación o bien habilitar al ejecutivo para que la complete. En cambio, en aquellos casos en que la función de la ley es la determinación de *les principes fondamentaux*, lo que no tenga carácter de principio fundamental será función exclusiva de la Administración el regularlo. En este último supuesto, el reglamento será ejecutivo en tanto que coadyuve a la misión del legislativo de determinar tales presupuestos básicos, pero en lo no fundamental, la Administración será libre de dictar las disposiciones que estime oportunas, pues este sector es de su autónoma competencia normativa. Estas últimas son, en definitiva, materias mixtas por pertenecer concurrentemente a la ley y al reglamento (37). El resto de los asuntos sería competencia exclusiva de la Administración regularlos.

Aceptadas las premisas de esta tesis, no existiría inconveniente lógico para incorporar las anteriores categorías a nuestro derecho, pues, ciertamente, también la Ley de Cortes emplea expresiones similares. Efectivamente, en unos casos no determina cuál ha de ser la extensión de la regulación legal, pero en seis supuestos, su artículo 10 se refiere o bien a «las grandes operaciones» o bien a «las bases», permitiendo deducir que también en nuestro país, todo lo que no tenga ese carácter trascendente pertenece en exclusiva a la normación reglamentaria. Así pues, la aceptación de la doctrina que comentamos sería un auténtico revulsivo: la ley perdería todo su prestigio, dejándole de pertenecer con la exclusividad tradicional la creación de reglas de derecho obligatorias para los ciudadanos.

De cualquier forma, esta doctrina resolvería, sin duda, el problema de la identificación de un reglamento como ejecutivo, de no ser porque las determinaciones de nuestro derecho positivo hacen que no sea pura y simplemente de recibo (38). En efecto, los artículos 10 y 12

(37) El *Conseil d'Etat* ha aceptado ya la tesis en numerosísimos arrêts (fundamentalmente arrêt *Conseil National de l'ordre des Medicins*, de 13 de julio de 1962, en el que venía a recoger las precisiones formuladas por el Consejo Constitucional en su decisión de 27 de noviembre de 1959), *vid.* DOUENCE, *op. cit.*, pp. 239 y ss., y VEDEL, G.: *Droit Administratif*, cit., pp. 210 y ss., hace una amplia relación de jurisprudencia sobre este tema.

(38) Me remito, en general, a la crítica efectuada a la misma por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., pp. 137 y ss. que en sus líneas generales resumo en el texto.

Es realmente chocante el deseo de incorporar a nuestro Derecho una norma como el reglamento autónomo que es una innovación revolucionaria de la Constitución francesa de 1958, es decir, un *descubrimiento* efectuado nada menos que dieciséis años después de promulgada nuestra ley de Cortes, en cuya exégesis

de la Ley de Cortes no son, en absoluto, el limitativo exponente de la reserva de ley en nuestro país, ni por supuesto, el artículo 12 opera una deslegalización general de las materias no comprendidas en el artículo 10, a modo de lo ocurrido con la vigente Constitución francesa. Estos artículos delimitan simplemente la competencia del Pleno y de las Comisiones de las Cortes, no pudiendo interpretarse que los términos «bases» o «básico», que este último artículo emplea, son limitativos de la competencia del legislativo, sino tan sólo determinantes de la competencia del Pleno; la regulación de lo no básico corresponderá a las Comisiones.

Por otra parte, la supuesta prohibición de que el legislativo regule materias que quedan fuera de su competencia y la simultánea posibilidad de que el Gobierno pueda defender su reserva reglamentaria (art. 12, II de la Ley de Cortes), no es de aplicación en los supuestos absolutamente habituales, en que no hay opiniones contradictorias entre el Gobierno y las Cortes acerca de la oportunidad o conveniencia de regular por ley una materia. Por lo demás, es un hecho evidente que en la práctica la ley sigue teniendo un ámbito indeterminado y de ninguna manera limitativo.

Por último, la referencia al artículo 24 de la Ley de Régimen Jurídico es un argumento menos consistente aún que los anteriores, y esto por varias razones: en primer lugar, la referida disposición es una ley ordinaria, norma que es susceptible de modificarse por otra posterior y que de ninguna manera puede establecer reservas materiales ni para la ley ni para el reglamento; en segundo lugar, el

---

se apoya fundamentalmente la doctrina que defiende la existencia del reglamento autónomo entre nosotros. La posibilidad de que las Cortes defiendan su competencia normativa (*infra* en el texto) ha dado ya lugar a que la Comisión de Competencia legislativa de la Cámara se pronuncie sobre el tema en un *Dictamen de la Comisión de Competencia legislativa sobre los textos refundidos a que se refiere la ley de 28 de diciembre de 1963* (fecha 19 de noviembre de 1969, *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1075. *Vid.* comentarios al mismo de MARTÍN OVIEDO, J. M.: *El control por el poder legislativo de la legislación delegada y de los textos refundidos*, en «Rev. de Derecho Financiero», núm. 82, 1969, pp. 643 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada...*, cit., pp. 180 y ss. en nota). El mencionado dictamen llega a consecuencias escasamente lógicas, estableciendo, por ejemplo, una especie de reparto de las funciones de control de la legislación delegada entre la Comisión de Competencia legislativa de las Cortes (que fiscalizaría las posibles invasiones del gobierno en el ámbito de la reserva de ley) y los Tribunales contenciosos, que fiscalizarían el resto de los posibles excesos de la delegación. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, «pretender excluir el juicio de los tribunales sobre la legalidad de todas las refundiciones administrativas de las leyes con valoraciones tan abstractas es algo bien parecido al bien conocido exceso histórico de prohibir las interpretaciones o comentarios a las leyes o códigos, tanto por los autores como por los propios tribunales» (sistema del *réferé legislatif*).

artículo mencionado expresa que «adoptarán la forma de decreto las disposiciones no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes», es decir, que la remisión no se hace a la limitativa lista de materias del artículo 10, sino, con mayor amplitud, también a la cláusula general del artículo 12; en tercer lugar, del referido precepto sólo cabe concluir que la normación reglamentaria primaria que innove el ordenamiento ha de revestir la forma de decreto, pero, de ninguna manera, que quede establecida, por exclusión, una reserva residual de materias a las disposiciones generales del ejecutivo.

C) La tercera de las tesis expuestas establece que necesariamente toda norma que delimite o señale obligaciones para los ciudadanos ha de apoyarse en una determinación concreta del legislativo. Esta doctrina es totalmente coincidente con la común y tradicional del significado de la reserva de ley en derecho comparado (39). La Administración (por desacostumbrados que estemos a ello) no puede establecer normas incidentes en las esferas de derechos de los ciudadanos porque según el tenor literal de nuestras Leyes Fundamentales la reserva de ley lo impide. No significa esto que el reglamento quede desplazado, pero sí importa «reconducirlo como a su campo propio al ámbito de la organización de los servicios públicos» (40), no admitiendo regulaciones normativas *ad extra*, que afecten a la libertad de los súbditos, sino por norma con rango de ley formal, lo que implica que aquí el reglamento tendrá que ser siempre y necesariamente ejecutivo.

Hay que añadir, sin embargo, que en nuestra legislación fundamental aparecen también reservadas a la ley determinadas materias referentes a aspectos puramente organizativos. Me refiero en concreto al artículo 40, II de la Ley Orgánica que exige que «los órganos superiores de la Administración, su respectiva competencia y las bases del régimen de sus funcionarios», vengan determinados por ley. Es evidente aquí el deseo del legislador de excluir al reglamento de la regulación de las referidas materias, pero cabe constatar que dicha

(39) Que las decisione normativas incidentes en los derechos y obligaciones de los ciudadanos es una materia reservada a la ley es la tónica común hoy en Derecho comparado y se desprende también de un mínimo análisis de los textos históricos, legales y doctrinales. COLMEIRO: *Derecho Administrativo español*, cit., p. 85, expresaba que «son inconstitucionales los reglamentos *en cuanto a la materia*, si crean poderes públicos o autorizan impuestos, o definen crímenes, o establecen penas, o perjudican a los derechos políticos de los ciudadanos, o disponen en punto a sus derechos privados de otro modo que el necesario para desenvolver los principios cuyas consecuencias les confían las leyes».

(40) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 177.

exclusión no es absoluta y radical, sino que se refiere sólo a los grandes órganos de la Administración, a la determinación de su competencia y a los aspectos básicos del régimen de la función pública, de lo que puede concluirse que en todo lo que no tenga el referido carácter primario o básico posee la Administración potestad reglamentaria originaria. Con ello, se acepta aquí que la materia organizativa no es inicialmente materia de reglamento, sino *materia mixta*, es decir, que pertenece en sus aspectos fundamentales a la ley y en los que no tengan tal carácter al reglamento. Si bien no cabe concluir por ello que la potestad reglamentaria que aquí posee la Administración sea autónoma (tal como se ha deducido en Francia de la interpretación de la expresión *principes fondamentaux)*, sino, simplemente, que no es preciso que exista una ley previa para que la Administración pueda dictar normas de rango inferior.

* * *

En estos supuestos de materias organizativas reservadas puede producirse también el reglamento ejecutivo, siempre que la ley renuncie a agotar la regulación que se le ha encomendado admitiendo que sea el reglamento el que complete la ordenación. Por otra parte, también puede producirse el efecto contrario de que la ley no se limite a regular los aspectos que inicialmente le están atribuidos y se introduzca en el campo en el que el reglamento podía libremente operar; tan intensa como sea esta intromisión, perfectamente imaginable y admisible, será de profunda la limitación que la potestad reglamentaria sufrirá, pudiendo incluso quedar inutilizada si la ley ha agotado la regulación posible impidiendo toda intervención original o modificadora por parte de la Administración. De la misma manera puede la ley marcar las pautas que ha de seguir el reglamento, de tal manera que el inicial ámbito de libertad en el que aquél podía moverse quede reducido o anulado.

Puede decirse que desde la época en que la potestad reglamentaria fue constitucionalmente reconocida (la Constitución de 1812 en nuestro país), su naturaleza no ha variado sustancialmente. Sólo las necesidades prácticas, la mayor vivacidad del ejecutivo, la imposibilidad de que la ley descendiera a prever los detalles más nimios o más tecnificados, determinaron el otorgamiento de la potestad de dictar disposiciones generales a la Administración. El legislativo no declinaba por ello su responsabilidad de innovar el ordenamiento, cedía simplemente su situación monopolística compartiendo con el ejecutivo la

facultad de dictar reglas de derecho, pero manteniendo su primacía y exigiéndose como requisito inevitable para la legitimidad del reglamento, un pronunciamiento previo del legislativo, que sentase los presupuestos básicos por los que habría de regirse una materia y habilitando específicamente a la Administración para pormenorizar el mandato.

A partir de esta inicial pureza, las circunstancias que han quedado descritas, forzaron una dramática ampliación de la potestad reglamentaria, que desorbitada en relación con la ley, no halló el freno dogmático que en países como Alemania resultó ser la doctrina de las materias reservadas a la ley, o en Francia la acertada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Hoy, nuestras Leyes Fundamentales reconocen a la Administración una potestad reglamentaria abstracta cuyos límites son perfectamente definibles. Las declaraciones, como ya advertimos, no son excesivamente explícitas, pero de ellas cabe concluir sin duda estos tres principios generales: primero, que la reserva material de ley abarca básicamente la normación de todo lo que incida en la libertad y derechos de los ciudadanos; segundo, que determinadas materias orgánicas están igualmente reservadas a la ley de manera parcial, y tercero, deductivamente, que sólo queda como campo propio del reglamento el de la organización interna de los servicios públicos, en los aspectos en que no se exige un pronunciamiento del legislador. Las disposiciones de la Administración que no tengan respaldo en una ley no pueden afectar los derechos de los individuos a no ser que éstos se hallen con respecto de aquélla en una relación de sujeción especial (funcionarios, concesionarios, contratistas, etc.).

Se concluye así, que en la normalidad de los casos el reglamento será necesariamente ejecutivo, siendo inimaginables cualquier supuesta independencia de la Administración para, en defecto de ley, dictar, por ejemplo, disposiciones restrictivas de las libertades individuales, porque esto es totalmente prohibitivo para ella. En cambio, gozará de libertad para dictar normas en el ámbito no reservado a la ley. Esta es, realmente, la única innovación capital del sistema hoy vigente con respecto a la configuración histórica de la potestad reglamentaria. *Constitucionalmente* en anteriores épocas el reglamento de ejecución no era un tipo más de reglamento, sino *el reglamento* a secas, que era llamado ejecutivo porque completar y desarrollar la ley era el único contenido posible de las normas que la Administración estaba autorizada a dictar. Hoy en cambio es posible junto al anterior

otro tipo de reglamento cuya relación con la ley es totalmente distinta; es posible que éste también desarrolle o pormenorice una ley, pero cuenta con rasgos diferenciales suficientes como para distinguir su figura del tradicional reglamento de ejecución (41).

Pasemos ahora a determinar cuáles son esos rasgos diferenciales.

IV

1. Examinemos previamente qué autoridades tienen conferido por el ordenamiento jurídico el poder de dictar reglamentos, intentando hallar en la configuración del mismo alguna singularidad que caracterice al reglamento de ejecución en razón al órgano del que emana, que marque una diferencia sustancial con el reglamento que no es ejecutivo. De esta manera podríamos añadir a la nota material tradicional (ejecución de la ley) alguna característica formal que ayude en el proceso de identificación de la figura, concluyendo *a contrario* que la ausencia de tal dato complementario será sintomático de que la norma analizada tiene carácter independiente de la ley (42).

---

(41) La diferencia con el sistema histórico está netamente marcada por el dato obvio de que las anteriores Constituciones españolas conferían a la Administración potestad reglamentaria «para la ejecución de las leyes», y, en cambio, nuestra Ley Orgánica de 1967 dice simplemente que el Gobierno «ejerce la potestad reglamentaria», es decir, que los reglamentos que puede dictar ya no son necesariamente de ejecución, pues el texto no hace esta aclaración. De ello cabe interpretar que el ejecutivo cuenta con una potestad reglamentaria general, de la que importa señalar el ámbito material al que puede extenderse. Determinado, como hemos hecho más atrás, que la reserva de ley se extiende a todo cuanto afecte a los derechos de los ciudadanos, no queda, por exclusión, otro campo al reglamento que el de la organización interna de los servicios públicos, de lo que se deduce que nuestras Leyes Fundamentales no han hecho sino incorporar con bastante aproximación las tradicionales formulaciones francesa (anterior a 1958) y alemana sobre esta materia, diferenciándose de la primera de ellas en que sólo fue recogida por vía jurisprudencial en tanto que entre nosotros ha recibido un respaldo constitucional.

(42) La determinación de las características formales que singularizan al reglamento ejecutivo es una exigencia ineludible para poder aislar la figura de otros tipos de reglamento con los que, desde un punto de vista material, todos los rasgos son, o pueden ser, comunes. Es ejemplar a este respecto la figura del *réglement d'administration publique* francés que aparece definido por unos rasgos que lo hacen fácilmente identificable, mucho más por cuanto las leyes se remiten a él como categoría formal expresamente y no al reglamento en general, de tal manera que los problemas sobre el procedimiento a seguir para su elaboración, muy al contrario de lo que ocurre entre nosotros, quedan totalmente obviados. VEDEL: *Droit Administratif*, París, 1973, p. 186, antes de hablar de los rasgos formales y materiales de este típico reglamento de ejecución expresa que «*une décision exécutoire n'est complètement caracterisée que si on définit les catégories formelle et matérielle dont elle réleve*».

La Ley Orgánica del Estado, único texto constitucional que contiene especificaciones sobre la potestad normativa del ejecutivo, permite interpretar que siempre que los reglamentos no contengan disposiciones contrarias a las leyes y no regulen materias de la exclusiva competencia de las Cortes (art. 41) pueden dictarse con total libertad, si bien reconoce el poder de hacerlo a un solo órgano de la Administración del Estado: el Consejo de Ministros (art. 13). No hay más referencias constitucionales que confieran a otras autoridades potestad de dictar reglamentos. Por tanto, sólo el Consejo de Ministros posee tal atribución con un carácter originario, esto es, por determinación expresa de la Constitución. Puede decirse, por tanto, que inicialmente, en defecto de ley, sólo el Consejo de Ministros puede dictar normas jurídicas.

Efectivamente, así puede deducirse del examen conjunto de nuestro ordenamiento. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que los ministros ostentan, entre otras atribuciones, la de «ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento» (art. 14.3). ¿Cabe interpretar este precepto en el sentido de que también los ministros pueden normar con absoluta autonomía un determinado campo material? Para hallar una respuesta exacta a este interrogante hemos de partir de la concreción de la expresión utilizada por el precepto transcrito: ¿qué materias son propias de un Departamento ministerial y en qué sentido hay que entender tal atribución? En principio, puede afirmarse que, sin duda, no es en el sentido más amplio y comprensivo como ha de interpretarse la frase en cuestión, puesto que, como hemos visto, nuestras leyes constitucionales exigen que sea la ley la que formule los pronunciamientos jurídicos iniciales sobre cuánto puede afectar a las obligaciones y derechos de los súbditos. Por tanto, la regulación de las «materias propias de su Departamento» no puede tener sino efectos internos, relevantes sólo en el seno de la propia organización, es decir, sería competencia del ministro la regulación de los servicios que de él dependen, pudiendo dictar normas afectantes incluso de determinados ciudadanos que están respecto del mismo en una posición de sujeción especial (43). Pero es el caso que la potestad reglamentaria independiente contenida por la Ley Orgánica al Consejo de Ministros, tiene idéntico ámbito material de ejercicio legítimo: materia orgánica y relaciones de sujeción especial. De admi-

(43) En el sentido expuesto interpretan el precepto García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op cit.*

tir que también los ministros pueden normar libremente estas materias estaríamos llegando a la conclusión absurda de que la atribución originaria al Consejo de la potestad reglamentaria y su superior posición jerárquica no tienen significado alguno.

Sin embargo, la contradicción es sólo aparente. No creo que sea lícito resolverla aduciendo que la declaración del artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico no tiene mayor valor que el de una simple delimitación de esferas competenciales, requerida por la departamentalización de la Administración del Estado, ni tampoco afirmando, por atrayente y cómodo que pudiera resultar, que, aun en el ámbito de las normaciones *ad intra*, la competencia del Consejo de Ministros es general y la de cada ministro sólo abarca los asuntos que están en la esfera de su propio campo de actividad; no quedaría así resuelta la cuestión: la consecuencia de tal postura sería ampliar la competencia de cada ministro en detrimento de la del Consejo. Por mi parte entiendo que de la confrontación del artículo 13 de la Ley Orgánica con el 14 de la Ley de Régimen Jurídico, sólo puede válidamente concluirse lo siguiente: que los ministros no tienen atribuciones para dictar normas innovando originariamente el ordenamiento, puesto que aun cuando en las materias propias de sus Departamentos tienen conferida potestad reglamentaria, ésta es no sólo derivada sino también condicionada, requiriéndose para ser válidamente empleada que exista un pronunciamiento previo por parte del Consejo de Ministros que establezca las líneas maestras de la normación de una determinada materia. Se extrae, sin esfuerzo, esta interpretación del esclarecedor artículo 24 de la ley de Régimen Jurídico («Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la ley de Cortes...»), que de forma explícita exige que la regulación de una materia se inicie siempre o por norma con rango de ley (necesariamente en el campo reservado a ella y por ampliación en cualquier otra esfera) o por disposición general aprobada por Decreto (en los demás supuestos), forma típica de manifestación de la voluntad del Consejo de Ministros. No requiere el ministro para modelar la organización interna de su Departamento una habilitación específica de ley en cada caso, pero sí una decisión precedente del Consejo de Ministros que regule los aspectos básicos de la materia (44).

(44) La práctica avala suficientemente esta interpretación, ya que es totalmente usual que las Ordenes ministeriales busquen apoyo en una decisión previa del Consejo de Ministros que se encargarán de pormenorizar. Es algo más, por

Podemos concluir, a salvo de lo que en seguida precisemos, que la normación de la materia propiamente reglamentaria sólo corresponde de una manera inicial al Consejo de Ministros, y que estas disposiciones generales habrán de revestir la forma de Decreto. Corresponde a cada ministro en los asuntos de su Departamento el desarrollo de las reglas fijadas por el Consejo.

Respecto de los reglamentos ejecutivos, el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico establece que es de la competencia del Consejo de Ministros «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado». Si no median otras precisiones por parte de la ley que en cada supuesto habilite a la Administración para formular su desarrollo, será preciso que también el Reglamento de ejecución revista forma de decreto. Sin embargo, estas determinaciones, al estar contenidas en una ley ordinaria, pueden ser superadas siempre que se considere oportuno por la ley que opere la regulación material. Y esto, tanto en el caso de que ésta regule una materia que le pertenezca en exclusiva, como en el supuesto de que se interne en el campo propiamente reglamentario, cosa que, aunque no necesaria, es factible. La ley puede facultar, en efecto, una regulación normativa *per saltum* obviando el primer escalón jerárquico de las disposiciones generales de la Administración. Los supuestos normales (ejecución de ley operante en el campo de las materias reservadas por Decreto, y pronunciamiento inicial, también por Decreto, en la zona propiamente reglamentaria) pueden ser modificados tantas veces como el legislador lo determine expresamente.

En razón a lo dicho tenemos que concluir que no es posible hallar una característica diferencial que se manifieste de manera constante,

---

tanto, que una cláusula de estilo la práctica ordinaria de insertar en los Decretos preceptos en los que se confiere autorización al titular de un Departamento determinado, para completar la regulación emprendida por ellos. Puede llegarse a idéntica conclusión del examen de otras disposiciones, como, por ejemplo, el artículo 2.° de la Ley de Procedimiento Administrativo que determina la creación, modificación y supresión de los órganos de la Administración superiores a secciones y negociados será de la exclusiva competencia del Consejo de Ministros, siendo evidente que como estos órganos inferiores están insertos en una estructura más amplia, ésta habrá sido creada, en todo caso, o por ley o por decisión del Gobierno; y aun en el caso de que la creación de secciones y negociados se produzca con independencia de mayores reestructuraciones, siempre resultará que la decisión del ministro no es sino una pormenorización de lo dispuesto con anterioridad por la ley o por el Consejo. Sobre la potestad reglamentaria de los ministros *vid.* entre nosotros, por todos, MARTÍN MATEO, R.: *La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias*, en esta REVISTA, núm. 51, pp. 319 y ss.; para el estudio del sistema francés el detallado libro de WIENER, C.: *Recherches sur le pouvoir réglamentaire des Ministres*, París, 1970.

capaz de aportar un rasgo formal de identificación de un reglamento como ejecutivo o como independiente, en razón a la autoridad que lo adopta (45).

2. Intentemos, pues, hallar la solución que buscamos, analizando los efectos que derivan para la potestad reglamentaria del hecho de que una ley regule materias que no son de las que la Constitución enuncia como de su competencia exclusiva.

Como hemos visto, nuestras leyes fundamentales (art. 41, II, de la Ley Orgánica del Estado) determinan que sea la ley la que diseñe los rasgos básicos de la organización administrativa, el establecimiento o modificación de los órganos de mayor importancia. Esta intervención es, los más de los supuestos, sumamente lógica, pues es conveniente dar participación al legislativo, más reflexivo y ponderado, en determinadas innovaciones de gran trascendencia; por el contrario, en ocasiones, requerir la presencia de una ley puede considerarse una desafortunada intromisión de ésta en asuntos cuya gestión debe corresponder exclusivamente al ejecutivo (46).

Si hemos de admitir que la calificación de un reglamento como ejecutivo depende exclusivamente del dato de que desarrolle o pormenorice el contenido de una ley, tendríamos que convenir que todas las normas administrativas que efectúen dicha operación tendrían el referido carácter, con total independencia de la materia sobre la que versen.

Por mi parte, entiendo que existe un rasgo diferencial claro entre el reglamento ejecutivo como categoría formal y el reglamento de

---

(45) Algún autor (VILLAR PALASÍ, J. L.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1972, p. 285) ha señalado entre las características del reglamento ejecutivo el llevar la firma del Jefe del Estado y ser aprobado por Decreto a propuesta del Consejo de Ministros, pero se trata, sin duda, de una simplificación a efectos docentes, hecha por aproximación a la figura del *règlement d'administration public*.

(46) Quizá el supuesto más típico de lo que digo esté en el artículo 2.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que exige toda variación en el número, denominación y competencia de los diversos departamentos ministeriales, y la creación, supresión o reforma sustancial de los mismos se establezca por ley, exigencia que no necesariamente se corresponde con la del artículo 40.2 de la Ley Orgánica (los órganos superiores de la Administración y su respectiva competencia *serán determinados* por ley) y con la que se priva al presidente del Gobierno de una decisión que debiera corresponderle como algo connatural a la realización de su programa y a la formación de su equipo de gobierno. Es perfectamente ostensible, por otra parte, la prevención existente en la práctica a enviar a las Cortes proyectos que contengan decisiones de este tipo, como se demuestra por el uso generoso que se hace del Decreto-ley (a pesar de que en materia de organización la urgencia es casi inimaginable) y de la ley de prerrogativa.

desarrollo de la ley como ejecutor material de sus preceptos. Ambos pueden distinguirse en razón al dato más atrás comentado de si es o no precisa una ley previa para que la Administración pueda dictar una disposición general. Si la ley es ineludible, necesariamente previa, el reglamento será ejecutivo *stricto sensu;* si la ley versa sobre una materia que no le corresponde regular en exclusiva, el reglamento no tendrá aquel carácter formal, por más que materialmente sea el desarrollo normativo de una ley.

Desde otra perspectiva, y como quedó dicho, puede añadirse que el reglamento ejecutivo es el fruto de una habilitación específica contenida en la ley que se completa o aplica. Si la Administración puede dictar la norma aun en defecto de ley previa o si ésta no atribuye poderes normativos *ex novo,* el reglamento que opera por debajo de la misma no será ejecutivo. En este último caso la ley no es la razón de ser del reglamento sin la cual su existencia es imposible, sino sólo un límite al mismo. No se produce aquí el fenómeno, más atrás comentado, de que la ley renuncie, autolimitando su competencia, a la regulación íntegra de una materia; ésta no le correspondía inicialmente, y si ha llegado a regularla no lo ha hecho en cumplimiento de un mandato constitucional, sino basándose en su capacidad potencial de normar todas las materias en virtud al carácter irresistible y prevalente que se le reconoce. Sólo estaremos ante un reglamento ejecutivo cuando coincidan las características formales (ley previa habilitante que contiene la regulación básica) y materiales (aplicación y desarrollo de la ley) que hemos podido reconocerle. *En cualquier caso,* la ley podrá modelar la potestad reglamentaria de la Administración, exigir requisitos especiales a cumplir en el procedimiento de elaboración de la disposición, condicionar su utilización o, incluso, excluirla, pero la potestad necesaria para dictar normas de elaboración administrativa no será, fuera del ámbito de la competencia exclusiva del legislativo, el producto de la voluntad de la ley, sino el resultado del ejercicio de un poder preexistente a ella.

Toda la potestad reglamentaria, ya sea de ejecución o general, proviene en última instancia de la Constitución (47); pero así como ésta ha condicionado mediante la técnica de la reserva de ley la utilización de la primera (remitiendo a la voluntad de la ley la decisión

---

(47) *Vid.* el fundamental trabajo de ZANOBINI: *Il fondamento giuridico de la potestà regolamentare,* en «Scritti vari di Diritto Pubblico», Milano, 1955.

sobre la conveniencia de abrir la vía reglamentaria), ha configurado la segunda sin más límites que los que puedan derivar de una eventual y específica decisión del legislativo. La posición de la ley con respecto al reglamento es en el primer caso positiva, ampliatoria; en el segundo, limitativa, constringente. En este último supuesto, el reglamento perderá por efecto de la congelación del rango y las exigencias del *contrarius actus* la posibilidad de regular una materia sobre la que antes poseía plena disponibilidad, pero el desarrollo de los dictados de la ley será posible utilizando el eventual resto de disponibilidad no arrebatado por el legislativo. La aparición de la ley en el campo genuinamente reglamentario supone una minoración en la extensión material de las potestades de la Administración, aun cuando formalmente se ensanchen o dignifiquen, en el sentido que en seguida se expondrá, ante la eventualidad de que una ley le encomiende el desarrollo de sus preceptos.

En los orígenes dogmáticos del reglamento (el de ejecución era el único *reconocido*, sus características eran, sin duda, las señaladas: no sólo lo distinguía la peculiaridad de que ejecutaba los preceptos de una ley, sino que era ésta la que posibilitaba que la Administración lo dictase; si no había ley no podía haber reglamento, porque la decisión inicial correspondía al legislativo. Hoy, cuando se le reconoce a la Administración una potestad reglamentaria que en la regulación de determinadas materias puede ser utilizada sin que medie una ley, la aparición de ésta en el panorama dominado por el reglamento es un fenómeno de significación totalmente diferente a la que posee en el campo de las materias que le están reservadas.

Esto último es válido tanto para el supuesto en que la ley se limita a producir estrictamente la regulación que, por efecto de estar establecida una reserva formal, le está encomendado, como para aquellos casos en que se remita expresamente al reglamento, invocando a la Administración para que complete sus preceptos. Ciertamente el puro hecho de que la ley quede enmarcada y condicionada por una serie de reglamentos, que necesariamente implican un *novum* respecto del contenido de la ley, evidencia un reforzamiento de las potestades administrativas; este *plus* de potestad resultante consiste precisamente en esa posibilidad de enmarcar y condicionar a aquélla, pero no hay que ver aquí la atribución de una potestad normativa nueva, pues la remisión se refiere a la ordenación de una materia para cuya

regulación la Administración estaba habilitada con anterioridad al advenimiento de la ley (48).

3. Podemos concluir de todo lo dicho, que la caracterización de un reglamento como ejecutivo no puede proceder hoy del simple dato material de que sea desarrollo, pormenorización o aplicación de una ley, sino de la combinación de éste con el formal del origen de la potestad reglamentaria, pudiéndose afirmar que si ésta nace en la ley que se desarrolla, el reglamento será ejecutivo, y en ningún caso si era anterior a ella. Por consiguiente, los reglamentos serán siempre ejecutivos cuando se produzcan en el ámbito de la reserva material de ley, es decir, siempre que la normación afecte a la libertad y derechos de los ciudadanos y a los aspectos básicos de la organización administrativa, ya que en estos supuestos la Administración requerirá necesariamente un habilitación legal previa para poder regular la materia. Por el contrario, los reglamentos no serán nunca ejecutivos cuando se dicten en su campo propio, es decir, la organización interna de los servicios públicos, aun cuando concurran con la ley en la regulación que efectúen (49).

---

(48) Cfr. una postura distinta en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada...*, citado, especialmente p. 165. También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La remisión normativa en dos sentencias recientes*, en esta REVISTA, núm. 63.

(49) La aceptación de esta tesis ofrece argumentos más claros para llegar a la determinación de si un reglamento es o no ejecutivo, sobre todo cuando se producen regulaciones por normas con rango de ley en el ámbito de las materias organizativas. Así, por ejemplo, sobre el tema de funcionarios el texto articulado aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964 no agotó la regulación de lo que cabría incluir entre lo *básico* en esta materia. De esta manera, en determinados supuestos el reglamento ha sido llamado a completar la inacabada regulación legal, lo que quiere decir que el reglamento ha entrado a normar una materia reservada a la ley, obteniendo por ello el carácter de ejecutivo (por ejemplo, régimen disciplinario, retributivo, etc.), cosa que no ocurre cuando el reglamento se mueve a niveles que no cabe calificar de básicos.

Por otra parte, también es posible determinar de una manera más acorde con la realidad de las cosas el efecto que se produce cuando, en materia de organización, una ley no se limita a producir la regulación que le está encomendada por nuestras leyes fundamentales (art. 41, L. O. E.), sino que entra abiertamente en el campo que originariamente pertenece al reglamento (supuesto que en materia de organización es total y absolutamente habitual) remitiéndose incluso a una norma administrativa posterior que complete sus preceptos. Creo que el simple hecho de esta remisión no convierte al ulterior reglamento en ejecutivo de la ley, puesto que el único efecto resultante de la formal ampliación del ámbito de ésta es una restricción de idéntica extensión en la potestad reglamentaria que se verá limitada y condicionada para regular un campo en el que originariamente podía intervenir sin mayores trabas. Ciertamente, el supuesto ideal de concurrencia de normas de rangos diversos en materia de organización sería aquel en el que la ley se limitase, por ejemplo, a crear un Ministerio y el reglamento determinara más minuciosamente su organización con lo que quedarían netamente diferenciados los campos propios de ambas normas. Pero en los supuestos en que la ley entra a regular la materia

V

1. Finalmente son oportunas algunas precisiones en torno a la participación del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

La necesidad de consultar al Consejo de Estado antes de dictar reglamentos nace al mismo tiempo que se reconoce esta potestad a la Administración. El Decreto de 26 de enero de 1812 (primer texto en el que aparece la figura del reglamento de ejecución) expresaba que «la Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, *oyendo antes al Consejo de Estado*» (art. V), añadiendo incluso que en el texto de las disposiciones constará la cláusula «oído el dictamen del Consejo de Estado» (50). Intervenía, pues, este órgano en el procedimiento de elaboración de todas las disposiciones de carácter general, pues todas ellas eran reglamentos de ejecución; del calificativo, aunque apropiado, hubiera podido prescindirse. La Administración no contaba con potestad reglamentaria independiente, las normas que dictara habrían de apoyarse necesariamente en una habilitación específica contenida en una ley previa. El legislativo declinaba el monopolio de la creación del derecho para los súbditos, pero no se privaba de introducir los presupuestos básicos de la regulación de *todas* las materias.

---

reglamentaria, el único efecto que de ello deriva es la referida limitación del ámbito original del reglamento y no (como habría que concluir de atenerse a la definición clásica de reglamento ejecutivo como reglamento de desarrollo de una ley) su conversión en ejecutivo, carácter que, como ha quedado dicho, sólo obtiene del hecho de concurrir con la ley en la regulación de una materia reservada a ésta.

Queda, por último, determinar qué naturaleza tiene el reglamento dictado en virtud de una deslegalización operada por la ley. A este respecto no puede admitirse que se produzcan deslegalizaciones que supongan la entrega en blanco al reglamento de materias que están reservadas a la ley, pues de ello resultaría que la Constitución quedaba totalmente burlada (*vid.* García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 202), por tanto, o dicha deslegalización se compatibiliza utilizándola fragmentariamente con una determinación material por ley de los presupuestos básicos que han de regir los aspectos de que se trate (caso en el que automáticamente los reglamentos de desarrollo serán ejecutivos por concurrir en el ámbito de la reserva de ley), o se produce fuera del campo en el que el legislativo es exclusivamente competente, es decir, en el ámbito reglamentario, resultando en este caso una ampliación de las posibilidades normativas del ejecutivo, entorpecidas con anterioridad por el hecho de la congelación del rango de la norma reguladora de la materia que ahora se deslegaliza, supuesto en el cual el reglamento no será ejecutivo.

(50) Artículo VIII del Decreto citado. Cito según los textos recogidos por Cordero Torres en su libro *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid, 1944.

La fórmula del Decreto citado se repetirá en las diferentes disposiciones que vayan apareciendo a lo largo del siglo. Es la gravedad de las competencias conferidas al ejecutivo la que justifica esta continuidad, ya que es en el Consejo «donde ha de buscar el rey las luces necesarias para el buen gobierno» (51). En lo que conozco, sólo en la Ley de 6 de junio de 1845, artículo 11, 1.º, y en el Real Decreto de 22 de septiembre del mismo año, artículo 9, 2.º (ambas disposiciones sobre el Consejo Real), se prescinde del término ejecutivo refiriéndose escuetamente a las «instrucciones generales», en el primer caso, y a las «instrucciones y reglamentos generales», en el segundo, tal vez como respuesta a la evidencia de que unas y otros habrían de dictarse necesariamente en ejecución de la ley. En cualquier caso, la redacción recuperaría en seguida su contenido original: la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 17 de agosto de 1860, con rara precisión no igualada hasta la fecha, expresaría que este órgano habría de ser oído necesariamente en Pleno «sobre los reglamentos o instrucciones generales para la aplicación de las leyes y cualquier alteración que en ellos haya de hacerse (art. 45). La Ley de 5 de abril de 1904 (art. 27.8) introduciría ya una fórmula idéntica a la que aparece recogida en la vigente de 25 de noviembre de 1944 (art. 17.6): la Comisión permanente del Consejo habrá de ser oída sobre los «reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes, aunque por razón de urgencia se hayan puesto en vigor con carácter provisional» (52).

---

(51) Artículo I, capítulo II del Reglamento del Consejo de Estado.

(52) El Consejo de Estado en su Moción de 22 de mayo de 1969 mantiene que el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico ha modificado el artículo 17.6 de la Ley Orgánica del Alto Cuerpo, en el sentido de que no es posible que sean aprobados con carácter provisional reglamentos, pasando el trámite de consulta a posteriori. Aduce que su pronunciamiento ha de ser siempre necesariamente previo, aportando para ello diversos argumentos, todos ellos concluyentes. En buena lógica, no pueden interpretarse estos preceptos de otra forma, aunque sólo fuera por lo absurdo que es suponer que el Consejo de Estado, órgano consultivo, pueda corregir, tras producirse, una determinada decisión del Consejo de Ministros. Sin embargo, es absolutamente frecuente que la siempre apresurada Administración de nuestro tiempo eluda la consulta, bien, como ocurrió antes de la moción del Consejo de Estado, con el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios, que fue aprobado provisionalmente el 17 de julio de 1968 y luego sustituido (una vez oído el Alto Cuerpo Consultivo) por el de 16 de agosto de 1969, o bien, después de la moción, con el reciente Decreto de 20 de diciembre de 1974, que modifica determinados artículos del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aduciendo determinadas razones coyunturales que aconsejaron la puesta en vigor provisional de la norma, sin perjuicio de que, en su momento, se cumpla el trámite preceptuado por el artículo 17.6 de la Ley de 25 de noviembre de 1944.

Me parece evidente que el reglamento ejecutivo al que las leyes vigentes se refieren al exigir la consulta al Consejo de Estado, es a la categoría formal que ha quedado más atrás descrita, es decir, a la disposición general caracterizada por aplicar la ley apoyándose en una habilitación contenida en ella o, lo que es equivalente, a la norma subordinada que se produce en el ámbito de la reserva material de ley. Así lo demuestra el simple hecho de que la audiencia preceptiva del Alto Cuerpo Consultivo se establezca *cuando la única figura reglamentaria reconocida por el Derecho positivo era el reglamento de ejecución,* y que el tenor con que se halla formulada se conserve intacto. No requerirán el dictamen del Consejo de Estado para ser válidamente adoptados aquellos reglamentos que se dicten fuera del ámbito de la competencia exclusiva del legislativo, por más que de la confrontación del contenido del reglamento y la ley pueda resultar que el primero desarrolla materialmente la segunda.

Tras haberse reconocido constitucionalmente mayor amplitud a la potestad reglamentaria, podrían haberse modificado las normas reguladoras de la competencia del Alto Cuerpo Consultivo (debería incluso haberse hecho, dada la gran competencia técnica de este órgano) para que conociera, sin distingos, de toda la producción normativa de rango reglamentario. Empero, como veremos inmediatamente, nuestro ordenamiento ha seguido otros derroteros, señalando otro camino al reglamento no ejecutivo en el procedimiento de elaboración.

2. En el momento de la aprobación de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 25 de noviembre de 1944, estaba ya más que consolidada la práctica de dictar reglamentos independientes. Todos ellos venían escapando sistemáticamente al control efectuado por aquel órgano, efecto tanto más grave por cuanto, como hemos comentado, esta independencia se constituía (y constituye) una auténtica intromisión en el campo reservado a la ley.

Esta situación sólo es susceptible de ser resuelta delimitando primero el ámbito de la potestad reglamentaria propia del ejecutivo, para después decidir si también esta figura reglamentaria nueva, dependiente de la exclusiva iniciativa de la Administración, ha de requerir igualmente el dictamen del Consejo de Estado previo a su aprobación, que sólo estaba inicialmente previsto para los reglamentos ejecutivos.

Considero que nuestra Constitución ha dado la conveniente respuesta al primer aspecto enunciado. En efecto, según ha quedado dicho, la potestad reglamentaria de la Administración sólo se refiere

a la materia de organización, en la que hay que incluir lo referente a las relaciones de supremacía especial. En cuanto al segundo problema, entiendo que la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada en esa década de los cincuenta, tan decisiva, legislativa y doctrinalmente, para el perfeccionamiento de nuestro Derecho administrativo, ha incluido la respuesta. Según determina su artículo 130.2 (incluido en el título VI, capítulo primero, bajo el rótulo «Procedimiento para la elaboración de las disposiciones de carácter general»), «cuando se trate de las materias señaladas en el apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se requerirá, además, la aprobación de la Presidencia del Gobierno, de acuerdo con lo preceptuado en dicha ley. Se entenderá concedida la aprobación si transcurren ocho días desde aquel en que se hubiese recibido el proyecto en la Presidencia sin que ésta haya formulado objeción alguna». Las materias señaladas en el precepto de la Ley de Régimen Jurídico, al que el artículo transcrito se remite, son «estructura orgánica, métodos de trabajo, procedimiento y personal de la Administración Pública», descripción de asuntos, básicamente referido, en mi entender, al ámbito propio de la potestad reglamentaria, según la delimitación más arriba efectuada. Quiere ello decir que estos reglamentos que en la práctica se venían dictando con exclusión de todo control interno, sin más aval que la discreción de la autoridad que los aprobaba, deben después de la Ley de Procedimiento someterse a la consideración de la Presidencia del Gobierno; intervención, por otra parte, sumamente lógica, pues es al presidente a quien le cumple «dirigir las tareas del Gobierno, proponer su plan general de actuación y las directrices que han de presidir la actividad de cada uno de los Departamentos ministeriales» (art. 13.3 de la Ley de Régimen Jurídico).

Hay, pues, una bifurcación clara en el camino que han de seguir las normas para poder obtener su aprobación final: sobre los reglamentos ejecutivos es preciso consultar al Consejo de Estado; sobre los no ejecutivos, requerir la autorización de la Presidencia del Gobierno. Se ha mantenido, pues, la competencia del Alto Cuerpo Consultivo en su extensión originaria: el control de los reglamentos de ejecución, sin que la novedad del reconocimiento de la potestad reglamentaria general de la Administración haya producido mutación alguna a este respecto.

El artículo 130.2 de la Ley de Procedimiento habla de *aprobación*, pero es indudable que el término no se ha utilizado en su acepción

técnica estricta, ya que de otra forma habría que entender que la Presidencia conocería del acto después de su producción por el órgano competente, cosa totalmente inconcebible en los supuestos en que sea el Consejo de Ministros el que lo hubiera adoptado (53). Por demás, el artículo citado dice textualmente que el control se efectuará «antes de ser sometidos al órgano competente para su aprobación». Se trata, pues, de una intervención en el procedimiento de elaboración de la disposición; es decir, de una manera previa a la aprobación de la norma. Es, pues, una autorización (54) para dictar la norma (en el caso de que ésta vaya a ser aprobada por Orden ministerial) o para elevarla, para deliberación, al Consejo de Ministros (en el supuesto en que deba hacerse por Decreto), cuya falta es subsanable cuando el reglamento es aprobado por el Gobierno en pleno (55).

Pero es lo cierto que determinadas materias de las que aparecen recogidas en el mencionado artículo 13.3 de la Ley de Régimen Jurídico, bien por lo que su regulación pueda afectar a las garantías jurídicas de los ciudadanos («procedimiento»), bien porque se trate de aspectos organizativos básicos («estructura orgánica»), sólo pueden regularse, según lo expresado más atrás, mediante reglamentos ejecutivos al estar condicionados los pronunciamientos normativos de la Administración a la existencia de una ley previa. Sólo en estos supuestos, que en la práctica han de ser escasos, se producirán sucesivamente los dos trámites referidos, figurando por el contrario la aprobación de la Presidencia del Gobierno como trámite de control único y exclusivo en aquellos casos (materias no reservadas a la ley) en los que el reglamento no tenga carácter ejecutivo. Debe resolverse de la manera indicada la práctica, ciertamente carente de sentido, mantenida hasta hoy, consistente en que cuando los reglamentos orgánicos son desarrollo de una ley (en puridad lo tienen que ser necesariamente, puesto que los trazos básicos de la organización administrativa corresponden al diseño efectuado por la ley) se someten siempre al control sucesivo de la Presidencia y del Consejo de Estado, lo que supone someter a una abrumadora tramitación a normas de escasa relevancia para los ciudadanos. La referida duplicidad de trámites sólo debe producirse en los supuestos en que, de manera acorde con

(53) En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, vol. I, Madrid, 1971, p. 121.

(54) Autorización con plazo de silencio positivo, dice con toda exactitud GARCÍA-TREVIJANO, op. y p. cit.

(55) *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La remisión normativa en dos sentencias recientes*, en esta REVISTA, núm. 63, p. 190, en nota.

lo dicho, la materia organizativa sobre la que verse la disposición general que la Administración pretende dictar esté reservada a la ley; es decir, sólo cuando tal norma sea un reglamento ejecutivo, categoría formal bien diferente, como he pretendido demostrar, de la disposición general de la Administración, cuyo contenido coincide, en el sentido de pormenorizarla, sobre una materia ya regulada previamente por una ley (56).

De esta manera, la Ley de Procedimiento ha venido a suplir el desfase que hemos observado en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, artículo 17.6, que al recoger la formulación tradicional de la potestad reglamentaria (57) ha dejado al margen del control del Alto Cuerpo Consultivo todas las normas emanadas en virtud de la ampliación operada por la Ley Orgánica del Estado de la potestad reglamentaria de la Administración.

---

(56) Quedan a salvo, por supuesto, aquellos casos en que la ley expresamente determine el cauce que habrán de seguir para ser válidamente adoptados determinados reglamentos, y los trámites ordenados de una manera general para toda una materia por la ley básica reguladora de la misma (por ejemplo, informe de la Comisión Superior de Personal preceptuado por el artículo 18 de la Ley de Funcionarios para las disposiciones relativas al régimen de la función pública).

(57) El propio Consejo de Estado en la moción referida de 22 de mayo de 1969, expresaba, al argumentar sobre la imposibilidad de que los reglamentos ejecutivos se puedan aprobar provisionalmente sin su dictamen, que el «artículo 17.6 de la Ley del Consejo fue tan sólo, en este punto, un reflejo de un régimen jurídico de la Administración en 1944 y desaparecido en la actualidad, tras las leyes mencionadas» (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Ley de Procedimiento Administrativo).

JURISPRUDENCIA