

LOS ORGANOS ESTATALES TITULARES DE PODER REGLAMENTARIO

POR

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ORIGEN DEL PODER REGLAMENTARIO: A) *Teoría de la delegación de la potestad reglamentaria.* B) *Teoría del poder reglamentario como propio de la Administración.* C) *Teoría que entiende que el poder reglamentario ha sido otorgado a la Administración.*—III. LOS ORGANOS DEL ESTADO TITULARES DE PODER REGLAMENTARIO.—IV. LA DELEGACIÓN DE PODER REGLAMENTARIO.—V. CONCLUSIÓN.

I.—INTRODUCCIÓN.

1. Desde la perspectiva del Derecho se contemplan siempre dos corrientes de hechos: los que se desarrollan conforme al ordenamiento jurídico y los que viven fuera de él. Con alguna frecuencia los hechos ilegales presionan para que el conjunto normativo se transforme y los englobe en su seno.

Esto es perfectamente comprobable en el caso de los reglamentos. Junto a los dictados conforme al Derecho, han existido —y existen— los que viven fuera de él; junto a los nacidos de órganos titulares de poder reglamentario, encontramos reglamentos viciados de incompetencia. Para evitar este penoso espectáculo, el ordenamiento jurídico, algunas veces, amplía el número de los órganos titulares de poder reglamentario.

El Poder ejecutivo ha laborado constantemente para llenar de un mayor contenido su potestad reglamentaria y, simultáneamente, se ha esforzado en expandirla dentro de su organización.

En la evolución de los ordenamientos jurídicos se aprecia la progresiva ampliación del número de los titulares del poder reglamentario.

En la actualidad, cuando la Administración estatal ha conseguido una privilegiada situación en relación con los demás Poderes del Estado, se ha llegado a decir que todo órgano estatal con competencia para

adoptar actos administrativos singulares la tiene también para decidir por vía reglamentaria. Si se acepta y prospera esta afirmación, se podrá proclamar que el Ejecutivo ha ganado definitivamente al Legislativo la batalla por extender su poder reglamentario.

2. El Comisario del Gobierno ante el Consejo de Estado francés, TRICOT, en sus conclusiones para el *arrêt* «Institution Notre-Dame de Kreisker» (1), de 29 de enero de 1954, decía que el poder de adoptar decisiones individuales «implica el de dictar y publicar las disposiciones generales en virtud de las cuales se tomarán aquellas decisiones».

En cambio, otro Comisario del Gobierno, BERNARD, en conclusiones para el *arrêt* «Union Nationale des Associations de Parents d'Elèves de l'Enseignement Libre», de 6 de octubre de 1961, manifestaba que «el poder de adoptar actos singulares no comporta el de reglamentar las condiciones en las cuales estos actos serán adoptados» (2).

Estos dos opuestos pareceres centran el problema que nos va a ocupar en las páginas que siguen: el de averiguar cuáles son los órganos estatales con poder para dictar reglamentos (3).

Toda cuestión jurídica debe analizarse partiendo de sus mismos fun-

(1) Publicadas en la «Revue Pratique de Droit Administratif», núm. 3, 1954, página 50 y sigs.

(2) Pueden verse en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», noviembre-diciembre 1961, núm. 6, pág. 1.271 y sigs.

(3) Debemos advertir que en el tratamiento de esta materia tenemos en cuenta la diferencia existente entre el poder reglamentario y el poder de organización y, por consiguiente, la distinta naturaleza de sus respectivas manifestaciones: los reglamentos, en sentido propio, y los denominados reglamentos de organización. Dejando aparte el problema de si los reglamentos de organización tienen o no carácter jurídico —la opinión dominante es negativa, a pesar de la resistencia que de continuo se le opone, dice FORSTHOFF (*Tratado de Derecho administrativo*, I. E. P., Madrid, 1958, pág. 560, nota 30)—. sus reglas «no pueden ser asimiladas —afirma CARRÉ DE MALBERG (*Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, núm. 225. Vide conclusiones de BERNARD, cit., pág. 1.278)— a las establecidas por los reglamentos en el sentido estricto de la palabra».

El poder de organización no puede negarse a cualquier autoridad administrativa. El poder de organización es inherente a la función de jefe del servicio. Quien desempeña esta función es titular de dicho poder. En esto no hay diversidad de pareceres.

Distinto es el caso cuando se trata del poder reglamentario, o sea, del poder de imponer a los administrados, de manera abstracta y general, situaciones jurídicas.

HAURIOU, al ocuparse de las autoridades que ostentan poder reglamentario (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, París, 10.^a ed., pág. 62), dice que «hay en esta materia una confusión que evitar. Si se trata de actos que no son reglamentarios más que desde un punto de vista de organización administrativa, la mayor parte de las autoridades tienen el poder de emanar estos actos; si se trata de los reglamentos de policía territorial que son fuente de derecho para todos, y que se dirigen al público, el número de las autoridades que tienen el poder de hacerlos es mucho más restringido. En el segundo sentido, el poder reglamentario corresponde a las autoridades que ostentan poderes de policía».

damentos teóricos; pero en la materia que ahora nos ocupa esto es totalmente incluídible, porque es, quizá, el único medio de disipar la confusión y oscuridad que a su alrededor existe en nuestro Derecho positivo, y muy particularmente a partir de la publicación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

El tema de la determinación de los titulares de la potestad reglamentaria —como cualquier otro esencial que haga referencia a los reglamentos— hunde sus raíces en la debatida cuestión del origen del poder reglamentario.

Por este motivo, recordaremos, en primer lugar, aun cuando sea someramente, las posiciones doctrinales más importantes formuladas en relación con el origen del poder reglamentario.

II.—EL ORIGEN DEL PODER REGLAMENTARIO.

Tres son las teorías más difundidas que tratan de justificar o explicar el origen de la potestad de dictar reglamentos: la que entiende que el Legislativo ha delegado en la Administración la potestad reglamentaria; la que estima que el poder reglamentario es un poder propio, espontáneo, de la Administración; la que considera que la potestad reglamentaria ha sido otorgada por el Legislador a la Administración. No es una delegación del Legislativo en el Ejecutivo, sino una concesión de aquél a éste; tesis que, pese a las apariencias, se diferencia profundamente de la teoría de la delegación.

Cada una de estas teorías guarda íntima relación con una peculiar concepción de la Ley.

A) *Teoría de la delegación de la potestad reglamentaria.*

La teoría de la delegación es perfectamente lógica a partir de la concepción rusoniana de la Ley. La Ley es para ROUSSEAU la manifestación de la voluntad general sobre un objeto de interés general. Con respecto a los objetos de interés general, sólo debe manifestarse la voluntad general: el Legislador.

El reglamento, que, por definición, es una norma general por su objeto que emana del Ejecutivo, sólo puede nacer de éste si el Legislativo, único Poder que por naturaleza tiene la posibilidad de adoptar mandatos generales, le delega poder de disposición por vía general.

Pero siendo la Ley, por esencia, general, todas las normas generales serán leyes, cualquiera que sea su autor. El Legislativo, al delegar en

el Ejecutivo el poder de dictar normas generales, lo que conferirá a éste será poder legislativo y no un poder distinto denominado reglamentario.

«En un país con constitución y separación de poderes —dice HAURIU (4)—, el poder legislativo no se delega». Si así fuera —añade el ilustre Decano de Toulouse (5)—, el reglamento sería un acto legislativo, «pues el poder legislativo no podría delegar más que el poder de hacer actos legislativos; or, il est de plus en plus certain que les règlements sont des actes administratifs» (6).

B) Teoría del poder reglamentario como propio de la Administración.

VON STEIN, en su *Handbuch der Verwaltungslehre* (7), decía: el Reglamento es una emanación del Ejecutivo, que expresa no la voluntad del Estado o de la Nación, sino la voluntad del Rey o del Gobierno.

La Ley —voluntad del Estado— y el Reglamento —voluntad del Rey o del Gobierno— tenían así orígenes diferentes, paralelos. Constituían manifestaciones de dos voluntades distintas. El poder reglamentario era propio, inherente al Ejecutivo, y no un poder recibido por delegación.

Frente a la tesis de la delegación del poder reglamentario, HAURIU mantuvo que dicho poder es espontáneo en la Administración e históricamente anterior al poder legislativo. Esta idea era una consecuencia lógica de su concepción de la Ley. Esta es, por esencia —dice (8)— declarativa, más bien que constitutiva o constructiva; ... Observemos que la Ley es declarativa de las relaciones que derivan de la naturaleza de las cosas *en tanto que ellas deben ser obligatorias*, y que así el carácter obligatorio de la Ley resulta de la naturaleza de las cosas tanto como del *jussus* gubernamental o del *consensus* de la nación».

Desde esta premisa HAURIU afirma que las autoridades administrativas reciben la potestad reglamentaria formalmente de la Constitución y de la organización administrativa y, *por encima de una y otra*, de la naturaleza misma de las cosas.

El poder reglamentario de la Administración nace o deriva de la naturaleza misma de las cosas. La Constitución, al declarar que la Admi-

(4) *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, París, 1921, 10.ª edición, página 61.

(5) *Ob. cit.*, pág. 68, nota 1.

(6) Lo que acaba de ser reconocido —continúa el autor citado—, incluso para los reglamentos de administración pública (Consejo de Estado, 6 de diciembre de 1907, *Chemin de fer de l'Est*).

(7) 2.ª ed., 1876, I, págs. 30 y 64.

(8) *Ob. cit.*, pág. 58.

nistración es titular de poder reglamentario, no hace más que formalizar lo que deriva de la naturaleza de las cosas.

La tesis de HAURIUO sobre la fuerza de obligar de la Ley es una posición de principio, frente a una realidad diferente que le desagrada. La Ley, tal como el individuo la percibe, descansa sobre la voluntad del legislador y toma de ella, únicamente de ella, su extraordinaria fuerza jurídica, su eficacia inicial e incondicionada. La Ley, aun cuando no refleje la naturaleza de las cosas, obliga a su cumplimiento.

Esta realidad, contraria al deseo de HAURIUO, tiene tanta fuerza que él mismo pronto choca con ella.

«Cada uno de los grandes poderes públicos —nos dice (9)— tiene el poder de regular, de ordenar por vía general; en donde este poder no funciona es que ha sido suprimido; pero allí en donde funciona, no es en virtud de una delegación de la Ley, sino por su propia virtud».

Pero preguntémosnos: ¿Quién puede suprimir a un gran poder la facultad de disponer por vía general? Evidentemente, sólo un Poder superior. En el Estado contemporáneo el Poder máximo es aquel que denominamos el Legislativo. Este es el Poder que puede suprimir de cualquier otro la facultad de adoptar decisiones generales.

Cuando triunfaron simultáneamente la idea de ROUSSEAU, de que toda norma general es ley, y sólo la ley puede ser general por su objeto, y la de MONTESQUIEU, de que cada uno de los poderes del Estado tiene una función específica, en la que los otros no deben inmiscuirse, el Poder legislativo centralizó totalmente la facultad de dictar normas generales y suprimió a los otros grandes Poderes públicos «de pouvoir de régler» (10).

El propio HAURIUO dice (11) que la Revolución de 1789 prohibió (12) al Poder judicial el adoptar «arrêts de règlement» —lo que podían hacer los Parlamentos del Antiguo Régimen—, como «consecuencia de la

(9) Ob. cit., pág. 61.

(10) «En Alemania, la situación política especial creada en 1870 y los prejuicios de los germanistas, entusiastas conservadores de los restos de un muerto pasado, hizo pensar —dice DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I. E. P., Madrid, 1955, I, pág. 374— que si el Derecho es la «convicción declarada de una comunidad», toda «comunidad orgánica» había de ser una auténtica fuente de Derecho; así, se admitían como tales las familias de la nobleza, los Municipios, las iglesias, las corporaciones de Derecho público y las corporaciones de Derecho privado. Estas afirmaciones pueden ser válidas para situaciones históricas en que coexistan diversas organizaciones sociales con poder legislativo, cuando no se ha alcanzado la unidad estatal, pero no lo son desde el momento en que el Estado ha adquirido el monopolio político».

(11) Ob. cit., pág. 61, nota 3.

(12) Artículo 5.º del Código civil francés.

separación de los poderes», y, aunque este autor no lo diga, por la misma razón, se dejó a la Corona y a sus agentes sin el poder de dictar disposiciones generales. Este extremo quedará demostrado al exponer la tercera teoría sobre el origen del poder reglamentario.

C) *Teoría que entiende que el poder reglamentario ha sido otorgado a la Administración.*

En 1789, en la Asamblea constituyente francesa, dice MALOUEU que «el Rey debe tener el derecho de hacer reglamentos provisionales para los diferentes departamentos que le han sido confiados; la Asamblea Nacional, que ha ordenado las responsabilidades, no puede reservarse el derecho de hacer los reglamentos de administración y el Rey debe ser autorizado para adoptarlos» (13).

La propuesta de MALOUEU levanta un clamor de oposición en todos los partidos. Muchos diputados toman la palabra para sostener que es contraria al principio de la separación de los poderes. Uno de ellos, PETION DE VILLENEUVE, exclama: «Habéis diferenciado los poderes; apenas lo habéis conseguido y ya intentáis destruir lo hecho... Admitiendo el principio del preopinante, monstruos perversos, hombres ambiciosos, tratarán de invadir el poder legislativo. Lo invadirán y serán nuestros legisladores. No, señores, sólo el Poder legislativo tiene el derecho de hacer y de interpretar la Ley».

De esta discusión nace la fórmula del artículo 6.º del título III, capítulo IV, sección 1.ª, de la Constitución de 1791: «El Poder ejecutivo no puede dictar ninguna Ley, ni siquiera provisional; únicamente puede hacer proclamas conformes con las leyes para instar o recordar su ejecución».

En este momento no existe poder reglamentario. «La Ley elimina, pues —dice FORSTHOFF (14)—, del campo de las relaciones entre Estado y súbdito la facultad originaria de creación jurídica del Poder ejecutivo, ejercida hasta entonces sin obstáculos».

El Legislativo otorgó al Ejecutivo la posibilidad de hacer proclamas, término que, al decir de HAURIU (15), se empleó en su sentido inglés: actos que sólo pueden recordar a los súbditos el cumplimiento de las leyes. Entre las proclamas y los reglamentos existe una diferencia profunda; unas y otros son esencialmente diferentes.

(13) Citado por DUGUIT, en *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*, Laross, París, 1893, pág. 23 y sigs.

(14) Ob. cit., pág. 185

(15) Ob. cit., pág. 55.

Pero ocurre que Luis XVI —como prueba ESMEIN (16)—, bajo el nombre de proclamas, promulgó ya auténticos reglamentos para la ejecución de las leyes. Lo mismo hace el Directorio bajo una Constitución, la del año III, que sigue hablando de proclamas, pues emplea la misma fórmula de la Constitución de 1791.

La Constitución del año VIII es la que, inclinándose ante los hechos, atribuye al Gobierno (a los Cónsules) la posibilidad de hacer «reglamentos necesarios para asegurar» la ejecución de las leyes. Esta Constitución es la que crea y otorga al Poder ejecutivo la potestad reglamentaria (17).

El Legislativo no delega en el Ejecutivo su poder, el de promulgar leyes, ni reconoce en él un poder propio, sino que crea para él y le otorga un poder especial, más modesto, de naturaleza diferente a su poder (el de legislar), el poder de dictar disposiciones para ejecutar y completar las leyes, el poder reglamentario, de eficacia jurídica diferente al poder legislativo. Mientras que los actos legislativos son jurídicamente incondicionados, humanamente todopoderosos, los actos generales que puede dictar el Ejecutivo tienen condicionada la eficacia a su conformidad con las leyes. Quedan subordinados a ellas.

La tesis de que el poder reglamentario es un poder otorgado a la Administración está asentada en los hechos y probada por la historia, y responde a la nueva concepción de la Ley que impone el triunfo de la Gran Revolución.

Frente a la afirmación de HAURIUO de que el poder reglamentario es históricamente anterior al legislativo, debe sostenerse que entre el que puede denominarse poder reglamentario, anterior a 1789, y el que posteriormente conocemos con el mismo nombre —como ha estudiado con detalle CAMMEO (18)—, no ha habido solución de continuidad (19).

(16) *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, París, 1921, 7.ª edición, por H. NÉZARD, II, pág. 76.

(17) Con el tiempo, la expresión «ejecución de las leyes» se interpreta en el sentido del mantenimiento del orden público y del funcionamiento de los servicios públicos (cfr. VEDEL, *Droit administratif*, P. U. F., Themis, I, pág. 132), y de este modo la Administración llegó a procurarse un poder reglamentario *praeter legem*.

(18) *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del Diritto amministrativo*, en el «Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano», de ORLANDO, Milano, Società Editrice Libreria, vol. III, especialmente a partir de la pág. 120.

(19) De nuevo se comprueba —ahora desde la perspectiva del poder reglamentario— que, como dice WEIL (*Le Droit administratif*, P. U. F., París, Col. Qué sais-je?, 1964), antes de 1789 sólo podemos ver la prehistoria del Derecho administrativo, pues «los supuestos esenciales para el desarrollo de una ciencia del Derecho administrativo —según la exacta afirmación de FORSTHOFF (ob. cit., pág. 73)— fueron creados con el establecimiento del Estado de Derecho burgués». Con la división de poderes y el principio de

El poder reglamentario no es un poder espontáneo, inherente a la Administración, ni delegado en ella, sino un poder creado por el Legislador y otorgado a la Administración.

III.—LOS ÓRGANOS DEL ESTADO TITULARES DE PODER REGLAMENTARIO.

1. Desde la anterior conclusión sobre el origen del poder reglamentario, volvamos a la cuestión inicialmente planteada: Si todo órgano con poder de adoptar decisiones administrativas individuales es titular del poder de dictar reglamentos o si, por el contrario, ambos no coinciden necesariamente.

Para quienes entienden que el poder reglamentario es algo propio y espontáneo en la Administración, la afirmación válida debería ser la primera, y, en consecuencia, deberá sostenerse que la distribución del poder reglamentario dentro de la Administración es algo que, en principio, no incumbe al Legislativo. Aportarán, como prueba de Derecho positivo, los numerosos ejemplos de leyes que en sus preceptos suponen o contemplan poder reglamentario en órganos administrativos a quienes ninguna norma de rango legal les ha concedido previamente dicho poder.

En cambio, si se entiende que el poder reglamentario tiene su origen en una concesión del Legislativo, la solución correcta será la segunda. Sólo tendrán poder reglamentario aquellos órganos que expresamente lo hayan recibido de la ley sin que sea suficiente una simple suposición legal.

En la discusión suscitada en Italia sobre si los Ministros son titulares de poder reglamentario, VICNOCCHI (20) y SANDULLI (21) mantienen la tesis positiva, apoyados en la teoría del poder inherente, y ABBAMONTE (22) y GASPARRI (23), que parten de la tesis del poder otorgado, niegan este poder a los Ministros.

En Francia, sobre la misma cuestión, el Conseil d'Etat, en el *arrêt* «Union Nationale des Associations de Parents d'Elèves de l'Enseignement

la Administración según la Ley, «las funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la Administración tenía un lugar preciso».

Sobre la teoría expuesta, véase principalmente la formulación teórica de ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, en *Scritti vari*, pág. 145 y sig.

(20) *Il potere regolamentari dei Ministri*, Napoli, 1957.

(21) *Manuale di Diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 7.^a ed., 1962, pág. 38.

(22) *L'emanazione dei regolamenti statali*, *Rassegna di Diritto pubblico*, 1955.

(23) *Sistema costituzionali delle fonti normative e provvedimenti dei Comitati dei prezzi*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1958.

libre», de 6 de agosto de 1961, niega potestad reglamentaria al Ministro de Educación Nacional (24).

2. En nuestra Patria, el poder reglamentario nace con menos dificultades y oposiciones que en Francia. La Constitución de 1812 recibe los principios de la soberanía nacional y de la separación de los poderes con menos radicalismo que las primeras Constituciones del país vecino. Por otra parte, los acontecimientos europeos se habían desarrollado tan vertiginosamente que el clima de 1812 era bastante distinto al de 1789.

En el artículo 171 de nuestra primera Constitución nacional se dice claramente que corresponde al Rey «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes». Los reglamentos, como todas las órdenes del Rey, deberán ir firmados por el Secretario del Despacho del ramo a que el asunto corresponda.

La atribución al Rey, única y exclusivamente a él, del poder reglamentario se hace con plena conciencia y absoluto rigor, de tal manera que el artículo 321, 8.º, de la Constitución establece que a cargo de los Ayuntamientos estará «formar las ordenanzas municipales del pueblo, y presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la Diputación Provincial, que las acompañará con su informe» (25). Lo que demuestra claramente el deseo de evitar que cualquiera manifestación de poder de disposición por vía general, a excepción del que corresponde al Rey, escape a la intervención de las Cortes.

A las entidades locales llegará la concesión de un propio poder reglamentario a través de sus leyes especiales. Pero en este estudio nos referiremos únicamente al poder reglamentario del Estado.

En las Constituciones de 1837 (arts. 47 y 61), 1845 (arts. 45 y 64), 1856 (arts. 52 y 65), 1869 (art. 75) y 1876 (art. 54) se sigue atribuyendo sólo al Rey el poder reglamentario. Se emplea en todas ellas, salvo en la Constitución de 1869, la misma fórmula de la Constitución de 19 de marzo de 1812 (26).

(24) «Al no otorgar un texto competencia al Ministro de Educación Nacional para fijar las condiciones de reembolso de los gastos realizados por las familias para asegurar la asistencia escolar de los niños, las disposiciones de las circulares impugnadas que limitan el beneficio de este reembolso a las familias cuyos niños asisten a la escuela primaria pública están viciadas de incompetencia y deben ser anuladas» (*Arrêt* «Union Nationale des Associations de Parents d'Elèves de l'Enseignement libre», cit.).

(25) Este precepto tenía antecedentes en nuestro Derecho. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., I, pág. 374, nota 4.

(26) La Constitución de 1869, fruto de una Revolución que abre el período denominado de crisis de la Monarquía, dispone que en cada caso la Ley señalará los requisitos de los reglamentos que el Rey deberá cumplir. Se limita en su contenido el poder reglamentario.

Al margen de lo dispuesto en la Constitución, órganos estatales que no tenían atribuido poder reglamentario publicaban reglamentos.

Bajo el imperio de la Constitución de 1876, ALCUBILLA, en su Diccionario (Los Poderes del Estado), dice: En concepto nuestro es una rutina anticonstitucional que los Ministros, haciendo alardes autoritarios..., dicten reglas generales o disposiciones encaminadas a la ejecución de las leyes, tomando la venia o el nombre del Rey con la fórmula, pura fórmula: «Su Majestad ha tenido a bien disponer» y «de Real Orden lo digo a...», etc., rutina que, repetimos, nos parece inconveniente e inconstitucional.

La Constitución de 1931 llevó a cabo un importante cambio en esta materia. De un lado, el artículo 79 declara que «el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes». De otro, en su artículo 90, establece que «corresponde al Consejo de Ministros... ejercer la potestad reglamentaria...».

De los Ministros se limita a decir que les «corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos asignados a los diferentes Departamentos ministeriales» (art. 87).

Con la Constitución de la Segunda República, el poder reglamentario comienza a expandirse en la organización administrativa española. El Jefe del Estado —como en las Constituciones anteriores— es titular de la potestad reglamentaria y la recibe otro órgano estatal, el Consejo de Ministros.

Un nuevo cambio en la materia tiene lugar con la Ley de 30 de enero de 1938.

El Jefe del Estado conserva poder reglamentario.

El Consejo de Ministros o Gobierno, quizá porque las necesidades de la guerra imponen su configuración como simple órgano deliberante y asesor del Jefe del Estado, de cuya reunión e intervención se prescinde —según la Ley de 8 de agosto de 1939— cuando existen motivos de urgencia, no aparece en la Ley de 30 de enero de 1938 como titular de poder reglamentario (27). Lo reciben, en cambio, los Ministros, que hasta entonces habían carecido de él. Aunque este punto puede suscitar alguna duda, pues el artículo 17 de dicha Ley dice que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, las disposiciones de los Ministros revestirán la forma de Ordenes, con lo que puede estimarse que no se trata de una

(27) Sin embargo, la Ley ordenadora del Consejo de Estado, de 25 de noviembre de 1944 (art. 17) supone que el Gobierno ostenta poder reglamentario, lo que debe entenderse como una previsión para el caso de que una Ley le permita dictar reglamentos.

atribución genérica de poder reglamentario, sino de la manera de señalar la forma que adoptarán los reglamentos ministeriales cuando los Ministros, en casos concretos, reciban de la ley el poder de dictarlos.

GARCÍA DE ENTERRÍA (28) entiende que «en nuestro sistema constitucional falta una atribución explícita de potestad reglamentaria a la Administración, debiendo imputarse a una norma consuetudinaria aceptada por la tradición secular del régimen administrativo; la referencia de las leyes ordinarias a esta potestad reglamentaria (Ley de 30 de enero de 1938, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Ley de Régimen Local, etc.) es meramente regulativa de ese principio general, cuyo rango constitucional es evidente».

Pero no creemos que sea necesaria una ley fundamental o constitucional para otorgar poder reglamentario. El carácter fundamental o constitucional de una ley es una vestidura formal que, en nuestro Derecho positivo, sólo tiene trascendencia a efectos de su reforma. La ley ordinaria es un acto de soberanía (29) y, por tanto, con suficiente fuerza para crear y otorgar poder reglamentario.

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, «una ley básica» que no es «ley fundamental» —como la calificó don Nicolás PÉREZ SERRANO (30)—, otorga y regula hoy el poder reglamentario a la mayor parte de los órganos del Estado. El Jefe del Estado lo conserva, de acuerdo con la citada Ley de 1938, y la Ley de 26 de julio de 1957 lo otorga de nuevo al Consejo de Ministros. A éste corresponde, según el artículo 10, 6, de la Ley, «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las leyes». La fórmula puede suscitar alguna duda sobre si con ella se atribuye poder reglamentario. Por lo pronto, no parece demasiado correcta. Se habla de que el Consejo de Ministros propone, con lo que parece indicarse que quien dicta los reglamentos es el Jefe del Estado, ejercitando su propio poder reglamentario; pero, de otro lado, se dice que el Jefe del Estado aprueba, y la aprobación es un acto que afecta a la eficacia y no a la validez de lo aprobado. Además, la intervención del Jefe del Estado puede deberse a que —según el artículo 24, 1— firma todos los Decretos del Consejo de Ministros.

El número 14 del mismo artículo, interpretado en relación con el artículo 10, e), de la Ley de Cortes, al decir que corresponde al Consejo «adoptar cuantas medidas de importancia aconseje la situación económi-

(28) *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en esta REVISTA, núm. 29, pág. 164, nota 6.

(29) Vide DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 388 y sigs.

(30) Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles, 1958.

ca del país, sin perjuicio de la competencia de las Cortes», demuestra que el Consejo de Ministros tiene atribuido el poder reglamentario, complementario de las leyes, en materia económica (31).

La potestad reglamentaria de los Ministros se confirma o se reconoce claramente por el artículo 11, 3, de la misma Ley, pues les corresponde «ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento».

En este grado de la jerarquía administrativa termina la atribución de poder reglamentario a los órganos centrales del Estado.

En las Provincias son titulares de poder reglamentario los Gobernadores civiles (art. 260 de la Ley de Régimen Local), y en los Municipios, los Alcaldes, como Delegados del Gobierno (art. 117 de la Ley de Régimen Local), dentro del ámbito territorial de su respectiva competencia y sólo para la ejecución de las leyes.

Y, sin embargo, el artículo 23, 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando establece la jerarquía de las disposiciones administrativas, coloca en cuarto lugar las «disposiciones de Autoridades y órganos inferiores a los Ministros, según el orden de su respectiva jerarquía».

¿Puede entenderse este precepto en el sentido de que atribuye la posibilidad de dictar disposiciones generales a autoridades y organismos inferiores al Ministro? ¿Cabe deducir de él que, por presumir que todo órgano estatal puede emanar reglamentos, todos los de esta clase tienen como propia la potestad reglamentaria? (32).

No. Dicho precepto señala el lugar jerárquico que ocuparán las disposiciones generales de órganos estatales inferiores a los Ministros cuando éstos reciban de las leyes en casos concretos poder reglamentario, y también el lugar que ocupan los reglamentos de los Gobernadores civiles y Alcaldes.

Puede concluirse que en nuestro Estado ostentan poder reglamentario el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros y los Ministros, así como los Gobernadores civiles y los Alcaldes, como Delegados del Gobierno, en su territorio respectivo.

(31) La Ley de Bases de la Organización Sindical, de 6 de diciembre de 1940, declara, en su artículo 18, que «son funciones del Sindicato Nacional: 1.ª Proponer al Gobierno las ordenanzas necesarias para la disciplina y fomento de la producción, conservación y distribución de los productos, así como la regulación de los precios de los mismos en las diversas fases del proceso productivo».

(32) La misma deducción podría hacerse en favor de todos los funcionarios a partir del artículo 377 del Código penal, pues castiga al «funcionario público que invadiese las atribuciones legislativas, con decretos, reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones».

Por delegación ejercitan poder reglamentario las Comisiones Delegadas del Gobierno (33). De este punto vamos a ocuparnos inmediatamente.

IV.—LA DELEGACIÓN DE PODER REGLAMENTARIO.

«La delegación de poder o competencia consiste —dice ODENT (34)—, para una autoridad a la que han sido concedidos ciertos poderes, en desahirse de una fracción de estos poderes y transmitirlos a una autoridad subordinada».

¿Puede delegarse el poder reglamentario?

La contestación a esta pregunta depende de la tesis que se admita sobre el origen de dicho poder. Nosotros hemos admitido la de que el poder reglamentario es otorgado por la ley a la Administración.

Cuando la ley otorga poder a una autoridad u órgano estatal para conseguir un fin, lo hace teniendo en cuenta sus particulares condiciones para alcanzarlo y, simultáneamente, suele fijar la responsabilidad por el ejercicio del mismo. No puede, pues, quien ha recibido un poder, delegarlo libremente en otra autoridad. De hacerlo así, se iría contra la voluntad de la ley y se desharía la distribución de competencias que ella ha impuesto.

Pero el legislador puede señalar los supuestos en que es permisible la delegación de alguno de los poderes que concede, la forma de la delegación y a quién puede ésta hacerse (35).

(33) Para «resolver los asuntos que, afectando a más de un Departamento de la Comisión respectiva, no requieran, atendida su importancia, ser elevados a decisión del Consejo de Ministros, a juicio del Presidente del Gobierno, o no correspondan a dicho Consejo por precepto legal o reglamentario» (art. 11, 4, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

(34) *Cours de contentieux administratif*, 1961-1962, pág. 872.

(35) En algún caso (véase sentencia de 29 de diciembre de 1964), cuando el legislador encarga a un Ministro —con la fórmula «se autoriza al...»— de dictar las disposiciones complementarias de una Ley, se habla de delegación, pero no se trata de ésta en su sentido exacto, sino de un auténtico otorgamiento de poder para desarrollar la Ley por medio de reglamentos. El Profesor GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo*, I. E. P., Madrid, I, 2.^a ed., pág. 237) entiende que es superflua la expresa concesión de este poder en cada caso concreto, aunque pueden existir supuestos especiales en que resulte necesario. Lo que pueden hacer estas declaraciones es alterar la distribución *rationae materiae* del poder reglamentario entre Jefe del Estado, Consejo de Ministros y Ministros, extremo que, de otro lado, en nuestro Derecho no está regulado de manera general, ni con precisión en algunos casos singulares (véanse, como ejemplo, los artículos 14, 15 y 17 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964).

Este es el criterio de nuestra Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado con respecto al poder reglamentario. Este sólo puede delegarse cuando y en las condiciones que en la misma se señalan.

El Consejo de Ministros puede, por acuerdo unánime, delegar poder reglamentario en las Comisiones Delegadas, puesto que el artículo 22 de la Ley citada le permite, con el cumplimiento de aquel requisito, delegar en éstas sus «funciones administrativas».

Las Comisiones Delegadas, como, por naturaleza o definición, actúan competencias delegadas, no pueden, a su vez, delegarlas, según el principio general de que nadie puede delegar un poder recibido por delegación. El artículo citado de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado ni siquiera se refiere a ellas.

Los Ministros, en cambio, no pueden delegar en los Subsecretarios y Directores Generales y, lógicamente, en ninguna otra autoridad u órgano administrativo, su facultad de adoptar disposiciones de carácter general, por prohibición expresa del referido artículo 22, 3, d), de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Los Gobernadores civiles y Alcaldes tampoco pueden delegar su poder reglamentario.

V.—CONCLUSIÓN.

En resumen, el poder reglamentario, salvo casos de concesión singular y expresa de la Ley, no rebasa nunca, en nuestra Administración Central, la línea de los Jefes de Departamento ministerial. Ni siquiera por delegación podrá una autoridad inferior dictar reglamentos.

En la administración periférica dicho poder queda siempre en manos de los Gobernadores y Alcaldes, dentro de sus respectivas circunscripciones.

Sin embargo, no es raro encontrar auténtico contenido reglamentario (36), ya —la mayor parte de las veces— bajo el rótulo de Circulares o Instrucciones —que son las medidas generales, pero no reglamentarias, que la Ley de Régimen Jurídico permite expresamente adoptar a los Subsecretarios y Directores Generales (pero que también pueden emanar de cualquier órgano superior con respecto a los inferiores, como se

(36) «La calidad de una norma no depende del nombre que se le dé, sino de lo que dispone; no es cuestión de nomenclatura, sino de contenido, y si en realidad una norma es reglamentaria, a esta cualidad se debe estar» (sentencias de 28 de noviembre de 1961 y 1 de diciembre de 1961).

desprende del artículo 7.º de la Ley de Procedimiento)—, o ya bajo el de normas «aclaratorias», unas y otras procedentes de autoridades inferiores a los Ministros. Nos encontraremos, entonces, con reglamentos emanados de autoridades sin poder reglamentario. Tales reglamentos estarán viciados de incompetencia.

El Profesor RIPERT apuntaba, como una de las causas del declinar del Derecho, el gran número de normas generales que hoy nacen del Gobierno. Esto, en el mundo tecnificado en el cual vivimos, parece muy difícil de evitar. También debe tenerse en cuenta la opinión de René SAVATIER, que, al formular unas «Observaciones sobre los modos contemporáneos de formación del Derecho positivo» (37), dice que las normas nacidas del Gobierno tienen la ventaja, en relación con la ley parlamentaria, de ser «interiormente coordinadas», aparte la mayor rapidez para dictarlas. Pero esta coordinación sólo puede tener lugar si la norma nace de órganos con finalidad coordinadora y no de órganos que sólo pueden contemplar el campo de competencia que le es propio. Por este motivo, en nuestro caso, sería conveniente atribuir auténtico poder reglamentario únicamente al Jefe del Estado, al Gobierno y a sus Comisiones Delegadas. La reducción de los grados jerárquicos que hoy ostentan dicho poder sólo puede hacerse, naturalmente, por vía legislativa. Pero lo que sí puede y debe hacerse en el momento actual es interpretar las normas que otorgan poder reglamentario de la manera más estricta posible. Se trata de un poder de singular trascendencia, que sólo puede otorgarlo la Ley de manera expresa a una autoridad, y que si se ejercita fuera de sus verdaderos cauces producirá una gran confusión y daños prácticamente irreparables.

Conviene precisar al máximo cuáles son los órganos administrativos con poder de disposición por vía general para evitar que el desconocimiento del círculo exacto de titulares de dicho poder origine reglamentos viciados de incompetencia *ratione personae*. Pero importa también que los administrados conozcan con exactitud cuáles son los órganos estatales titulares de potestad reglamentaria, para poder luchar, por los medios que hoy el Derecho ofrece —y que cabe perfeccionar—, contra los reglamentos viciados de incompetencia.

(37) En «Mélanges en l'honneur de Jean Dabin», Paris-Bruxelles. Sirey-Bruylant, 1963. I, pág. 293 y sigs.

