

POTESTAD REGLAMENTARIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Por

D. Alfredo Gallego Anabitarte
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: I. PRESENTACIÓN. 1. PREPARACIÓN. 2. CUESTIONARIO. 3. PARTICIPACIÓN. 4. LENGUAJE COMÚN. PRECISIÓN DE CONCEPTOS. II. UNAS NOTAS PREVIAS. 1. JURISPRUDENCIA RECIENTE. 2. ANÉCDOTA LINGÜÍSTICA. III. LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTRO, SALVO QUE UNA LEY EXPRESAMENTE LE AUTORICE. 1. EXPOSICIÓN. 2. CRÍTICA. 3. CONCLUSIÓN. IV. COMENTARIOS SOBRE CIERTOS PUNTOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN ESPAÑA. 1. GENERAL. 2. POTESTAD REGLAMENTARIA: DELEGACIÓN, DESCONCENTRACIÓN, DESLEGALIZACIÓN Y TITULAR ORIGINARIO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. SÍNTESIS DE DIVERSAS CUESTIONES. 4. PROPUESTA GENERAL. V. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN

1. PREPARACIÓN

Por sugerencia de mi discípulo Santiago ROSADO PACHECO –Prof. Titular de Derecho Administrativo–, que estaba desplegando una amplia actividad académica en la UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, preparé y dirigí con su colaboración, un Seminario Internacional (viernes y sábado, 16 y 17 de noviembre de 2001) sobre Ley y Reglamento, con la asistencia de los Profesores D. Gilles DARCY (Universidad París XIII), D. Vasco PEREIRA DA SILVA (Universidad Católica de Lisboa) y D. Nicolò ZANON (Universidad de Milán). De Alemania vino el Dr. Arnd UHLE (Universidad de Munich), joven docente, a las puertas de la Habilitación, y cuya tesis doctoral “*Parlament und Rechtsverordnung*” (Parlamento y Reglamentos jurídicos, 1999) era un último y acreditado estudio sobre poder normativo en el Estado moderno, que me había sido recomendado por al Prof. Karl-Peter SOMMERMANN, de

la Escuela Superior de Ciencia de la Administración Pública de *Spira*. La ponencia española estuvo a cargo del Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Ángel MENÉNDEZ REXACH.

Un problema era naturalmente el idioma. El invitado alemán, Dr. UHLE no sabía nada más que alemán, aunque entendía algo de francés, el Prof. DARCY entendía francés y algo de español. Naturalmente los Prof. portugués e italiano entendían español. Pero habíamos decidido que cada uno hablase en su lengua materna; como me habían entregado y se habían traducido las ponencias, con anterioridad, todos conocían, dentro de sus posibilidades, el contenido de las intervenciones. Entre la audiencia se repartieron las conclusiones de cada intervención.

Las circunstancias me llevaron a ser un intérprete “distinguido” (así me calificó alguna vez con cierta retranca mi padre) en los comentarios y en los resúmenes que hacía en francés y en alemán, al final de las intervenciones el Dr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO colaboró en la densa traducción simultánea de la intervención del Dr. UHLE. En fin, todo muy artesanal, pero desde luego no peor que en otros Congresos que he estado, con todo alarde de medios y traducciones simultáneas.

Hay que dejar constancia que sin el esfuerzo y dedicación del Dr. ROSADO PACHECO, nunca se hubiese celebrado el Seminario, ni se hubiese publicado el presente libro.

2. CUESTIONARIO

Durante los meses anteriores a la convocatoria había preparado en el Área de Derecho Administrativo con la colaboración de todos sus profesores y naturalmente de Santiago ROSADO, un catálogo de preguntas para que sirviese de guía a los ponentes y pudiese facilitar así en lo posible la discusión entre el cambio de opiniones. Dado que una cuestión tan amplia como Ley y Reglamento, puede ser tratada de forma muy diversa por cada autor, parecía conveniente tratar de concretar unos puntos claros y precisos.

A continuación, adjunto el cuestionario que enviamos a todos los participantes, con el ruego de que en sus respectivas ponencias trataran de contestar en todo lo posible a estas preguntas.

PREGUNTAS SOBRE LEY Y REGLAMENTO (PARA EL SEMINARIO (2001) SOBRE FUENTES DEL DERECHO DIRIGIDO POR EL PROFESOR GALLEGO ANABITARTE)

Marco constitucional

1. ¿Con qué grado de detalle se regula el sistema de fuentes en la Constitución? Líneas básicas de la regulación constitucional del sistema de fuentes.

Sobre la ley y la reserva de ley

1. ¿Mantiene su Constitución un concepto material de Ley [caracterizado por ser una norma que regula materias determinadas o que cumple ciertos requisitos (por

ejemplo, ser abstracta y general)] o un concepto puramente formal según el cual Ley es toda norma aprobada por el Parlamento?

2. ¿Existe en su sistema constitucional la técnica de la reserva de ley? Es decir, materias que tienen que ser reguladas necesariamente por ley.

3. ¿Existe una reserva de ley de tipo genérico (una cláusula amplia del tipo “libertad y propiedad”) o reservas concretas?

4. La Asamblea legislativa: ¿puede regular cualquier materia o, por el contrario, tiene una competencia limitada que se identifica con las materias reservadas?

5. ¿Existen Decretos-Leyes? Es decir, normas con rango de ley aprobadas por el Gobierno.

6. ¿Cuál es el grado de intensidad de regulación legal que impone la reserva de ley? ¿Es el mismo en relación con todas las materias?

7. ¿Existen tipos diversos de normas con rango de ley en su ordenamiento? En caso de que así sea, ¿se establece una relación distinta de cada una de estas normas con rango de ley con los reglamentos?

Sobre los reglamentos

1. La potestad reglamentaria: ¿es exclusivamente desarrollo de las leyes preexistentes o, por el contrario, existe una potestad reglamentaria *praeter legem* estando sólo prohibido el reglamento contra *legem*?

2. El reglamento: ¿puede completar la ley o solamente precisar, detallar y desarrollar los preceptos legales?

3. En el supuesto de que puedan dictarse reglamentos *praeter legem*: ¿Sobre qué materias pueden dictarse estos reglamentos?

4. ¿Hay materias reservadas a los reglamentos y que la ley no puede regular?

5. ¿Existe una definición constitucional o legal de los reglamentos?

6. ¿Quién tiene atribuida la competencia para aprobar reglamentos? ¿Sólo el Consejo de Ministros?, ¿también el Presidente del Gobierno?, ¿también los Ministros?, ¿también las autoridades inferiores?

7. ¿Dónde se establece la atribución para dictar reglamentos, en la Constitución o en la Ley?

8. ¿El reglamento se dicta con base en una delegación legislativa expresa o existe también una potestad reglamentaria originaria constitucional del Gobierno?

9. Líneas básicas del procedimiento de elaboración de los reglamentos. ¿Es preceptivo algún trámite de participación ciudadana?

10. ¿Tienen atribuida potestad reglamentaria las organizaciones jurídico-administrativas dotadas de independencia en su actuación (Banco Central, Comisiones de regulación de ámbitos de actividades económicas, etc.)?

11. ¿Existen normas generales que no son reglamentos?, ¿quién puede dictarlas?, ¿sobre qué materias?

12. La relación de la ordenanza municipal con la Ley es la misma que la del reglamento para la ejecución de la ley con la Ley?

13. ¿A qué límites se encuentra sometida la competencia normativa de los municipios?

Aspectos jurisdiccionales

1. ¿Qué órgano controla la adecuación de la Ley a la Constitución?

2. ¿Quiénes están legitimados para instar el ejercicio del control constitucional de las leyes?
3. ¿Qué órgano controla la adecuación de los reglamentos a la Ley y a la Constitución?
4. ¿Se pueden impugnar directamente los reglamentos? ¿por quién?
5. ¿Se puede declarar la nulidad de un reglamento con base en la nulidad de un acto administrativo de aplicación de ese reglamento?

Conclusiones

1. ¿Cuáles son los problemas más importantes que, en su opinión, no están resueltos por el derecho positivo en relación con el sistema de fuentes?
2. ¿Cómo definiría el sistema de fuentes que rige en el marco constitucional de su país?
3. ¿Se puede afirmar que hay un incremento notable de la potestad reglamentaria frente a la potestad legislativa?

Anexo: Leyes, Decretos de Gobierno, del Presidente de la República, del Presidente del Gobierno, del Gobierno (órgano colegiado), en los últimos cinco años.

Se publica en este libro el material remitido por alguno de los ponentes.

3. PARTICIPACIÓN

Para la Intrahistoria, quede constancia que la asistencia de profesores españoles —se habían distribuido por correo cientos de invitaciones— de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, fue mínima. Hay que citar la presencia de José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Catedrático de Derecho Administrativo en Valladolid. Algún otro Catedrático hizo acto de presencia ocasionalmente. Sí asistieron algunos profesores titulares, que, en otros casos, se limitaron a enviar **ponencias** que se publican en este libro. Todos los ponentes estuvieron presentes el día y medio que duraron las cuatro ponencias. Desgraciadamente, pese a mis esfuerzos, no hubo un diálogo intenso entre ellos.

Es bien sabido, lo ocupados que están los profesores de Derecho Administrativo en España, pero francamente llama la atención una presencia tan escasa en un Seminario sobre una *cuestión central del Derecho público y teoría jurídica del Estado*, no sobre un tema que aunque circunstancialmente pueda ser muy importante, al fin y al cabo suele ser algo marginal. Seminario además dirigido por una persona que había adquirido cierta notoriedad en la materia¹.

¹ *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, 1971, cuyas tesis sobre Derecho positivo (competencia del legislador y potestad reglamentaria no meramente ejecutiva) e histórico dogmáticas, (ley formal-ley material y decretos de Cortes), tuvieron una cierta repercusión y audiencia. En el presente texto utilizo las abreviaturas LdG por Ley de Gobierno y LOFAGE por Ley de Organización de la Administración General del Estado.

4. LENGUAJE COMÚN. PRECISIÓN DE CONCEPTOS

Aunque Santiago ROSADO estudia aquí mismo esta cuestión con más profundidad, me parece interesante resaltar que partiendo de diferentes modelos constitucionales en Francia, en Alemania, en Italia, en Portugal y en España, surgió en el Seminario de manera natural un **lenguaje común**: reserva de ley, potestad reglamentaria del Gobierno, las leyes formales y materiales, las diferentes clases de reglamentos, disposiciones administrativas, etc. que sin duda alguna provienen de la teoría jurídica del Estado alemana, formalizada y divulgada a finales del s. XIX por las grandes obras de LABAND, JELLINEK y Otto MAYER. Esto me parece muy interesante, como prueba de la importancia que tiene la formalización del lenguaje jurídico. Ya destacó esta característica (de origen kantiano por su perfeccionismo conceptual, y también hegeliano por su síntesis histórica), Eric KAUFMANN en su comentario a la obra de Otto MAYER.²

Lo que realmente tiene interés es aislar conceptos, categorías e instituciones para ordenar una realidad que *prima facie* parece proteica y que se resiste a cualquier categorización. Bien es cierto como sabemos que en este énfasis conceptual y categorial, se encuentra también la raíz de una mala jurisprudencia, que vive de “tópicos” y no ejerce el análisis crítico (un caso paradigmático de falsa contraposición histórico-jurídica, es la dicotomía Estado de policía –absolutismo– y Estado de Derecho). Pero sin un sólido y correcto fundamento sobre lo que es la norma jurídica, la competencia, la delegación, la desconcentración, la descentralización, el acto administrativo necesitado de colaboración, las tareas exclusivas y concurrentes del Estado, la intervención *versus* la prestación, policía o intervencionismo, actividad económica o servicio público, etc. se encuentra uno perdido ante la masa ingente que es el Derecho positivo, complicado esto por un legislador cada vez más errático³. Y aunque el acierto no esté asegurado, el análisis se enriquece relacionando diversas instituciones y categorías jurídicas, al tratar de precisar conceptos.

II. UNAS NOTAS PREVIAS

1. JURISPRUDENCIA RECIENTE

Para esta presentación he estado repasando, superficialmente, la evolución del Derecho positivo y la jurisprudencia en los últimos años. Los problemas suelen ser

² En una próxima obra “*Juristas Universales*” de cinco volúmenes, coordinada por el Prof. Rafael DOMINGO de la Universidad de Navarra, he tenido el privilegio de redactar la nota biográfica de Eric KAUFMANN y Otto MAYER.

³ Esto no son frases gratuitas *vid.* los ejemplos en *Caso, regulación y sistemática jurídica/concesión de obra pública y dominio público, Estudio preliminar de GALLEGO ANABITARTE* al libro de Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ: *Obra pública y medio ambiente/ el Estado y la Administración ante el territorio*, 2002.

los mismos, pero siempre surgen matices, especialmente con la cuestión de la potestad reglamentaria del Ministro y su relación con el R. Decreto.

- STS de 26 de octubre de 1999, Rec. Cas. núm. 6929/95 (Az. 1391/1999): se admite cierta flexibilidad en la aplicación del art. 129.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre la intervención de la Secretaría General Técnica, en la elaboración de disposiciones de carácter general y se reitera que en el caso de los **reglamentos no ejecutivos**, esto es: “independientes, autónomos y reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno, así como los reglamentos de necesidad” (FdH. 4º), **no se exige el dictamen preceptivo del Consejo de Estado**⁴. Se trataba de un Decreto regional, sobre las condiciones de ejercicio de la Dirección General de la Radio Televisión de una Comunidad Autónoma que tiene su base en el art. 10.3 de la Ley 4/80 de Radio Televisión y que tiene un auténtico carácter organizatorio, y por tanto no es un reglamento ejecutivo que directa y concretamente desarrolle la ley.
- STS de 29 de mayo de 2000, Rec. Cas. núm. 1276/94, (Az. 5125/2000). En contra de lo que dijo la Sentencia de instancia, el Tribunal Supremo mantiene que un Decreto sobre creación y funciones de los Consejeros asesores técnicos de la Consejería de Sanidad, aunque sea un **reglamento autónomo** en este caso sí parece necesario someterlo a la **audiencia de las entidades interesadas**, cosa que no se hizo, aunque como reglamento autónomo no está sujeto al dictamen preceptivo del Consejo de Estado.
- STS de 1 de marzo de 2001, Rec. Cont.-Admvo. núm. 413/96, (Az. 3071/2001). Tiene interés esta Sentencia, porque estima un recurso contra un exceso (*ultra vires*) del Gobierno al refundir unos textos legales para aprobar un texto refundido (Propiedad intelectual).
- STS de 22 de junio de 2001, Rec. Cas. núm. 5952/94, (Az. 6394/2001). Se anula una Orden Ministerial por infringir un Decreto en virtud del principio de **jerarquía normativa** (regulación de la renovación de Consejos de Centros de Profesores).
- STS de 5 de diciembre de 2001, Rec. Cas. núm. 9553/97, (Az. 9498/2001). Se trata de una Orden que **extinguió el servicio de previsión mutualista** del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. El Tribunal señala que estamos ante una Orden que dicta el Ministro con plena competencia (art. 14.3 LdRég.Jurídico), hoy como sabemos art. 4.1.b) LdG y 12.2.a) de la LOFAGE, que se fundamenta en el art. 560 del Reglamento Hipotecario, que atribuye al Colegio de Registradores la naturaleza de Corporación de Derecho Público subordinada jerárquicamente al Ministerio de Justicia. El Tribunal considera que esta Orden es “típico supuesto de **potestad doméstica**” inherente a las atribuciones del jefe del Departamento.
- STS de 2 de enero de 2002, Rec. Cas. núm. 4901/1995, (Az. 9407/2002). Se fiscaliza un Decreto del Gobierno de una Comunidad Autónoma sobre la revisión del **Plan de Saneamiento** de la zona A para el año 1993. Este Decreto no se sometió al preceptivo informe de la Comisión Jurídica Asesora, y fue anulado por el Tribunal de Instancia por esta razón. La Administración alegó que el Decreto **no era un reglamento o disposición de carácter general de desarrollo para la ejecución de la ley**, en contra de lo así afirmado por el Tribunal de Instancia. El Tribunal Supremo no puede entrar en esta materia, porque es interpretación de Derecho autonómico que no está sujeto a la revisión casacional del Tribunal Supremo. Es curioso la pretensión de

⁴ No se entiende la referencia al reglamento de necesidad, obsoleta expresión de Lorenz v. STEIN (vid. mi libro *Ley y Reglamento*, 1971, pág. 39 y ss., 43 y ss., 280 y ss.).

la Administración de que se separe el Decreto en dos partes diferenciadas, para poder conservar una parte legal. El Tribunal Supremo, no admite esta petición, por ser cuestión nueva.

– STS de 14 de marzo de 2002, Rec. Cas. núm. 320/1996, (Az. 4381/2002). Se confirma la legalidad de una Orden Ministerial que aprobó el **Proyecto de zona de servicio** de determinado puerto, frente a la alegación del recurrente de que había sido la Junta de Puerto y no el Ministro quien había aprobado la regulación de la zona de servicio. Por cierto que el plan de utilización de los espacios portuarios, es un típico caso de atribución legal de la ley al Ministro (art. 15 Ley de Puertos de 1992), materia ésta que ha dado lugar a una relevante jurisprudencia sobre la competencia del Ministro en la regulación de tarifas y cuantificación de las liquidaciones (*vid. infra IV b) marginal 15 y ss.*)

– STS de 27 de mayo de 2002, Rec. Cas. núm. 666/1996, (Az. 6672/2002). Se trata de un Decreto autonómico sobre **ordenación de la Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios** de una Junta Regional. Tiene especial interés porque expone que la distinción entre **reglamentos ejecutivos y organizativos**, fue iniciada por un sector doctrinal para justificar la existencia de reglamentos independientes y continuada por la doctrina del Consejo de Estado, para determinar el ámbito de la necesidad o no de dictamen de este órgano consultivo. La Sentencia añade que esta distinción, fue recogida en la jurisprudencia constitucional en orden a la determinación del alcance del término **legislación** frente a **ejecución**; señala más adelante que la jurisprudencia constitucional, incluye en la potestad ejecutiva la aprobación de **reglamentos de organización**. Sin perjuicio de los posibles matices a la explicación histórica de esta clasificación de reglamentos⁵, la Sentencia considera que aunque se esté ante un reglamento de organización, esto no es “obstáculo para la nulidad de aquellos aspectos de la disposición reglamentaria que pudieran entrar en contradicción con preceptos de la legislación estatal en la materia, ni cubriría aquellos **preceptos del reglamento que por producir efectos “ad extra”** (hacia el exterior) deba considerarse que exceden del ámbito estricto de la potestad ejecutiva”. Sin juzgar la tesis jurisprudencial, la exposición no es clara: los reglamentos ejecutivos se han definido anteriormente (FdD 11º), como aquellos que desarrollan la ley y son complementarios de ésta, que obviamente tienen efectos *ad extra*. **Esto es una prueba de la gran confusión del lenguaje** en esta materia: la potestad **ejecutiva** frente a la legislación abarca la potestad de organización interna, y los reglamentos **ejecutivos** son los reglamentos que desarrollan la ley. Sin perjuicio de reconocer el enorme esfuerzo de los Tribunales, es obvio que aquí no hay un fundamento sólido ni claro para construir un Derecho público sistemático y coherente. En este caso el Tribunal Supremo revocó la Sentencia de Instancia que había anulado el Decreto por falta de audiencia a las entidades interesadas (Colegios Profesionales) pero esto estaba subsanado porque la Administración se había dirigido

⁵ Como creo que fui uno de los primeros autores que defendió la existencia de reglamentos independientes, tanto bajo la Ley Orgánica del Estado, como bajo la Constitución de 1978, no me veo reflejado, en absoluto, en la afirmación de esta Sentencia: los reglamentos independientes, *praeter legem*, no son siempre de organización sino que pueden regular y regular materias que afectan a los ciudadanos, pero que no están regidas por normas legales ni sujetas a reservas legales, *vid. mi análisis antiguo*, pero válido, GALLEGO ANABITARTE– DE MARCOS, *Derecho Administrativo I, Materiales*, 1996, pág. 72 y ss. El dualismo reglamentos ejecutivos y organizativos es un reflejo de la dicotomía jurídica alemana: reglamentos jurídicos y reglamentos (disposiciones) administrativos, que se basa en un arbitrario concepto de norma jurídica (lo que afecta a la libertad y propiedad), cuya recepción en España no está en absoluto justificada (*loc. cit.* y obra citada en nota 1).

a la Federación de Colegios profesionales del sector farmacéutico que abarcaba todos los colegios, para que emitiesen su dictamen.

– STS de 7 de octubre de 2002, Rec. Cont. Admvo. núm. 48/1999, (Az. 9277/2002). Tiene interés porque el Tribunal Supremo considera que es fiscalizable la **omisión ilegal de no dictar un reglamento** por parte de la Administración, cuando está obligada a hacerlo.

Junto a esta selección de Sentencias –nada sistemática– pero que pretende reflejar la evolución de la situación actual de la cuestión sobre la potestad reglamentaria, hay que señalar que, recientemente también se han producido Sentencias importantes sobre la relación entre Consejo de Ministros y Ministros sobre la potestad reglamentaria, a la que hacemos referencia en otro lugar, en materia de tarifas y dominio público portuario (*infra IV, b) marginales 15 y ss.*)

No he encontrado hasta julio de 2001, sentencias del Tribunal Constitucional que alteren lo que se expone en estas páginas (*vid. infra IV, epígrafe o marginal 3*)

2. ANÉCDOTA LINGÜÍSTICA

No puedo por menos, citar una reciente ley. La Ley 23/2003 de 10 de julio de Garantías en la venta de bienes de consumo (BOE de 11 de julio de 2003), tiene unas cláusulas finales de autorizaciones normativas, que realmente son una joya de alegría y de falta de coherencia del legislador. Dice así la primera:

Disposición final cuarta. *Habilitación al Gobierno*. Se habilita al Gobierno para que en plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

Evidentemente esto no es la usual *habilitación* de la que se habla, cuando se autoriza al Gobierno a dictar reglamentos ejecutivos, sino que es la típica delegación legislativa regulada en el art. 82 de la CE, delegaciones legislativas que dan lugar a textos refundidos (regularizar y aclarar, etc.) o desarrollo de leyes de bases. La palabra *habilitación* se ha puesto de moda en los últimos tiempos, en virtud de una fatal comprensión de la potestad reglamentaria en España. La *habilitación* quiere expresar que, sin un específico *apoderamiento*, el Gobierno no puede dictar normas reglamentarias⁶. Pero esto no es correcto, el Gobierno tiene potestad reglamentaria originaria y no necesita ningún poder, *apoderamiento* o *habilitación* de la ley para dictar reglamentos ejecutivos y también *praeter legem* nunca *contra legem*. En puridad, la

⁶ Yo creo que esto es influjo del Derecho alemán. La Ley Fundamental de Bonn, art. 80.1 dispone la necesidad de una *Ermächtigung* (Macht, poder, apoderar) de la Ley para que el Gobierno pueda dictar reglamentos jurídicos. Precisamente el posterior traslado de esa *Ermächtigung* se designa como *subdelegación*; el primero (Ley a Gobierno) sería la *delegación*. Nada de esto ocurre en España. En la doctrina alemana (*vid. MAUNZ-DÜRIG* y otros, *Grundgesetz Kommentar*, art. 80, *marginal 43*; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* II, 1980, pág. 664 ss.; OSSENBUHL *Handbuch des*

idea del necesario y expreso apoderamiento, sí es válida para la legislación delegada, regulada en el art. 82 de la CE, supuesto que en esta la Ley se designa como *habilitación*, descubriendo el sentido que da el lenguaje jurídico utilizado hoy a la palabra *habilitación*: *hacer capaz a alguien de hacer algo que no estaría por sí mismo autorizado a hacer*.

La segunda ocurrencia del legislador en la mencionada Ley 23/2003, es la economía del lenguaje: no se utiliza la palabra *habilitación*, para lo que es un supuesto típico de *habilitación*, según la doctrina y jurisprudencia dominante.

Disposición final quinta: Desarrollo reglamentario. 1. Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de esta Ley. 2. El Gobierno determinará los bienes de naturaleza duradera a que se refiere el apartado 5 del artículo 11 de esta ley.

Esta es la típica autorización legal para ejercer la potestad reglamentaria, autorización *prima facie* innecesaria, puesto que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria y su único límite en el sistema español es la primacía y reserva de ley, derechos fundamentales⁷. Es para este supuesto, al que indebidamente se ha extendido la terminología de que la ley: “*habilita* al Gobierno a dictar reglamentos”. Aquí está una idea de apoderamiento, de delegación de la competencia reglamentaria que es totalmente ajena a la tradición de la potestad reglamentaria del Gobierno en España y además radicalmente contraria al sistema del art. 97 de la CE. La terminología tradicional era “*autorización*”, cláusula de estilo usualmente innecesaria, porque el Gobierno en España ha ostentado desde 1812 la competencia para dictar reglamentos *conducentes a la ejecución de las leyes*.

Esto es una anécdota lingüística, pero nunca se repetirá lo suficiente la enorme importancia que tiene para el Derecho, el **formalizar el lenguaje** jurídico, ya que esta precisión conceptual permite por lo menos centrar con facilidad las cuestiones y saber de lo que se está hablando.

Pero tiene quizá más importancia, dedicar estas páginas para la presentación de este Seminario a una cuestión que ha adquirido recientemente cierta importancia aunque su estudio viene de lejos: la potestad reglamentaria de los Ministros.

Staats- Rechts III, 1988, pág. 401 y ss. (marginal 30 y ss.). Para el problema de la intervención del legislador en el reglamento dictado por delegación, con mucho detalle *vid.* A. UHLE, *Parlament und Rechtsverordnung*, 1999, pág. 45 y ss., aunque no parece estudiar la subdelegación. La subdelegación en Alemania no significa que el delegante pierda su poder reglamentario, sino que puede revocar en cualquier momento la subdelegación e imponer su voluntad sobre el subdelegado. Aunque parece que la doctrina alemana (*loc. cit.*) mantiene que la delegación y la subdelegación son “*conservierend*” y no “*devolvierend*”; la diferencia parece clara por la entidad del declarante: en un caso es el legislador y en otro es un órgano superior de la Administración que está obligado a controlar la correcta ejecución de la Ley. La subdelegación parece más bien una delegación impropia, esto es, para el mero ejercicio.

⁷ El punto 2 atribuye expresamente al Gobierno regular una cuestión, lo cual impide que esta regulación la hiciera el Ministro, en virtud de su potestad reglamentaria general [LdG 4.1 b), y LOFAGE, 12.2 a)], respetando la primacía y reserva de Ley.

III. LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTRO, SALVO QUE UNA LEY EXPRESAMENTE LE AUTORICE

1. EXPOSICIÓN

1. Se ha publicado no hace mucho un estudio en el que se mantienen las siguientes tesis⁸ sobre la cuestión que aquí nos interesa:

– La Constitución en su art. 97 atribuye la potestad reglamentaria al *Poder Ejecutivo* (pág. 350).

Esto es una formulación imprecisa, ya que el Poder Ejecutivo no existe en la Constitución, sino que lo que existe es el Gobierno y la Administración, abandonando nuestra Constitución la visión irreal y formalista de un simple poder-órgano que ejecuta las leyes.

– A continuación, el autor señala que la Ley 21/92 de Industria, en su art. 12.5 dispone que, el Gobierno aprobará los Reglamentos de Seguridad Industrial; después analiza las diversas técnicas para su aprobación, lo que él llama remisión rígida, reenvío abierto, etc. que no interesa en el presente contexto. Estas reflexiones pretenden demostrar que los sujetos privados participan o aprueban ciertos instrumentos normativos (pág. 352).

– Al hilo del art. 97 CE, el autor reflexiona sobre la potestad reglamentaria del Gobierno y de los Ministros, y también de las llamadas Administraciones independientes, haciéndose eco de varias interpretaciones para fundamentar la competencia reglamentaria de los Ministros (pág. 354-355).

– Cita el autor la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/92 de 5 de octubre, haciéndose eco de cierta interpretación doctrinal, según la cual el Gobierno, en el art. 97 CE, no es solamente un órgano colegiado específico, el **Consejo de Ministros**, sino que éstos mismos Ministros que lo componen y otras instituciones como el Banco de España, tesis que el autor rechaza expresamente (pág. 358), como había hecho yo mismo en 1996 (*vid. infra IV, ep. 17, passim*).

– Cita el autor el Fundamento Jurídico 3º de la STC 135/92, en la que el Tribunal Constitucional afirma que “la **desconcentración** de la potestad reglamentaria es posible formalmente y en muchas ocasiones necesaria” (pág. 356), pero el autor no saca ninguna conclusión de este argumento del TC, y habla en todo momento de **delegación**.

⁸ Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *La capacidad normativa de los sujetos privados*, Revista española de Derecho Administrativo nº 99, año 1998, pág. 343 y ss. Como su propio título indica la preocupación del autor es fundamentalmente, estudiar el problema de normas vinculantes dictadas por sujetos privados, y muy en concreto las normas técnicas. En mi opinión, ésta cuestión está relacionada con una visión de la Administración moderna que afirma cómo lo público y lo privado está “entremezclado” o más exactamente que hay un “entrecruzamiento” de lo público y lo privado. A mi juicio, en primer lugar, el problema se magnifica, lo cual da lugar a unas observaciones desorientadoras sobre la separación de poderes, y en segundo lugar, en un análisis riguroso no hay tal “entrecruzamiento” sino que el Estado hace unas cosas y autoriza a los particulares a que haga otras (en algunos supuestos autorregularse). Pero en fin, esto no interesa ahora.

– Fijándose en el último inciso de la segunda frase del art. 97 CE “de acuerdo con la Constitución y las Leyes”, el autor concluye que hay que tener en cuenta, cuáles son las determinaciones legislativas sobre la potestad reglamentaria, porque el poder reglamentario está condicionado por la existencia de una ley formal “que le habilite para entrar en la materia” (pág. 356). Esto como veremos es relativamente cierto, pero debe ser sustancialmente matizado, como ya se ha indicado en las páginas anteriores (*supra* II, b). Señala este autor (*ibidem*), que el art. 23 de la Ley 50/97 del Gobierno se proscribe “cualquier regulación de la materia por el reglamento por conferirse la misma de manera monopolítica (debe ser monopolística) al legislador”. El art. 23 –y hay que precisar, apartado 2– de la Ley 50/97 contiene la prohibición para los reglamentos de fijar infracciones, penas, sanciones, tributos, cánones, etc.; pero ésta prohibición ha quedado tan matizada por la Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo (sobre todo en el ámbito local), que hablar aquí de monopolio del legislador es desorientador: ante la reciente y consolidada afirmación de la “colaboración” del Reglamento con la Ley en todos los ámbitos, el supuesto monopolio no esta de acuerdo con la realidad.

– La tesis siguiente (pág. 357) es que la prohibición contenida en el art. 82 de que no está permitida la **subdelegación de la delegación** legislativa de las Cortes al Gobierno, en autoridades distintas del propio Gobierno, permite deducir según este autor, que sí es posible la delegación de la potestad reglamentaria del Gobierno en otras autoridades, ya que no está expresamente prohibida por la Constitución. Para fundamentar esta tesis el autor, trae a colación el ejemplo alemán: el art. 80.1 de la Ley fundamental de Bonn prevé expresamente que la delegación en la Ley en que el Gobierno federal y un Ministro puede ser delegada posteriormente en otras autoridades, pero para ello es necesario que dicha subdelegación esté prevista expresamente en la ley y además que esté contenida en un reglamento cuando se efectúe.

2. La referencia al Derecho alemán es, a mi juicio, un grave error, porque la potestad reglamentaria del Gobierno alemán no es originaria sino que se ejerce por delegación, sistema radicalmente diferente al español, como ya se ha dicho [*vid. supra* en II b), texto y nota].

3. – Acercándose ya a su tesis fundamental, el autor cita el art. 12 de la Ley 30/92 sobre la irrenunciabilidad de la competencia; **el art. 13.2 de dicha ley que prohíbe la delegación para “la adopción de disposición de carácter general”, así como el art. 20.3 de la Ley del Gobierno, que prohíbe la delegación de las competencias atribuidas directamente por la Constitución** entre las que destaca la potestad reglamentaria que se confiere directamente al Gobierno por la Constitución. La conclusión de estos artículos, para este autor, es:

“No puede subdelegarse las competencias reglamentarias *salvo que una ley expresamente lo permita*” (pág. 358).

... “sin una habilitación legal expresa no podrá subdelegarse por el Gobierno la posibilidad de adoptar normas reglamentarias a ninguna otra autoridad o Administración (*loc. cit.*), incluyendo esta prohibición la “habilitación” al Ministro por un Decreto gubernamental (pág. 359, *passim*).

– El autor cita entonces el art. 4.1.b) (no 4.b) de la Ley del Gobierno, sobre la potestad reglamentaria del Ministro en las materias propias de su Departamento, que sin ser muy analizado, queda reducido a un supuesto ámbito interno o de mera organización, de acuerdo con la interpretación no infrecuente, y desde luego a mi juicio, no correcta. No cita la otra declaración de potestad reglamentaria ministerial genérica, que se encuentra en el art. 12.2.a) Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), 1997.

– Esta tesis de la ilegalidad –salvo expresa previsión legal– de una “habilitación” por el Gobierno al Ministro para ejercer la potestad reglamentaria, es extendida a toda la cuestión de los Reglamentos de Seguridad Industrial y normas técnicas: el art. 12.5 de la Ley 21/1992 de Industria, atribuye exclusivamente al Gobierno la aprobación de los Reglamentos de Seguridad Industrial, y por lo tanto no cabe la “delegación” de esta competencia en los Ministros, como es lo frecuente (el R. Decreto correspondiente faculta al Ministro a modificar y adecuar la normativa en vigor a la nueva normativa técnica).

Dejemos de lado ahora (*vid. infra*, margs. 7 y ss.) la validez de las categorías “delegación”, “habilitación”, para explicar la autorización de la Ley al Gobierno para dictar reglamentos, y la autorización del Gobierno al Ministro [*supra*, II b), nota 6, e *infra*, 7 y ss.]. Lo que es interesante subrayar para constatar la diversidad de posturas, es que **incluso una previsión legal de que el Ministro dicte reglamentos**, no ha impedido al Tribunal Supremo anular Órdenes reglamentarias argumentando que se ha obviado indebidamente el escalón del Decreto reglamentario (*vid. infra*, marg. 19), y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre algunos aspectos de esta cuestión (*infra*, IV, 3 y ss.). La incorporación de este material jurisprudencial hubiera sido interesante, a mi juicio, en el trabajo que acabamos de sintetizar.

2. CRÍTICA

4. Así pues, la tesis de este trabajo, sintéticamente referido, es que, en virtud de los art. 13.2 de la Ley 30/92 y 20.3 de la Ley del Gobierno, si no hay ley expresa el Ministro no puede dictar normas reglamentarias porque esta “delegación” (o “subdelegación”) está prohibida por las citadas leyes. Pero esto es, a mi juicio, un argumento incorrecto que parte implícitamente de una delegación de la Ley al Gobierno y del Gobierno al Ministro para dictar reglamentos. Esto será en Alemania (*supra* nota 4), pero no en España: el Gobierno aquí no dicta reglamentos por un acto expreso de habilitación, delegación o apoderamiento, etc. de la ley, sino por **atribución directa constitucional**; su único límite: la primacía y reserva de ley. Las cláusulas legales de autorización al Gobierno para la ejecución de las leyes, son usualmente innecesarias, aunque otras veces modulan o circunscriben la potestad originaria del Gobierno. El Decreto reglamentario del Gobierno no *delega* en el Ministro la facultad de dictar normas de desarrollo y aplicación del reglamento general, sino que el Ministro tiene una **competencia legal genérica** para ejercer la potestad reglamentaria de acuerdo con los art. 4.1.b) Ley del Gobierno y 12.2.a) LOFAGE, ambas de 1997: “*en las materias propias de su Departamento*”, “*en los términos previstos en la legislación específica*”. Su único límite la primacía de la ley (y normas superiores, RR. Decretos) y la reserva de ley.

5. – Centrándose ya en el objeto primordial de su estudio, el autor (pág. 359), como ya hemos indicado, señala que el art. 12 de la nueva Ley de Industria de 1992, atribuye al Gobierno la aprobación de los Reglamentos de Seguridad Industrial, y no contiene, según este autor, ninguna cláusula para poder “subdelegar” fuera de él esta competencia.

Reparo: el Gobierno regula y desarrolla la materia de seguridad industrial, de forma directa y genérica, tras lo que, de acuerdo con la Ley del Gobierno y LOFA-

GE, interviene el Ministro para dictar las normas de desarrollo y aplicación, de acuerdo con la **legislación específica**, que es la Ley de Industria y los RR.DD. que la desarrollan (por ej. el R.D. 2200/1995). *Prima facie*, a nuestro juicio, esto es correcto.

6. La afirmación de que sin una ley que expresamente lo autorice, es ilegal que el Gobierno “delegue en el Ministro” la facultad de dictar normas de desarrollo y aplicación, porque ésta delegación está prohibida por los artículos ya citados 13.2.b) de la Ley 30/92 y 20.3.a) de la Ley del Gobierno, según los interpreta este autor, en mi opinión no es correcta y se fundamenta en un sistema constitucional que no es el español.

7. El concepto de la **delegación** regulado en la Ley 30/92 (art. 13) y Ley del Gobierno (art. 20), igual que en el caso del art. 22 (delegación de atribuciones) de la LdRég. Jurídico de 1957 y de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 4, 41, 93 y 118), es la llamada *delegación impropia*, es decir, la delegación para el *mero ejercicio* ya que el delegado actúa en nombre del delegante eso es, *nomine alieno*, sin alterar el orden competencial. No se trata de una *delegación propia*, en la que el delegado actúa en su nombre y por su cuenta y que supone un cambio en el orden objetivo competencial. En cambio el sujeto que actúa por **desconcentración** ejerce la competencia como propia, lo que no ocurre en el supuesto de la delegación impropia, y que es, *prima facie*, a la que se refiere los preceptos de las Leyes de 1957, 1958, 1992 y 1997⁹

Por esto, no es adecuado citar la prohibición de delegación del art. 13.2.b) de la Ley 30/92 y art. 20 de la LdG, para calificar de ilegal la autorización de un R. Decreto para que el Ministro desarrolle reglamentariamente dicho Decreto, porque el Ministro no actúa por cuenta y en nombre del Consejo de Ministros o Gobierno (que es el caso de la delegación impropia regulado en dicho art. 13 de la Ley 30/92) sino que el Ministro actúa en su propio nombre al aprobar la Orden reglamentaria.

Por otra parte la prohibición del art. 20.3.a) de la Ley del Gobierno no afecta a la potestad reglamentaria del Ministro, en el caso de que no hubiese una ley expresa que le autorice. Como se ha dicho, el Ministro ejerce potestad reglamentaria “de acuerdo con las leyes” (art. 97 CE 2ª frase): el Ministro ejerce esta competencia de acuerdo con la ley, esto es la LOFAGE art. 12.2.a) y la Ley del Gobierno art. 4.2.1.b) y la *legislación específica* (Ley –aunque ésta no autorice expresamente al Ministro– y decreto reglamentario sectorial, siendo este decreto el que usualmente autoriza al Ministro). No hay delegación ni desconcentración, sino atribución legal de competencia.

8. Resultado: a mi juicio, carece de fundamento la argumentación de que, salvo ley expresa que modifique la prohibición de delegar contenida en la Ley del Gobierno y la Ley 30/92, no cabe que el Gobierno “delegue” en el Ministro, porque el Gobierno no delega en el Ministro, sino que éste actúa en virtud **de su propia com-**

⁹ Vid. sobre la delegación propia e impropia, GALLEGO ANABITARTE y OTROS, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, 2000, pág. 62 ss.

petencia legal para dictar reglamentos en su propio nombre [art. 4.1.b) LdG y 12.2.a) LOFAGE] y en la materia de su Departamento respetando la primacía de ley (y del R. Decreto) y la reserva de ley. A lo sumo, el R. Decreto del Gobierno efectúa una desconcentración –que tendría un teórico apoyo en el art. 12.2 de la Ley 30/92– en el Ministro, pero no una delegación, tal como se regula esta institución en el art. 13 de la Ley 30/92 (y art. 20 de la Ley del Gobierno).

9. – El autor cierra su argumentación afirmando que si el art. 12.5 de la Ley de Industria, otorga competencia sólo al Gobierno para aprobar Reglamentos de Seguridad Industrial, el Gobierno no puede ceder ésta facultad al Ministro (pág. 365) salvo que una ley así lo prevea, porque está prohibida la delegación, según este autor, de acuerdo con la Ley del Gobierno y la Ley 30/92.

Y para terminar este análisis crítico: el Gobierno no delega en el Ministro nada, sino que al autorizar al Ministro a dictar normas de desarrollo y aplicación del Decreto reglamentario, lo que hace es **actualizar o determinar una competencia que tiene ya el Ministro**, competencia cuyos límites son el principio de legalidad en sus dos vertientes, primacía y reserva de ley, que naturalmente supone respetar, no ya el propio R. Decreto reglamentario que desarrolla la ley, sino cualquier ley o decreto reglamentario (jerarquía, principio de legalidad). Y bien claro está en el R. Decreto 2200/95, núm. 195 de 28 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial:

Disposición final segunda

Se faculta al Ministro de Industria y Energía, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación del presente real decreto.

3. CONCLUSIÓN

10. Aquí se cierra la cuestión, que ha estado centrada principalmente en la, a mi juicio, incorrecta afirmación de que salvo ley expresa el Ministro no puede dictar reglamentos, ni aún cuando un Decreto reglamentario le autorice¹⁰ salvo que la Ley prevea dicha competencia reglamentaria del Ministro. Aparte de la crítica a esta tesis, hay que señalar que incluso a una Ley, según cierta doctrina jurisprudencial (*vid. infra IV b*), le está prohibido autorizar al Ministro para dictar normas de desarrollo (para la ejecución) de dicha ley, y en su caso, las autorizaciones (delegaciones, dice la jurisprudencia, a veces) legales al Ministro deben ser para asuntos concretos y determinados, si bien, esta afirmación debe ser matizada (*infra loc. cit.*).

La cuestión es otra, como veremos sistemáticamente, a continuación (*infra IV*); el cuadro es: *Ley*, *R. Decreto* del Gobierno que desarrolla la ley para su ejecución [art. 97 CE, y art. 5.1 h), primer inciso, LdG], y *Orden* aprobando normas para su

¹⁰ El trabajo mencionado estudia a parte de esta cuestión, el problema de las normas técnicas elaboradas por los organismos de control o por entidades privadas que son asumidas después de diversa manera por el Estado. Esto es el problema de supuestas funciones públicas ejercidas por particulares, que no interesan en el presente contexto.

aplicación: no hay *delegación* ni *desconcentración* en el Ministro, sino atribución directa y genérica de competencia reglamentaria ministerial en virtud de Ley [Ley del Gobierno, art. 4.1 b)] y atribución específica de competencia en el Ministro [LOFAGE, art. 12.2 a)], competencia actualizada y delimitada por la *legislación específica* (Ley y R. Decreto sectoriales).

Por otro lado, las *reglamentaciones técnicas* se suelen aprobar por Real Decreto, que a veces incluyen como Anexo Instrucciones o Prescripciones técnicas. Y es bien cierto, como se destaca en el estudio que se ha analizado, que son usuales remisiones a normas técnicas que han sido elaboradas por entidades privadas (normalización). Pero esto es un tema que ya sabemos desde hace tiempo¹¹. En cuestiones de técnica y ciencia, es evidente que son los actores (fabricantes, investigadores, etc.) los que tienen que establecer cuál es la situación que, por otra parte, es mudable, como lo demuestra la cláusula que se ha hecho usual, no solo ya en la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo (art. 141.1), sino en otras leyes como en algunas autonómicas sobre Residuos (una especie de cláusula de progreso impuesta a los gestores, etc): *estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica*.

11. Para contribuir a la cuestión planteada en el trabajo que se ha analizado en las páginas anteriores, vamos a hacer un breve repaso a la normativa sobre reglamentos de seguridad industrial y normas técnicas.

– En el **R. Decreto 1407/1992** de 20 de noviembre, que aprueba las condiciones para la comercialización y libre circulación intracomunitaria de los equipos de protección individual, se establece en su Disposición Transitoria que:

“... hasta el 31 de diciembre de 1992 los equipos de protección individual para los que no se hayan elaborado aún normas armonizadas, podrán continuar ajustándose a las especificaciones técnicas definidas en las Normas Técnicas Reglamentarias en vigor”.

En las Disposiciones Finales, segunda y tercera, declaran:

“*Segunda.* Se faculta al Ministro de Industria, Comercio y Turismo, previo informe del de Trabajo y Seguridad Social, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo del presente Real Decreto, y asimismo para adecuar, en su caso, el ámbito temporal de la Disposición Transitoria única a lo que puedan establecer disposiciones de la CEE.

Tercera. El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo publicará por resolución del centro directivo competente en materia de seguridad industrial con carácter informativo la lista de normas armonizadas, así como las normas UNE por las que se trasponen éstas”.

Por Resolución de 18 de marzo de 1998 se aprobó el listado de normas armonizadas por Resolución de la Dirección General de Tecnología y Seguridad Industrial, y no por el Ministro, ya que la Disposición final tercera transcrita facultaba al Ministerio en general, y no al Ministro. Por otra parte, es evidente que al Ministro se le

¹¹ Tuve el privilegio en 1990-1991, de ser contratado por el entonces MINER y participar en borradores de anteproyectos de los que después sería la Ley de Industria 21/92 de 26 de julio, y la elaboración de diversos dictámenes de Derecho comparado sobre esta materia, así como también sobre Energía, Minería y Medio Ambiente, etc.

otorga una competencia para completar el ámbito temporal de la entrada en vigor de determinadas normas técnicas, que está fijado en principio, en el R.D., además de la usual facultad reglamentaria de desarrollo del R.D.

Por **R. Decreto 3089/1982 de 15 de octubre** (antes de la aprobación de la Ley de Industria de 1992), se estableció la sujeción a normas técnicas que se determinen por el Ministerio de Industria y Energía, de radiadores y convectores.

Por Orden de 10 de febrero de 1983, se aprobaron dichas normas técnicas con su correspondiente Anexo. Por R. Decreto 1630/1992 de 29 de diciembre, se aprobaron las disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE; la Disposición final cuarta de este R. Decreto facultaba a los Ministros de Obras Públicas y de Industria, en el ámbito de sus respectivas competencias, a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y cumplimiento del presente R. Decreto. Por R. Decreto 1328/1995 de 18 de julio, hubo que actualizar, en virtud de una nueva Directiva, el anterior R. Decreto. Por último, por Orden de 21 de junio de 2000 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, se modificó el Anexo de la Orden de 10 de febrero de 1983 para adecuarlo a las nuevas especificaciones técnicas contenidas en diversas normas.

Este es un buen ejemplo de la regulación complementaria, por Decreto y por Orden Ministerial.

– El **R. Decreto 2085/1994** de 20 de octubre, sobre instalaciones petrolíferas, aprueba el Reglamento que establece las *especificaciones técnicas* que deben reunir las instalaciones petrolíferas. Además, se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria, que establece “las prescripciones técnicas en relación con la seguridad, a que han de ajustarse el proyecto, etc.”.

Pues bien, en el art. 10 de dicha norma se ordena que:

“1. La referencia a normas que se realice en el presente Reglamento, y sus instrucciones técnicas complementarias, se entenderá sin perjuicio del reconocimiento de las normas correspondientes admitidas por los Estados miembros de la UE...”

2. El Ministro de Industria y Energía actualizará periódicamente las normas a que se hace mención en el apartado anterior, de acuerdo con la evolución de la técnica y cuando las normas hayan sido revisadas, anuladas o se incorporen nuevas normas”.

Tiene interés este R. Decreto porque en su Exposición de Motivos se hace expresa referencia al art. 12 de la Ley 21/1992 de Industria, que como sabemos atribuye al Gobierno la competencia para aprobar los Reglamentos de Seguridad Industrial. Es evidente que el art. 10 transcrito autoriza al Ministro de Industria a **actualizar** periódicamente las normas técnicas que han sido aprobadas por el mencionado R. Decreto, tanto las mencionadas en el Reglamento como en la Instrucción Técnica Complementaria.

– El **R. Decreto 2106/1996** de 21 de septiembre, sobre edulcorantes utilizados en los productos alimenticios, en su *Disposición final primera. Facultad de adecuación normativa*, dispone:

“Se autoriza al Ministro de Sanidad y Consumo para dictar en el ámbito de sus competencias las disposiciones necesarias para la **adecuación de este Real Decreto a las modificaciones que se deriven de la actualización técnica de las normas comunitarias**”.

Por Orden de 5 de abril de 2001, el Ministerio de Sanidad y Consumo puso en práctica esta facultad, y a la vista de diversas modificaciones, y como consecuencia de la evolución de la normativa comunitaria en esta materia recogida en diversas Directivas, y de la necesidad de protección de la salud de los consumidores, se aprobaron unas nuevas normas de identidad y pureza de los edulcorantes utilizados en productos alimenticios.

– Por **R. Decreto 571/1999** de 9 de abril, se aprobó la reglamentación técnica sanitaria sobre producción y comercialización de moluscos bivalvos vivos. La Disposición final primera contiene la facultad de desarrollo a los Ministros de Sanidad y de Agricultura, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar normas y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento y aplicación del presente R. Decreto.

– Por **R. Decreto 786/2001** de 6 de julio, se aprobó el Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales. Su *Disposición final primera. Desarrollo normativo*, dispone:

“*Uno.* Se faculta al Ministro de Ciencia y Tecnología para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y cumplimiento del presente Real Decreto”.

También se faculta a este Ministro a sustituir los valores establecidos en el Apéndice del Reglamento aprobado por este R. Decreto en relación con el Derecho comunitario por la aplicación de la Directiva 89/106/CEE, que ordena la aproximación de las disposiciones legales, etc., de los diversos Estados miembros.

En el art. 15 del Reglamento se menciona el Apéndice 4 del Reglamento, que contiene las normas técnicas que reflejan el estado de la técnica aplicable a estas instalaciones. Y se faculta y ordena al Ministro de Ciencia y Tecnología a que por Orden publique el listado actualizado de las normas, de acuerdo con su nueva edición.

– Por último, el **R. Decreto 842/2002** de 2 de agosto, aprueba el Reglamento electrónico para baja tensión, y su *Disposición final segunda. Habilitación al Ministro de Ciencia y Tecnología*, es del siguiente tenor:

“Se faculta al Ministro de Ciencia y Tecnología para que, en atención al desarrollo tecnológico y a petición de parte interesada, **pueda establecer, con carácter general y provisional, prescripciones técnicas, diferentes de las previstas en el Reglamento o sus instrucciones técnicas complementarias (ITCs)**, que posibiliten un nivel de seguridad al menos equivalente a las anteriores, en tanto se procede a la modificación de los mismos”.

Esta parece ser la cláusula más avanzada en la línea de facultar al Ministro correspondiente competente, para modificar y adecuar las prescripciones técnicas que han sido aprobadas por R. Decreto a los nuevos conocimientos de la Ciencia y de la Técnica.

12. Naturalmente, según la tesis del trabajo que ha sido analizado aquí, esto es una flagrante ilegalidad, puesto que la Ley de Industria, art. 12.5, atribuye la competencia para aprobar los Reglamentos de Seguridad Industrial al Gobierno, y no al Ministro. Es evidente que en todas estas cláusulas que se han recogido anteriormente, se autoriza al Ministro a adecuar, adaptar y modificar reglamentaciones técnicas que han sido aprobadas por R. Decreto, de acuerdo con el estado actual de los conocimientos de la Ciencia y de la Técnica.

Resumiendo lo dicho anteriormente, como contrapunto a dicha tesis:

– *El Ministro tiene potestad reglamentaria genérica para dictar Reglamentos de acuerdo con la legislación específica (materias propias de su Departamento), siempre y cuando no infrinja ni la reserva ni la primacía de Ley [art. 4.1 b) LdG, y 12.2 a) LOFAGE].*

– *Esta legislación específica se concreta en la Ley sectorial correspondiente y en el Decreto o Decretos de desarrollo de dicha legislación.*

– *La cláusula de autorización que contiene el R. Decreto al Ministro para que dicte normas de desarrollo, no es ninguna delegación ni tampoco desconcentración, sino que esa cláusula actualiza o determina la competencia reglamentaria que ya tiene el Ministro por las Leyes generales [art. 4.1.b) LdG, art. 12.2.a) LOFAGE].*

– *Estas leyes, siguiendo el texto constitucional, art. 97 CE: “El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con las Constitución y las leyes”, han otorgado de forma genérica potestad reglamentaria a los Ministros, que es ejercida junto a la competencia reglamentaria del Gobierno, según esté modulada y determinada por los RR. Decretos del Consejo de Ministros, o en su caso, por alguna ley sectorial que otorgue competencia determinada al Ministro.*

– *No parece tener sentido citar la prohibición de delegar la adopción de disposiciones de carácter general [art. 13.2.b) Ley 30/92] o la potestad reglamentaria [art. 20.3.a) en relación con el art. 97 CE] porque dicha prohibición se refiere a la delegación impropia (esto es seguro en el supuesto del art. 13 de la Ley 30/92) en la que el delegado actúa por cuenta y nombre del delegante, mientras que la cláusula de autorización del Decreto da lugar a que el Ministro actúe por su nombre y por su cuenta (Orden ministerial).*

– *La cláusula en los RR. Decretos en las materias de Reglamentos de Seguridad industrial, para que el Ministro pueda adecuar (o modificar) las prescripciones técnicas del Reglamento al estado actual de conocimiento de la ciencia y la técnica, no es delegación ni desconcentración, sino una autorización para que el Ministro ejerza y despliegue su competencia reglamentaria legalmente reconocida en los **términos previstos en la legislación específica**, expresión esta bajo la que se debe entender tanto la Ley sectorial como el Decreto o los Decretos que la desarrollan.*

– *Por otra parte, aunque esto tiene menos importancia, ya que la explicación teórica se encuentra en los anteriores apartados, en general, el Ministro no aprueba un Reglamento de Seguridad Industrial, sino lo que aprueba es determinadas partes de este Reglamento de Seguridad Industrial, las prescripciones o normas técnicas, el resto del Reglamento sigue vigente, por lo tanto no habría una infracción concluyente del art. 12.5 de la Ley de Industria de 1992: la legislación específica bajo cuyos “términos” se ejerce la potestad reglamentaria del Ministro, prescribe una participación del Ministro en la normativa reglamentaria aprobada por el Gobierno, dictando las normas necesarias para la aplicación (adecuación) del R. Decreto. Sin embargo, dada la complejidad de la materia, la práctica parece enseñar que la distinción entre reglamentaciones y normas técnicas es bastante difusa.*

– *La, prima facie, llamativa autorización por R. Decreto al Ministro en una cláusula específica para que modifique, actualice, o adapte las normas técnicas*

aprobadas por R. Decreto a los futuros cambios según el estado de conocimientos de la Ciencia y de la Técnica, tiene su fundamento en que el Ministro ejerce la potestad reglamentaria en los términos de la legislación específica, bajo lo que hay que entender, desde luego, Ley y R. Decreto, y además, en que una materia tan vinculada a una cuestión tan delicada e importante como es la seguridad, exige una rápida respuesta de la Administración Pública, de un Estado cuya principal función hoy es la de garantizar, ser un Estado garante.

13. Por último, la tesis de la elaboración por sujetos privados (Organismos de normalización) de normas que van a ser recogidas y asumidas por un Reglamento estatal, hecho *prima facie* bastante llamativo, puede verse en un contexto en el que el Estado sigue manteniendo el **control**.

El art. 11 letras b) d) e) f) h) del R. Decreto 2200/95 de 28 de noviembre sobre la Infraestructura para la calidad y Seguridad Industrial, así como el R.D. 251/97 de 21 de febrero que aprobó el *Reglamento del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial* (órgano creado por el art. 18 de la Ley de Industria de 1992) permiten concluir que en esta materia de normas y prescripciones sobre Seguridad Industrial, el Estado no ha hecho dejación de su competencia, sin perjuicio de la importante participación de sujetos privados, que como ya se ha dicho parece inevitable en algo relacionado con el estado actual de los conocimientos de la ciencia y la técnica. Por otra parte son frecuentes en los RR. Decretos sobre esta materia de Seguridad Industrial, la referencia a que las prescripciones técnicas que se declaran vinculantes, son consecuencia de la obligación de España como Estado miembro de la Unión, de adaptar y armonizar toda esta materia regulada en gran parte por Directivas de la Unión Europea.

14. Llegado a este punto, parece interesante y conveniente reproducir aquí las páginas que a esta cuestión dediqué en 1996 en mi estudio en los *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (edición EDESA ALZAGA) del art. 97 tomo VIII, 1996, pág. 157 a 165¹². Para esta ocasión he ampliado y matizado el texto publicado en 1996.

IV. COMENTARIOS SOBRE CIERTOS PUNTOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN ESPAÑA

1. GENERAL

1. La segunda frase del art. 97 CE dispone que el Gobierno, “Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

¹² En el trabajo analizado en el epígrafe anterior publicado en 1998, se cita el estudio de Ángel MENÉNDEZ y mío de 1985 en dichos *Comentarios* al art. 97 CE, pero no el posterior de 1996; es conveniente completar esta lectura con la ponencia de Ángel MENÉNDEZ publicada en este libro, la parte dedicada a la potestad reglamentaria, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (EDESA ALZAGA), 1996, tomo VIII, págs. 177 ss.; y ahora con la ponencia de este autor sobre *Ley y Reglamento en España*, incluida en el presente libro.

Esta formulación ocasionó al principio una cierta perplejidad, ya que parecía otorgar el monopolio de estas dos funciones al Gobierno, y es evidente que la Administración, los Ministerios y todos los órganos y organismos dependientes de ellos ejecutan las leyes y, por lo tanto, ejercen función ejecutiva, y los Ministros han tenido en el siglo XIX potestad reglamentaria, reiterada en 1957 en el art. 14.3 de la LdRég. Jurídico, y hoy en los arts. 4.1 b) de la LdG y 12.2 a) de la LOFAGE “en las materias propias de su Departamento” y en el artículo 12.2 a) de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1997 (LOFAGE): corresponde a los Ministros “ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica”.

2. Por otra parte, la propia Constitución en su art. 106.1 contrapone la “potestad reglamentaria y la actuación administrativa”. *Prima facie* parece haber un solapamiento entre esta actuación administrativa y la función ejecutiva, tal y como se ha entendido ésta como la facultad de “hacer ejecutar las leyes”.

Ya sabemos además, que, a diferencia de Francia, el constitucionalismo español, ha distinguido expresamente la potestad de hacer *ejecutar (resolución, acción) las leyes*, de la *potestad reglamentaria*. Este modelo es también el belga (1831, arts. 29 y 67), y el prusiano (1850, art. 45), aunque el Derecho público alemán, a causa de la distinción de Ley formal y material, y de la formalización de una “reserva de ley”, redujo el ámbito del poder reglamentario del Rey a las disposiciones administrativas, que no eran reglas jurídicas, mientras que los reglamentos jurídicos (reglas sobre propiedad y libertad), tenían que ser expresamente autorizados por la Ley: Constitución Imperial de 1871, art. 7.2 y 17; Constitución de Weimar, art. 77, y Ley Fundamental de Bonn arts. 80.1 y 84 y ss. (estas cuestiones están desarrolladas en el comentario al art. 97 de EDERSA ALZAGA de 1996).

2. POTESTAD REGLAMENTARIA: DELEGACIÓN, DESCONCENTRACIÓN, DESLEGALIZACIÓN Y TITULAR ORIGINARIO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹³

STC 13/88: supuesto de “delegaciones singulares” del Gobierno en el Ministro para dictar normas reglamentarias

3. El Tribunal Constitucional ha declarado en la S. 13/88, de 4 de febrero, FJ 4, JC XX, 1988, pág. 150:

“En primer lugar, es de rechazar el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferirla váli-

¹³ Sea recordado que las leyes suelen contener una cláusula legal en la que se autoriza “al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y la aplicación de la presente ley” por ejemplo Ley de Haciendas Locales de 1988, y otras veces la cláusula reza: “el Gobierno y el Ministro de Medio Ambiente, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá dictar las normas reglamentarias que requiera el desarrollo y aplicación de la presente ley (p. ej. Ley de Aguas D.F.2^a). Otras veces la cláusula legal es más ambigua, Disposición final tercera, Texto Refundido Ley

damente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria por ser originaria (art. 97 CE), no excluye la posibilidad de *delegaciones singulares*".

Esta declaración se hace con ocasión de la impugnación por determinadas Comunidades Autónomas del art. 4 del Reglamento sobre Ferias Comerciales Internacionales (R.D. 29 de septiembre, 2621/83), cuyo art. 4, 21 inciso, autorizaba al Ministerio de Economía y Hacienda a "establecer la normativa reguladora de las mismas (Ferias Internacionales), así como el régimen aplicable a las operaciones de comercio exterior ...". El Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que el Gobierno delegue en el Ministro correspondiente, pero no de una forma general, sino para determinados asuntos ("delegaciones singulares") el ejercicio de potestad reglamentaria. *Ahora bien, esto no encaja con el hecho de que normalmente una vez dictado el Decreto por el Gobierno, el Ministro tiene competencia para dictar los reglamentos necesarios (detalle y concreción) para su ejecución, en virtud de su tradicional competencia para ejercer la potestad reglamentaria "en las materias propias de su Departamento" [art. 4.1 b) LdG, y 12.2 a) LOFAGE], y de las correspondientes cláusulas de estilo en las Disposiciones finales de los Decretos, como ya se ha indicado. No hay ninguna delegación. Por otra parte, esta delegación sería más bien una desconcentración, y no una mera delegación del ejercicio, ya que el Ministro en el que "delega" el Consejo de Ministros ejerce la competencia reglamentaria como propia (Orden Ministerial) y no en nombre del Consejo de Ministros como ya se ha explicado [supra, III b), marginal 7, e infra, aquí marginales 8 y 10]¹⁴.*

4. Por último, la mayor parte de las cláusulas de *autorización* (y no de *habilitación* como se dice generalmente) de las leyes al Gobierno para que dicte los reglamentos necesarios, y de los decretos del Gobierno al Ministro para que éste desarrolle la correspondiente norma reglamentaria, son innecesarias; a lo sumo estas autorizaciones lo que hacen es poner énfasis a la obligación ministerial de dictar un Reglamento o, a veces, modulan o condicionan o delimitan dicha potestad reglamentaria ministerial. Tanto el Gobierno como el Ministro tienen, respectivamente, constitucional y legalmente la competencia para dictar reglamentos, naturalmente

de Contratos 2000, "Las normas que, en desarrollo de esta Ley, promulgue (*sic*) la Administración General del Estado...". Una de las tesis del presente análisis es que el Ministro está autorizado a dictar normas reglamentarias para aplicar la legislación con o sin autorización legal, en virtud de la atribución genérica de potestad reglamentaria al Ministro en la LdG (4.1.b) y la LOFAGE (art. 12.2.a) y del Decreto correspondiente, siempre que no infrinja la primacía ni la reserva de ley. Esto se desarrolla en las páginas siguientes. Un precepto de la primacía de Ley es que el Consejo de Ministros es el competente para dictar "reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes" [art. 5.1 h) LdG], o "reglamentos o disposiciones de carácter general que se dictan en ejecución de las leyes" (art. 22, tres, Ley del Consejo de Estado), o como se decía antes "reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes" (art. 17, sexto, Ley del Consejo de Estado de 1944). Esta competencia del Gobierno puede ser modificada por una Ley posterior determinada, pero mientras no ocurra esto esta competencia del Gobierno vincula la potestad reglamentaria del Ministro (*vid. infra*, marginal 3 y ss., la opinión del Tribunal Constitucional, y marg. 19, del Tribunal Supremo). *Vid. infra*, aquí, ep. 17 y V b), la relación entre el principio colegial y departamental en el Gobierno español, según la Constitución de 1978.

¹⁴ Sobre la distinción entre delegación propia (desconcentración) y delegación para el mero ejercicio (mandato) *vid.* el subsistema de *traslado de competencias*: transferencia, delegación, mandato, por último en GALLEGO ANABITARTE y otros, *Conceptos y Principios fundamentales del Derecho de Organización*, 2000, pág. 62 y ss.

que no contradigan las leyes ni regulen materia reservada a la Ley (art. 23.2 LdG, y antes arts.26 y 27 LdRég. Jurídico de 1957). *Como ya se ha dicho [supra, nota al epíg. b)], el hecho de que la Ley no contenga cláusula de autorización reglamentaria, no excluye la constitucional y legal regulación reglamentaria del Consejo de Ministros y del Ministro, respectivamente, siempre que no se infrinja la primacía y la reserva de Ley, y los principios generales del Derecho y de la Administración (proporcionalidad, etc.).*

STC 135/92: incorrecto concepto amplio de Gobierno

5. El Tribunal Constitucional (STC 135/92, de 5 de octubre, FJ 3, JC. Tomo XXXIV, 1992, pág. 288), analizó la constitucionalidad de la Ley 13/85 sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, desarrollada posteriormente por varios Reales Decretos, así como por disposiciones o medidas de inferior rango, que concretan elementos en blanco de la norma legal para permitir su adaptación. A los presentes efectos tan sólo interesa fijarse en el hecho de que esta Ley autorizaba al Gobierno a regular determinados aspectos (aparte de actuaciones concretas), así como al Ministerio de Economía y Hacienda a establecer determinadas técnicas de cómputo reguladas en la Ley y a determinar los conceptos contables (Disposición Final 1ª.1); el Ministro de Economía y Hacienda a su vez “podrá delegar estas funciones en el Banco de España” (Disposición Final 1ª.2).

6. Este fenómeno de despliegue reglamentario con nivel inferior a un R. Decreto acordado en Consejo de Ministros, que es la forma a la que en exclusiva parece referirse el art. 97. 2ª frase, lo justifica el Tribunal Constitucional al afirmar que este desarrollo reglamentario es “una deslegalización” que tiene su cobertura específica:

“... en la doble técnica de autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirla directamente al Banco de España...”

Y más adelante declara que:

“La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, *sino también a éstos que lo componen, y a instituciones como el Banco de España*, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia, que, como arriba se dijo, tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación¹⁵”.

Nota: el Tribunal Constitucional parece aquí tener un concepto amplio de Gobierno, que no se identifica con el Consejo de Ministros. Esta concepción sirvió en un momento dado para justificar la potestad reglamentaria del Ministro como miembro del Gobierno, pero desde luego esta concepción debe ser abandonada [*vid. supra*, III, e *infra*, aquí IV d)]. Por otra parte, si hay un acto legal expreso de atribución de potes-

¹⁵ Aquí el TC mantiene un concepto amplio de Gobierno que no se identifica con Consejo de Ministros, lo que no parece correcto, *vid. infra d) (3), nota*.

tad reglamentaria a un órgano sujeto, que no es el Consejo de Ministros (Ministro o Banco de España), no es necesario en absoluto traer a colación el concepto amplio de Gobierno (órgano colegiado, Ministros individuales, otras instituciones, etc.), abandonando la tesis correcta: Consejo de Ministros y Gobierno es lo mismo, tanto antes como ahora con la actual Ley 50/1997 del Gobierno.

7. En el mismo Fundamento Jurídico se da por buena la Disposición final 1ª.2 de la Ley 13/85, que dispone que “el Ministerio de Economía y Hacienda podrá delegar estas funciones en el Banco de España”, junto a la otra técnica: “atribución directa” (se entiende, que por Ley).

Comentario:

8.– Se constata *prima facie* que la Sentencia 13/88 permitía que el Gobierno “delegara” en un Ministro la potestad reglamentaria –tesis que ha sido criticada anteriormente–, pero no, como parece dar por bueno la Sentencia 135/92, la delegación de un Ministro en el Banco de España u otro órgano; es cierto que como se acaba de ver, la Ley 13/85 y la consiguiente sentencia 135/92 parece que consideran que el Ministro ostenta, en virtud de dicha ley, una potestad *reglamentaria originaria* (Ministro: “titular originario”), situación que le permitiría entonces delegar la facultad de dictar normas reglamentarias, por ejemplo, en el Banco de España.

– La única potestad reglamentaria originaria (es decir, constitucional) es la del Consejo de Ministros, las demás autoridades, empezando por el Ministro, solamente tienen potestad reglamentaria legal.

– Una Ley, naturalmente, puede autorizar la delegación (parece una delegación propia y no para el mero ejercicio, y por ello naturalmente una desconcentración) de la competencia normativa del Ministro en otra autoridad (por ejemplo, Banco de España). **Proceso de delegación y desconcentración que hoy está prohibido (naturalmente, salvo que otra nueva Ley lo autorice) por los arts. 12 y 13 de la LOFAGE, en relación con el párrafo VII de su Exposición de Motivos: la potestad reglamentaria del Ministro es, por su naturaleza, indelegable y tampoco cabe su desconcentración.**

– La tradicional prohibición de delegar la facultad de adoptar disposiciones de carácter general [art. 22.3 d) de la Ley de Régimen de Jurídico de 1957, y art. 13.2 d) de la Ley 30/1992], no afecta a este supuesto, puesto que la regulación de esta delegación se refiere a una delegación impropia o mandato, en virtud del cual el delegado actúa en nombre del delegante, lo que evidentemente no ocurre en el supuesto de que una ley autorice al Ministro a delegar en el Banco de España determinadas competencias: el Banco de España actúa en su nombre y por su propia cuenta. Esto es “materialmente” una desconcentración, lo que justifica que el TC mencione dicho término en la Sentencia 135/1992 (aquí, *supra*, epíg. 6).

– La Ley 13/1985 autorizaba al Gobierno a regular determinados aspectos, y al entonces Ministro de Economía y Hacienda a regular otras cuestiones. En ambos casos, la Ley no hace más que actualizar lo que ya está preestablecido en la Constitución (art. 97) y en las leyes [potestad reglamentaria de los Ministros en las materias propias de su Departamento, o en los términos de la legislación específica: art.

14.3 LdRég. Jurídico de 1957; art. 12.2 a) LOFAGE 1997; art. 4.1 b) LdG 1997]. Por último, la Ley prevé la posibilidad de “delegación”, esto es, la atribución de competencia como propia al Banco de España de determinadas funciones ministeriales. Ningún reparo parece que se pueda hacer a esta regulación legal, incluso desde la LOFAGE (arts. 12 y 13, y Exposición de Motivos VII) que prohíbe la delegación o desconcentración de la potestad reglamentaria del Ministro, ya que otra ley puede eliminar dicha prohibición.

La inoportuna referencia a la deslegalización

9. Son interesantes, aunque muy poco claras, las expresiones “deslegalización”, “desconcentración”, “delegación” y “titular originario de la potestad” que se citan por el Tribunal Constitucional en la anteriormente glosada Sentencia 135/92 para explicar las previsiones de la Ley 13/85 de autorizar al Consejo de Ministros y al Ministro a ejercer la potestad reglamentaria, que a su vez quedaba autorizado para delegar determinadas funciones en el Banco de España. Cuando la Ley autoriza al Gobierno a dictar normas reglamentarias, no hay *deslegalización*, salvo que antes dicha materia hubiese estado regulado por Ley; cuando el Consejo de Ministros autoriza al Ministro a dictar normas reglamentarias, no parece un supuesto típico de *desconcentración* de competencias, ya que el Ministro tiene general y legalmente atribuida la competencia para ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento [art. 14.3 Ley de 1957 y 4.1. b) LdG 1997 y 12.2.a) LOFAGE de 1997].

Por último, es cierto que la delegación de la potestad reglamentaria del Ministro en otra autoridad (en este caso el Banco de España), no sabemos si es una *delegación* del ejercicio (art. 22 Ley de 1957 y 13 Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, que estas leyes prohibían, *loc. cit.*), o estamos ante una verdadera *delegación propia* que supone materialmente *desconcentración* (sobre esto *vid. Rev. Admón. Pública* 122, 1990, págs. 7 y ss., y *supra*, obra citada en nota 13 al epíg. 3).

Confusión de los términos delegación y desconcentración en este contexto

10. *Pero la introducción de estos conceptos parece que enturbia más que aclara el ejercicio de la potestad reglamentaria por diversas autoridades en virtud de una regulación legal. Además, se introduce aquí otro dato: la LOFAGE (que puede ser modificada por una ley posterior), en sus arts. 12 y 13 en relación con su Exposición de Motivos VII, prohíbe la delegación o desconcentración de la potestad reglamentaria del Ministro, como ya se ha dicho.*

La *delegación* de la potestad reglamentaria que ejerce como propia el Ministro en virtud de atribución legal, puede ser un caso de *delegación impropia* (la autoridad delegada actúa en nombre y por cuenta del delegante), o más bien podemos estar en un caso de *delegación propia*, sí, un supuesto de singular **desconcentración**, que prevista en la Ley no se actualiza por el Consejo de Ministros, sino por el Ministro al que la Ley ha atribuido determinadas funciones. Recordemos que el procedimiento normal de desconcentración es que la Ley atribuya la competencia al Ministro y prevea que por Decreto del Consejo de Ministros se desconcentre en una autoridad inferior, Secretario de Estado, Subsecretario, etc. (por ejemplo, Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas, art. 12.3, *vid.* a continuación), pero una Ley puede establecer otro procedimiento y permitir que el órgano (caso arquetípico, el Ministro) que ejerce la competencia reglamentaria como propia, en virtud de la expresa atribución legal, la pueda desconcentrar, o delegar su mero ejercicio. Parece algo extravagante la delegación del mero ejercicio de la potestad reglamentaria aunque dada la complejidad de la Administración moderna pueda ser eficaz y conveniente (*vid.* caso alemán, *supra* II, b), *nota* y las “Resoluciones” de las autoridades o entidades públicas aprobando disposiciones administrativas supuesto en el que nadie habla de delegación, sino de competencia propia, atribuida por ley o por otro instrumento normativo) [*infra*, aquí marginal 21 (7)].

Tampoco está claro en dicha Sentencia, STC 135/92, quién es el *titular originario de la potestad reglamentaria*, si el Consejo de Ministros o también el Ministro, parece que es este último, ya que cuando la Sentencia menciona la “eventual delegación del titular originario de la potestad” se está refiriendo evidentemente al Ministro, ya que en la Ley tan sólo se hace referencia a la delegación del Ministro en el Banco de España (*supra*, aquí epíg. 5). En la STC 13/98 (*supra*, aquí marginal 2), el Tribunal Constitucional consideró que la potestad reglamentaria originaria corresponde al Consejo de Ministros, siendo posibles delegaciones singulares en otros órganos. Desde luego la única potestad reglamentaria originaria (constitucional) es la del Gobierno-Consejo de Ministros. En los demás supuestos la potestad reglamentaria, Ministro y otras autoridades, tiene un fundamento legal.

Una vez más: el Ministro ejerce potestad reglamentaria directamente por la Ley (LdG, LOFAGE, y determinadas leyes sectoriales). Aquí no hay una delegación propia ni impropia, sino una atribución legal de competencia. Cuando una Ley permite que el Ministro delegue en otra autoridad su competencia reglamentaria o ejecutiva, hay que entender que no estamos ante la delegación regulada en el art. 13 de la Ley 30/1992, que es un mandato jurídico-público, sino ante una delegación propia que materialmente se corresponde con una desconcentración.

Competencia reglamentaria constitucional y legal

11. Aquí se van a utilizar las expresiones “*competencia constitucional*” del Consejo de Ministros y “*competencia legal*” del Ministro o de otras autoridades, para ejercer la potestad reglamentaria, formulación que parece menos equívoca. Si se ejerce como *propia*, esto es, si el orden jurídico atribuye dicha competencia directamente al sujeto-órgano, y la ejerce en su nombre y por su cuenta –aunque la titularidad de la competencia es siempre de la organización o sujeto personificado, en este caso, el Estado–, la competencia se puede desconcentrar, o sólo delegar el ejercicio, si no lo prohíbe el ordenamiento jurídico; por ejemplo, aunque la redacción del precepto no es correcta, está prevista, en general, la desconcentración en el art. 12.2 de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, y también en el art. 12.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995: desconcentración por Real Decreto de las facultades de contratación, en principio atribuidas a los Ministros y a los Secretarios de Estado, etc., (art. 12.1).

12. Es incorrecto construir la *competencia de un Ministro en virtud de una expresa autorización de un Decreto para dictar normas reglamentarias*, como un

supuesto de *delegación*. Sea aclarado inmediatamente que no estaríamos ante una delegación para el ejercicio, sino ante una delegación propia o desconcentración, ya que el Ministro dictaría estas normas reglamentarias en su propio nombre (Orden Ministerial), y no en el del Consejo de Ministros. Pero esta construcción de la delegación es incorrecta porque los Ministros tienen, como se acaba de decir, expresamente potestad reglamentaria [LdRég. Jurídico de 1957, art. 14.3 y art. 4.1.b) LdG y 12.2.a) LOFAGE], con general y directo fundamento legal e indirecto constitucional, como se verá. Esta potestad reglamentaria ministerial puede ser condicionada o modulada por un Decreto determinado, pero aquí no hay delegación, como ya hemos dicho (*supra* aquí, marginal 3).

Potestad reglamentaria del Ministro: fundamento legal, sin delegación o desconcentración

13. La STC 13/88 (*supra* aquí b) marg. 5) se planteó, en realidad, la *constitucionalidad de una ley que autoriza al Ministro y no al Gobierno* –que según interpretación literal del art. 97 CE es el único órgano que ejerce potestad reglamentaria, segunda frase–, a *dictar normas reglamentarias*. En este supuesto, y lo reiteramos, no parece que aclare mucho utilizar los conceptos de delegación o desconcentración; aquí se está aplicando directamente la Constitución: la ley otorga la competencia al Ministro desplazando al Consejo de Ministros; esto es *prima facie* constitucional, como veremos a continuación, según el art. 97 CE, segunda frase; y lo mismo se puede decir de la atribución legal de potestad reglamentaria a otras autoridades públicas (Banco de España, por ejemplo). Decimos *prima facie* por la cuestión de la responsabilidad política del Ministro, que puede diluirse en autoridades más o menos “independientes”. Y sobre todo porque la competencia reglamentaria constitucional del Gobierno (y legal de desarrollo la ley para su ejecución) podría socavarse, lesionando el principio constitucional colegial del Gobierno. La tesis que se mantiene en este estudio es que el reglamento ministerial es correcto si respeta la primacía y reserva de ley, exista o no la autorización expresa de la ley. Hay que señalar que el Tribunal Supremo ha anulado Ordenes Ministeriales apoyadas en expresas autorizaciones de una ley (*infra*, marginal 19), por saltarse el escalón del Consejo de Ministros (Decreto reglamentario), aunque esta infracción se cita junto a otras más concluyentes: omisión del Dictamen del Consejo de Estado.

Ante estas argumentaciones viene al recuerdo, inmediatamente, la vieja tesis de final del Siglo XIX, según la cual la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros habría que explicarla en virtud de una delegación de la ley en el Gobierno. Esta explicación parece ser válida para algunos sistemas constitucionales, pero desde luego no para el español, donde se rechazó unánimemente (*vid.* con todo detalle en el libro del autor de las presentes líneas, *supra* nota 1).

STC 185/94: es lícita la atribución por Ley al Ministro de un “poder reglamentario derivado”

14. La STC 185/95 (J.C. XLIII, 1995, págs. 614 y ss., en especial 640, FJ 6.c), se ha enfrentado de nuevo a esta cuestión al tener que fiscalizar la constitucionalidad

dad del art. 26.1.a) de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, según el cual por Orden del Departamento Ministerial se puede fijar o modificar la cuantía de los precios públicos. Los recurrentes alegaron que aquí se vulneraba lo establecido en el art. 97, a lo cual contesta el Tribunal Constitucional que:

“La atribución genérica de la potestad reglamentaria convierte al Gobierno en titular originario de la misma, pero no prohíbe que una Ley pueda otorgar a los Ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado, o les habilite para dictar disposiciones reglamentarias concretas, acotando y ordenando su ejercicio. Y esto es cabalmente lo que hace el art. 26.1.a) de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que se limita a atribuir a los Ministros que puedan resultar afectados, en cuanto titulares de los respectivos Departamentos ministeriales, un poder reglamentario derivado, resultado de una habilitación legal específica, para regular una *materia concreta y determinada*, cual es en este caso la fijación y modificación de la cuantía de los precios públicos”.

Desaparecen en este caso los términos de delegación y desconcentración, aunque resuenan en las expresiones “titular originario”, “carácter derivado”, “habilitación legal específica”. A mi juicio es más correcto definir este supuesto como **atribución legal** de competencia reglamentaria al Ministro para una materia o asunto determinado, que no hace más que incidir sobre la competencia reglamentaria legal (LdG, LOFAGE) genérica del Ministro.

15. Precisamente, teniendo en cuenta esta reciente doctrina constitucional, la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de marzo de 1998, ha anulado una Orden Ministerial de 19 de abril de 1995 del Ministerio de Obras Públicas, hoy Fomento, sobre aplicación de *tarifas* de servicios portuarios. La Audiencia Nacional ha considerado que esta Orden Ministerial es un *desarrollo reglamentario de la Ley 27/92* de la Ley de Puertos, mucho más que una Orden Ministerial para la que sí estaría autorizado el Ministro de Obras Públicas según el art.70.2 de la Ley de Puertos de 1992: el Ministro establecerá “los límites mínimos y máximos de las tarifas por los servicios portuarios prestados”. Para la *Audiencia Nacional esta Orden Ministerial debía ser aprobada por R. Decreto porque la Ley no autoriza al Ministro a un desarrollo reglamentario de tal entidad, como el contenido en la Orden de 1985, anulada*.¹⁶

SSTS 2002: exigencia del Real Decreto para regular Tributo, no bastando Orden Ministerial

16. En este contexto tiene interés hacer una breve referencia a una jurisprudencia que ha surgido a raíz de la STC 185/95, (aquí *supra* 14), sobre las tarifas por

¹⁶ Esta doctrina de la Audiencia Nacional desde luego no es irrazonable, pero a mi juicio no es concluyente. La ley autorizaba al Ministro a fijar los límites mínimos y máximos de las tarifas de los servicios portuarios. En virtud de esto el Ministro dicta una Orden que, según la Audiencia Nacional, es un desarrollo reglamentario de la ley; en realidad será un desarrollo reglamentario parcial y concreto de un punto de la Ley de Puertos. El desarrollo reglamentario completo de la ley sería un reglamento de la Ley de Puertos, en el que parece ser se trabajó, y para el que estaba expresamente autorizado el Gobierno (Disp. Final 3ª, Ley 27/92). Pero desde luego el problema sobre los servicios portuarios es su calificación como *precios privados*, según el art. 70.1 de la Ley de Puertos, a mi juicio con razón, el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 24 de septiembre de 2002.

servicios portuarios y los cánones por concesiones de dominio público. Tomemos como ejemplo dos últimas sentencias en las que se encuentra la evolución jurisprudencial sobre esta cuestión. A los presentes efectos sólo interesa destacar lo siguiente:

– STS de 29 de mayo de 2002, Rec. Cas. núm. 8027/1997 (Az. 4720/2002). El Tribunal anula la liquidación en concepto de tarifa G3 de Servicios portuarios, tarifa que es en realidad una tasa, de acuerdo con la doctrina de la STC 185/95, por basarse en una Orden Ministerial e infringir por tanto, la reserva de ley aunque sea una reserva de ley relativa. Literalmente el Tribunal argumenta:

... “aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, colaboración que puede ser especialmente intensa en la fijación o modificación de las cuantías, siempre que sus parámetros fundamentales también estén contenidos en la ley. De esta manera resulta que la liquidación practicada al amparo de una cuantificación de la tasa por tarifa G3 hecha por Orden Ministerial... ha de considerarse nula, habida cuenta de que este elemento de la relación jurídica tributaria debería haber estado contenido, **cuando menos, en una Disposición con rango de Real Decreto**, toda vez que la ley se circunscribe a establecer unos criterios cuantitativos generales para las tarifas que, por su propia naturaleza, no son idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en una actuación libre no sometida a límite, según expresión del Tribunal Constitucional”.

La misma doctrina, esta vez para los cánones por ocupación de dominio público, se encuentra en la STS de 7 de octubre de 2002, Rec. Cas. núm. 6918/96, (Az. 10038) donde recogiendo jurisprudencia desde 1998 se concluye que:

“... la liquidación practicada al amparo de la cuantificación de lo que es una tasa – o, si se quiere, prestación patrimonial de carácter público– hecha al amparo de Ordenes Ministeriales... ha de considerarse nula, habida cuenta que este elemento de la relación jurídica tributaria debería haber estado contenido, cuando menos y dentro de los márgenes que el establecimiento de las señas de identidad de un tributo (sus elementos esenciales) permite la colaboración reglamentaria (sobre todo en cuanto se refiere a la base y al tipo impositivo) en una **disposición con rango de Real Decreto** y ello siempre que en la ley se contengan criterios claros y suficientes para poder realizar esta determinación cuantitativa y no sólo unos criterios genéricos y evanescentes que hagan posible que la actuación de la Administración en la apreciación de factores técnicos, a la hora de concretar bases y tipos, se transformen no ya sólo en una actuación discrecional, sino en una actuación libre no sometida a límite alguno”.

Crítica. Principio colegial y departamental

Con todo respeto no entendemos el argumento de por qué un Real Decreto iba a subsanar los posibles defectos de una Orden Ministerial: si la ley establece criterios claros y suficientes, la autorización al Ministro para que apruebe la tasa correspondiente es perfectamente constitucional. Y por otra parte, como ya se ha dicho, una Orden Ministerial –con o sin autorización expresa en la ley– es legal y constitucio-

nal, si respeta la primacía y reserva de ley¹⁷. La pretensión de que sea el Consejo de Ministros el que por R. Decreto apruebe la norma, es una exigencia de rango legal (art. 5.1.h LdG): el Consejo de Ministros aprueba los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes, pero no es una exigencia constitucional, puesto que la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno de acuerdo con las leyes, que deciden el límite y ámbito de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros o Gobierno, naturalmente con el límite constitucional de preservar el principio colegial del Gobierno en España. Este es un resultado importante del presente análisis.

Competencia legal y no constitucional del Consejo de Ministros para dictar reglamentos para la ejecución de las leyes

17. La competencia reglamentaria del Consejo de Ministros o Gobierno definida principalmente por los reglamentos para la ejecución de las leyes se confirma con la Ley del Consejo de Estado de 1944, art. 17, sexto “reglamentos generales... para la ejecución de las leyes”; Ley del Consejo de Estado de 1980, art. 22.3: “reglamentos o disposiciones de carácter general que se dictan en ejecución de las leyes”. Y sobre todo por la LdG, art. 5.1.h. Pero esto no es una competencia constitucional sino legal. El Gobierno no tiene constitucionalmente competencia exclusiva para dictar reglamentos de desarrollo para la ejecución de las leyes. Una ley puede otorgar su desarrollo total o parcial a un Ministro. Es constitucional que una ley condicione la potestad reglamentaria del Gobierno, que la ejerce (en este caso siendo desplazado por el Ministro) de acuerdo con las leyes. Pero en virtud del **principio colegial**, muy presente en la Constitución española, no sería correcto una primacía del **principio departamental**, aunque en general existe esta primacía de *facto*, y en parte de *iure*, en el desarrollo de la actividad gubernamental ordinaria: proyectos de Ley, Reglamentos, etc., preparados todos por cada uno de los Departamentos minis-

¹⁷ Parece ser que la afirmación (no atribución legal de potestad reglamentaria al Ministro en la Ley de Financiación de los Puertos de 1985), tiene su origen en el hecho de que otra línea jurisprudencial anuló las liquidaciones de estas tarifas aprobadas por Orden Ministerial porque “ninguna ley atribuye la potestad reglamentaria precisa al Ministro” (STS 11 de octubre de 2002, Az. 10055, FdD 6°). Pero esta afirmación parece ser errónea: la Ley 18/85 de 1 de julio sobre Régimen Financiero de los Puertos, norma vigente cuando se produjeron los litigios sobre las tarifas y que dan lugar a las Sentencias recogidas anteriormente del año 2002, contenía en su art. 9°, segunda frase, la autorización al Departamento o Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para “establecer los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes”, ésta es una clara atribución legal de competencia reglamentaria al Ministro. No se entiende como conviven todavía las dos líneas jurisprudenciales, que coinciden en la exigencia de R. Decreto, rango de norma que respetaría la reserva de ley. Pero con los propios planteamientos de la Sentencia, si la ley no contiene criterios claros y suficientes para la cuantificación de la tasa, no bastan ni el R. Decreto ni la Orden Ministerial.

Hoy el art. 69 de la Ley de Puertos de 1992 con la modificación de la Ley 62/97, regula con más detalle el canon por ocupación de superficie en comparación a la redacción del texto original de 1992 y se atribuye al Ministro de Fomento la competencia para aprobar la tarifa (art. 70, 2° párrafo). El problema de fondo parece ser que la Ley de 1985 no contenía los requisitos de la reserva de ley, esto es una regulación no suficiente del tributo. El R. Decreto y/o Orden Ministerial serían nulas. Creo que lo escrito aquí es correcto pero la historia detallada es más compleja porque incide el concepto de precio público de la ley de tasas de 1989, declarado inconstitucional por la STC 185/95 (*supra aquí marginal 14*).

teriales competentes sobre la materia¹⁸. Esta atribución de la Ley al Ministro para desarrollar directamente una ley, que el TC ha llamado –a mi juicio incorrectamente– en alguna ocasión “delegación”, debe ser expresa, como bien dice el TC .

Si la Ley respeta la exigencia de reserva legal con una regulación esencial, tan constitucional y legal es la atribución al Gobierno para desarrollar la Ley por R. Decreto, como al Ministro para su desarrollo por Orden Ministerial. El límite a esta atribución por Ley al Ministro de desarrollo reglamentario de una Ley, se encuentra en el equilibrio entre el principio colegial y el principio departamental, que configuran con el presidencial el orden del Gobierno en España, cuestión estudiada ampliamente en los comentarios al art. 97 que se acaban de citar.

3. SÍNTESIS DE DIVERSAS CUESTIONES

18. En resumen, el *status questionis* a la luz de cierta jurisprudencia y doctrina parece ser: al principio, la potestad reglamentaria del Ministro (en virtud de una atribución directa de la ley o en virtud de un Decreto del Consejo de Ministros) se ha querido fundamentar con las técnicas de delegación, desconcentración, habilitación, poder derivado, etc., salvando así el tenor literal del art. 97, segunda frase, CE. Pero posteriormente esta argumentación queda en segundo plano, pues la potestad reglamentaria del Ministro se hace depender de cómo esté regulada la autorización contenida en la ley; *prima facie*, se debe de tratar siempre de cuestiones concretas y determinadas, ya que el desarrollo completo reglamentario de la ley corresponde al Consejo de Ministros. En líneas generales, esta evolución es correcta si bien cabe hacer un análisis más radical, como se verá a continuación.

19. En este contexto hay que recordar que, según nuestra tradición, el Consejo de Ministros tenía y tiene la competencia para aprobar determinadas normas reglamentarias: los *reglamentos de desarrollo para la ejecución de las leyes*, antiguo art. 10.6 de la LdRég. Jurídico de 1957, que en realidad se trataba de una propuesta del Consejo de Ministros al Jefe del Estado, hoy art. 5.1.h) de la LdG: al Consejo de Ministros le corresponde aprobar los reglamentos para el **desarrollo y ejercicio** de las leyes. Esta tradición se ha venido a fortalecer al tomarse en serio el tenor del art. 97 de la Constitución, que otorga el ejercicio de la potestad reglamentaria sólo al Consejo de Ministros, pero dejando en segundo plano la función de las leyes, para ejercer dicha competencia; **así, una ley determinada puede desplazar o modular la competencia gubernamental reglamentaria en favor del Ministro: y esto se subsume bajo la norma constitucional, según la cual el Gobierno ejerce potestad reglamentaria según las leyes**. El Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias anulando Ordenes Ministeriales sobre el **desarrollo directo** de normas con rango de ley (aunque la ley lo autorice), técnica que, como hemos visto, sí admite matizadamente el Tribunal Constitucional. Lo mismo el *Tribunal Supremo* que ha anulado autorizaciones del

¹⁸ Vid. mi análisis en la obra *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1996 (EDERSA ALZAGA), Tomo VIII, págs. 145 ss.

Gobierno para que los Ministros dicten normas reglamentarias (ejemplos de estos supuestos: S. 25 de enero de 1982, Az. 42 (por ser norma de ejecución y desarrollo legislativo sin Decreto intermedio y falta dictamen del Consejo de Estado; Hacienda)¹⁹; S. de 12 de julio de 1982, Az. 4740 (por la misma razón; impuesto de sociedades); S. 15 de octubre de 1982, Az. 5769 (por la misma razón; Cámaras de Comercio, Hacienda); S. de 10 de febrero de 1984, Az. 536 (por eliminar derechos adquiridos que se deben respetar por mandato de anterior Decreto-Ley; jubilación anticipada); S. de 16 de diciembre de 1986, Az. 8111 (por ser ejecutiva y además no respetar derechos y deberes de los ciudadanos no sometidos a una relación especial de sujeción, por ejemplo funcionarios, falta el dictamen del Consejo de Estado, e infringir una Ley; materia: organización hospitalares).

20. Más clara es esta cuestión en el *Derecho territorial-autonómico*, porque todos los Estatutos –salvo el del País Vasco, que se refiere a órganos ejecutivos– atribuye la potestad reglamentaria sólo al Consejo de Gobierno, con la consiguiente declaración de nulidad por incompetencia de órdenes reglamentarias de los Consejeros (ejemplos, STS de 6 de marzo de 1990, Az. 1800; STS de 21 de julio de 1992, Az. 6576: el Consejero de Hacienda de determinada Comunidad Autónoma aprueba unos modelos de Declaración y formas de pago del Impuesto y recargo sobre el juego, cuando en realidad es incompetente, ya que la potestad reglamentaria está reservada al Gobierno Regional). La realidad quizá sea otra.

21. Tenemos, pues, una serie de problemas:

(1) Relación entre la Ley y reglamento que se ha querido explicar con una **delegación o habilitación** de aquélla en éste y que se debe rechazar, porque el Gobierno tiene en nuestro sistema una **potestad reglamentaria originaria**, en cuanto que es constitucional (art. 97 CE, segunda frase).

(2) Autorización de la Ley a un Ministro para reglamentar determinadas materias; se ha querido considerar inconstitucional por violar el tenor literal del art. 97, pero se ha salvado esta objeción justificando la desconcentración de la potestad reglamentaria, o que los Ministros tienen esta potestad en cuanto miembros del Gobierno, y limitando la regulación ministerial a materias concretas y determinadas.

(3) Relación entre un Decreto del Consejo de Ministros y la autorización a un Ministro para que lo desarrolle; no ha presentado en principio dificultad, ya que en el orden jurídico español (no así, por ejemplo, en el francés) los Ministros tienen una

¹⁹ Esta Sentencia fiscaliza una Orden Ministerial que aprobó unas Disposiciones provisionales; se afirma en ella que los reglamentos para la ejecución de las leyes se aprueban en forma de Decreto por el Consejo de Ministros, sin que quepa admitir una delegación de esta potestad reglamentaria en un Ministro. Esto da lugar a que la Sentencia, a lo largo de su argumentación jurídica y criticando la regulación aprobada por un Ministro (art. 14 de la LdRég. Jurídico) cuando debería serlo por el Consejo de Ministros, trae a colación la expresión “**reserva de reglamento**” frente a la **reserva de ley**, y ambas forman parte de los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa. Un análisis frontal del error, a mi juicio, de hablar de delegación en el supuesto de traslado de competencia reglamentaria, de la Ley al Gobierno y del Gobierno al Ministro, es lo que se ha hecho en las páginas anteriores y en las siguientes, así como dar el debido sentido a la potestad genérica ministerial del art. 14.3 de la LdRég. Jurídico de 1957, y art. 4.1.b) , art. 12.2.a) de la Ley del Gobierno y la LOFAGE de 1997, respectivamente.

potestad reglamentaria reconocida expresamente por la Ley [LdRég. Jurídico de 1957, art. 14.3, y art. 4.1.b) LdG 1997 y 12.2.a) LOFAGE]. La potestad reglamentaria ministerial se ejerce *prima facie* constitucional y legalmente, aunque no exista cláusula de autorización, si se respeta la reserva y primacía de Ley, con la salvedad que parece que no cabe un desarrollo directo de la ley por Orden Ministerial, porque esto es competencia del Consejo de Ministros (Decreto), salvo en materia concreta y determinada.

(4) Tenemos además la posibilidad de que la Ley autorice al Ministro a delegar en determinadas autoridades la potestad reglamentaria; esto está en contra de la prohibición contenida en las Leyes generales de Régimen Jurídico y Procedimiento Común de 1957 y 1992 (pero una Ley puede determinar otra cosa). Parece más bien un caso de desconcentración, puesto que el Ministro ejerce la potestad reglamentaria como propia al serle atribuida así por la Ley, aunque resulta singular que el Ministro pueda desconcentrar su propia competencia, ya que lo usual es que la Ley autorice que un Decreto desconcentre la competencia del Ministro en Secretarios de Estado o Subsecretarios, etc. (así las desconcentraciones de la LdRég. Jurídico de 1957 Disposición Adicional Primera y Cuarta, y la Ley de Contratos ya citada *supra*, aquí IV, marginal 10).

(5) Y también tenemos la existencia de normas reglamentarias ministeriales *praeter legem* que el Tribunal Supremo sí ha admitido (por ejemplo, S. de 16 de julio de 1984, Az. 3613 y de 18 de diciembre de 1985), así como del propio Consejo de Ministros (STS 9 de febrero de 1996, Az. 1812), que torpemente se quiere subsumir en el “*lecho de Procasto*” de normas de organización internas, o relaciones especiales de sujeción, etc.

(6) En relación con lo anterior, se encuentra la tesis de que la competencia reglamentaria de los Ministros [hoy art. 4.1.b) LdG] *en las materias propias de su Departamento, se refiere a reglamentos organizativos o interiores, no normativos* (terminología, por ejemplo de STC 13/88, FJ 4, JC XX, p. 150). Sea dicho inmediatamente que esta tesis está contradicha por un racional concepto de norma jurídica (creación de derecho objetivo y no sólo regulación que afecte a los ciudadanos), por la propia realidad de las Ordenes reglamentarias de los Ministros y por el texto literal de la norma: materias propias de su Departamento no es organización sino que es hacienda, medio ambiente, obras públicas, industria, etc. Basta mirar el Boletín Oficial del Estado para comprobar que las ordenes reglamentarias de los Ministros se refieren no a la organización interior del Ministerio sino a Subvenciones, cuestiones de pesca, planes de estudio, etc.

Esto se confirma, a mi juicio, con la LOFAGE, art. 12.2.a) que dispone que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministro se ejerce “en los términos previstos en la **legislación** específica”; legislación aquí es Ley y Decreto, y, por tanto, la ley, en este caso la LOFAGE, remite a la Ley y al R. Decreto para delimitar la competencia reglamentaria del Ministro²⁰.

²⁰ Vid. *supra*, III b) y c). En mi comentario al art. 97, en la obra de EDERSA-ALZAGA de 1996, mantuve que por “legislación específica” “se puede entender” el art. 4.1 b) de la Ley del Gobierno (materias propias de su Departamento); pero esto lo matizo obviamente en el presente estudio.

(7) Una cuestión realmente importante, cuyo alcance no es bien conocido, es el contenido de las **Resoluciones** de las autoridades inferiores a los Ministros que a veces contienen verdaderas regulaciones de derechos y deberes de los ciudadanos con un débil fundamento en la ley (p. ej., régimen de incompatibilidad de personal laboral en una entidad pública; regulación de medios telemáticos por la Agencia Tributaria). La solución aquí parece que es la misma que en el caso del Ministro: aunque los órganos superiores y directivos no tienen atribuida potestad normativa (LOFAGE, arts. 14 y ss.), esto es, dictar disposiciones generales²¹, la pueden recibir por leyes y reglamentos posteriores. La expresión “legislación específica” para delimitar la potestad reglamentaria del Ministro, que engloba, como se ha dicho [*supra*, III, *passim* b) y c)], leyes y decretos, parece tener la misma función, *prima facie*, que “legislación

²¹ A diferencia de la LdG y la LOFAGE de 1997, la LdRég. Jurídico de 1957, utilizaba la expresión “disposición administrativa de carácter general” de forma central, especificando su jerarquía: Decretos, Órdenes de comisiones delegadas, Ordenes ministeriales y disposiciones de autoridades y órganos inferiores (art. 23.2; los arts. 10.6 y 14.3 regulaban la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros y de los Ministros). La potestad reglamentaria, estaba entonces, como hoy, reservada al Consejo de Ministros y a los Ministros, y las autoridades inferiores dictaban disposiciones administrativas, de tal manera que había que entender que los Reglamentos eran unas disposiciones cualificadas por su contenido (aunque una Ley posterior o específica podía modificar este modelo, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, 1971, pág. 58 y ss.). Pero la práctica enseña que bajo las formas de “Circulares” y “Resoluciones” de autoridades inferiores, se encontraban y encuentran reglas de evidente entidad, *vid.* con viejos ejemplos GALLEGO ANABITARTE-DE MARCOS, *Derecho Administrativo I*, 1996, pág. 81 y ss. Un último ejemplo es la **Resolución** de 10 de julio de 2003 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el *Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Nacional del Mercado de Valores* (BOE de 18 de julio de 2003), con apoyatura en el art. 14, apartado 10, de la Ley 24/88, y que *prima facie* plantea ciertos problemas al regular el régimen del personal de este ente de Derecho público, que afectan a derechos y deberes de los empleados. El Reglamento mencionado se aprueba por “**Resolución**”; esta Ley 24/1988 contiene otro artículo, el 15, que atribuye a la Comisión la facultad de dictar “**Circulares**” para la ejecución y desarrollo de las normas contenidas en los R. Decretos del Gobierno y en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, “siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello”, es decir, tal como se ha visto en todo el estudio, la Ley no prevé una delegación ni una desconcentración, sino sencillamente la atribución directa por R. Decreto o por Orden Ministerial de la facultad para aprobar normas o disposiciones, a autoridades inferiores o establecimientos-entidades (Ente) públicos. Baste esto sobre esta cuestión, en el presente contexto, en el que uno de los puntos analizados es si es necesario que la Ley prevea esta atribución de competencia normativa al Gobierno, Ministro o autoridad inferior, o basta, en el caso del Ministro con una norma reglamentaria, Decreto u Orden Ministerial. Esta segunda opción es la defendida en el presente trabajo (competencia reglamentaria ministerial según la “legislación específica”). La competencia normativa de las autoridades inferiores a Ministro, presenta peculiaridades, *vid. infra aquí*. En la LOFAGE no se encuentra una facultad general de las autoridades inferiores a Ministro para dictar disposiciones administrativas de carácter general, a diferencia de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, art. 23.2.

Este punto no parece haber cambiado (salvo el término “Circular”, que parece haber desaparecido de la Administración General del Estado, y se ha reservado a las entidades o establecimientos públicos), *vid.* el cuadro de mi Sistema de Actos Jurídicos en *Derecho Administrativo I, Materiales*, 1996, págs. 312 y ss., y pág. 80-81, y más sintético en *Acto y Procedimiento Administrativo*, GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH Y OTROS, 2001, págs. 36 y ss. Desde luego, tanto los Reglamentos como las disposiciones son normas jurídicas, frente a la concepción tradicional alemana que considera los Reglamentos o disposiciones administrativas carente de la cualidad de norma o regla jurídica (organización; ámbito interior *versus* exterior). Eduardo MELERO, bajo la dirección de Ángel MENÉNDEZ, ha defendido en la primavera de 2003, con expresa felicitación del Tribunal, su tesis doctoral sobre las disposiciones administrativas en la Administración del Estado, en la Universidad Autónoma de Madrid.

en vigor” y “leyes y reglamentos” [LOFAGE, arts. 12.2 a) (Ministros); 14.8 (Secretarios de Estado); 15 i) (Subsecretarios); y 18.1 e) (Directores generales)].

Pero hay un problema: como hemos visto, *supra* aquí marg. 8, los arts. 12 y 13 de la LOFAGE, y Exposición de Motivos VII, prohíben la **delegación o desconcentración de la potestad reglamentaria del Ministro**. Salvo que una Ley expresamente lo permita (*vid. supra, loc. cit.*, ejemplo de la Ley 13/1985), cuando un Decreto o una Orden atribuye a una autoridad inferior la facultad de dictar disposiciones generales. Sólo se puede salvar este obstáculo afirmando:

a) Que la **potestad reglamentaria** del Ministro no son las **disposiciones generales** que se atribuye a la autoridad inferior. Esto lleva un difícil problema, ya que la norma del reglamento puede ser igual a la norma de la disposición general, a la que se pretende distinguir con ciertas características (regulación más detallada y técnica, y concreción de condiciones y procedimientos de menor detalle, etc.), frente a la norma reglamentaria que desarrolla directamente la Ley completándola (Decreto u Orden Ministerial).

b) Que la atribución del R. Decreto o de la Orden Ministerial para que una autoridad inferior dicte disposiciones generales, **no es desconcentración ni delegación**, y no cae bajo la prohibición de la LOFAGE (art. 12 y 13). Que no es delegación impropia parece evidente (la autoridad inferior actúa en su propio nombre), pero en cambio parece que estamos ante una delegación propia o desconcentración: la atribución del Ministro a la autoridad inferior para dictar disposiciones generales, hecha por R. Decreto (competencia del Ministro se desconcentra en la autoridad inferior). Si, por el contrario, la atribución es por Orden Ministerial es más difícil construir una auto-desconcentración del Ministro en su autoridad inferior, y por ello materialmente habría que pensar en una delegación. Ambos supuestos están prohibidos por la LOFAGE.

A mi juicio, en esta cuestión es equívoco utilizar las expresiones delegación o desconcentración: estamos ante una atribución legal y reglamentaria de determinada competencia a determinada autoridad. La atribución legal está muy clara en el caso del Gobierno al Ministro, **pero no tan clara en el caso del Ministro a autoridades inferiores, que no tienen, como el Ministro [LOFAGE, art. 12.2 a), LdG, 4.1 b)], una competencia general para dictar reglamentos** (disposiciones generales).

En resumen, para terminar esta breve referencia a las disposiciones generales administrativas de carácter general, que se publican bajo la forma de “Resoluciones” o “Circulares” o “Instrucciones”, se puede concluir:

Recordemos:

– *La autorización por R. Decreto al Ministro para dictar normas jurídicas (reglamentos o disposiciones generales), es un procedimiento constitucional y legal; no hay delegación ni desconcentración, el Ministro actúa en virtud de la Ley, y el R. Decreto sectorial actualiza la potestad reglamentaria general [LOFAGE, 12.2 a), LdG, 4.1 b)] que ostenta el Ministro.*

Frente a esto:

– *La autorización de dictar normas jurídicas a una autoridad inferior al Ministro por un R. Decreto parece materialmente un supuesto de **desconcentración** (la competencia del Ministro se traslada al Secretario de Estado o al Director General): si una Ley no prevé este supuesto, la LOFAGE, arts. 12.2 a) y 13, y*

Exposición de Motivos VII, prohíbe la delegación y desconcentración de la potestad reglamentaria del Ministro.

– La posibilidad prevista en un R. Decreto de que el Ministro **delegue** la facultad de dictar normas jurídicas (reglamentos o disposiciones) en una autoridad inferior o diferente, es un supuesto también prohibido por el art. 12.2 a) y 13, y Exposición de Motivos VII, LOFAGE, que declara que, por su propia naturaleza, la potestad reglamentaria no podrá delegarse.

– A la vista de lo anterior, parece lógico concluir que las autoridades inferiores o diferentes al Ministro no pueden dictar normas reglamentarias (disposiciones generales) **si no está previsto en una Ley**: no es suficiente el Decreto o la propia Orden Ministerial.

– Esta dificultad podría salvarse distinguiendo la **norma reglamentaria de la norma que es disposición administrativa general**, pero la diferencia entre estos dos tipos de normas jurídicas es compleja y convencional (carácter más detallado, sin entidad, cuestiones menores de organización y procedimiento, etc., de la disposición frente al reglamento). También se puede argumentar rechazando de plano que la atribución por Orden Ministerial de la facultad normativa a las autoridades inferiores tenga algo que ver con la **desconcentración o delegación** (prohibido expresamente por la LOFAGE, como sabemos) porque en absoluto se utilizan en estas Ordenes Ministeriales estos términos, si no tan sólo las expresiones autorización, facultad, etc. **Esto puede caer en una jurisprudencia de conceptos.**

– Las autoridades inferiores al Ministro sí pueden dictar normas jurídicas en forma de **instrucciones y órdenes de servicio** (art. 21, Ley 30/1992), pero estas normas tienen un fin muy específico: dirigir la actividad de órganos jerárquicamente dependientes, y no regular o desarrollar normativa sustantiva.

– El modelo de la LdRég. Jurídico de 1957 era más claro: la potestad reglamentaria, como hoy, estaba atribuida al Gobierno y al Ministro; las disposiciones administrativas de carácter general que podían dictar las autoridades inferiores al Ministro eran las Instrucciones y las Circulares (art. 7 de la Ley de Procedimiento de 1958, y arts. 15.4º, 16.4º y 18 de la LdRég. Jurídico de 1957, que dejan claro que las autoridades inferiores al Ministro dictan disposiciones para “cuanto concierne al **régimen interno** de los servicios generales”). Naturalmente una Ley podía modificar este planteamiento de la LdRég. Jurídico de 1957, otorgando a las Circulares un ámbito superior a la mera regulación del régimen interior.

(8) Por último, también se plantea otra cuestión: si el concepto de ejecución como *competencia autonómica* engloba la facultad de dictar reglamentos de organización (por ejemplo, Estatuto Navarro 23.1 a) y 41 a); Estatuto Vasco, 20.4; Cantabria 34.2, etc.), que es lo que mantiene el Tribunal Constitucional (*vid. supra II a*) STS de 27 de mayo de 2002 que contiene una relación de sentencias del Tribunal Constitucional en este sentido). Esto puede producir cierta confusión terminológica: reglamento **ejecutivo** que desarrolla la ley, potestad **ejecutiva** que engloba reglamentos de organización, además de la aplicación de la ley por medio de resoluciones.

(9) La nueva Ley del Gobierno de 1997 también plantea otros problemas, por ejemplo, el art. 23.4 que sanciona con *nulidad* las resoluciones administrativas que

vulneran lo establecido en el reglamento, aunque hayan sido dictadas por igual o superior jerárquica que el que lo haya probado; sin embargo, en el derecho hasta ahora vigente y en la tradición española este supuesto se formulaba como prohibición “no podrán vulnerar...” (art. 52.2 Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común y art. 30 LdRég. Jurídico de 1957). También habría que citar aquí el art. 24.4 de la Ley del Gobierno de 1997, que tan sólo exige, *prima facie*, la *íntegra publicación* en el “Boletín Oficial del Estado” de los *reglamentos aprobados por el Gobierno*, para su entrada en vigor, cuando obviamente también existen reglamentos de los Ministros.

(10) Una omisión, a mi juicio, es que el art. 24 de la LdG no debía haber regulado sólo el procedimiento para elaborar reglamentos, sino las **disposiciones generales** (como hacía el art. 129 de la Ley de Procedimiento de 1958); o quizá, mejor, haber incluido una cláusula de salvaguarda: “este procedimiento no se aplicará a otras disposiciones administrativas generales, que se elaborarán por el procedimiento que se establezca al respecto”. Ejemplo de este supuesto es la **fijación de los valores catastrales por las Ponencias respectivas**, que son indudablemente normas, que después se aplican por medio de liquidaciones individualizadas, y que se elaboran con un procedimiento especial (art. 70 y ss. Ley de Haciendas Locales de 1988). Precisamente para escapar del art. 24 de la LdG (y salvar la legalidad de la Ponencia), el Tribunal Supremo ha calificado estas ponencias como **actos administrativos dirigidos a una pluralidad de sujetos**, y por lo tanto, no disposiciones o normas, tesis que difícilmente se puede compartir.

Pero de todas estas cuestiones hay que centrarse en determinados puntos, objeto preferente del presente estudio.

4. PROPUESTA GENERAL

22. Lo que interesa es fundamentar cómo se puede explicar ese aparente monopolio del ejercicio de la potestad reglamentaria (y función ejecutiva) que ostenta el Gobierno, de acuerdo con la segunda frase del art. 97. El Fundamento Jurídico trascrito de la Sentencia 135/92, más que razonar, afirma que la potestad reglamentaria se puede desconcentrar y que el art. 97 hay que entenderlo en el sentido de que otorga potestad reglamentaria al Consejo de Ministros y a los Ministros que lo componen. A nuestros efectos interesa decir lo siguiente:

(1) Tanto la función ejecutiva como la potestad reglamentaria, se ejercen por el Gobierno, pero **de acuerdo con la Constitución y las leyes**.

(2) Esta cláusula “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, permite solucionar limpiamente la aparente formulación constitucional del ejercicio exclusivo por parte del Gobierno de la potestad reglamentaria. El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria (y la ejecutiva), no para la ejecución de las leyes, como era la tradición española (“Reglamentos que sean conducentes a la ejecución de las leyes” desde 1912, y art. 79 Constitución de 1931: “Reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las Leyes”), sino que precisamente la potestad reglamenta-

ria la ejerce el Gobierno **de acuerdo con la Constitución y las leyes**, lo cual significa que la Constitución autoriza al legislador a limitar el campo de la potestad reglamentaria del Gobierno y atribuir el resto de la potestad reglamentaria al órgano que le parezca oportuno²²; lo usual es la autorización al Consejo de Ministros y al Ministro, pero nada impide que la Ley autorice también al ejercicio de determinada potestad reglamentaria a otra autoridad, pero no en “blanco”, sino conteniendo los criterios de la autorización reglamentaria (“... de acuerdo con las leyes”).

(3) El resultado es que el Ministro no tiene potestad reglamentaria como Jefe del Departamento ministerial porque sea miembro del Gobierno, (afirmación bajo la que se encuentra la incorrecta comprensión de que el Gobierno es un órgano complejo compuesto del Consejo de Ministros y de sus miembros, y también de las Comisiones Delegadas, etc.²³), como si las funciones ejecutivas del Gobierno continuaran permaneciendo en la persona del Ministro. Esto no es correcto, porque el Ministro como Jefe del Departamento ya no es miembro del Gobierno, sino Jefe de un órgano administrativo, monocrático y jerarquizado. Las competencias atribuidas al Gobierno, como se ha dicho desde el primer momento en el presente análisis, lo son a un órgano específico, esto es, al Consejo de Ministros presidido por el Presidente del Gobierno.

(4) El Ministro tiene competencia reglamentaria porque la Ley [en este caso, la LdG, arts. 5.1 h) y 4.1 b)], *ha distribuido la potestad reglamentaria*, atribuyendo al Consejo de Ministros las normas reglamentarias para el **desarrollo y la ejecución de las leyes**, así como las que sean procedentes, y a los Ministros la potestad reglamentaria en las **materias propias de su Departamento** y en la **legislación específica**, competencia que se concreta a veces, en las *correspondientes leyes*, bien expresamente, bien implícitamente, y otras se ejerce en virtud de la expresa general atribución legal de esta facultad [art. 4.1 b) LdG y 12.2.a) LOFAGE de 1997, y antes art. 14.3 Ley Régimen Jurídico de 1957]. Este argumento es igualmente válido para el caso de que la Ley haya atribuido potestad reglamentaria a determinadas entidades estatales (Comisiones, etc.), por ejemplo, Ley 13/94 del Banco de España, Ley 24/98 del Mercado de Valores, Ley 54/97 del Sector Eléctrico, si bien en estos dos últimos casos, por mandato legal los Decretos y Ordenes correspondientes que desarrollan la Ley, deben de *autorizar* expresamente esta facultad (dichas leyes utilizan el término “habilitar” sin razón, frente al tradicional, autorizar).

²² La formulación del art. 97, según la cual la potestad reglamentaria se ejerce “de acuerdo con la Constitución y las Leyes”, y no según la fórmula tradicional “para la ejecución de las Leyes”, permite fundamentar constitucionalmente la potestad reglamentaria *praeter legem* recogida en el art. 5.1 h) de la LdG; la actual formulación de la Constitución era la que constaba en el Anteproyecto Constitucional, que preveía unas materias propias de la Ley y atribuía a la potestad reglamentaria las materias no reservadas a la Ley, con lo cual la necesidad de romper con la tradicional fórmula “reglamentos para la ejecución de las leyes”, era evidente. Pese a eliminar la específica “reserva de Ley” y declarar una potestad legislativa ilimitada, la Constitución ha mantenido la amplia formulación de la potestad reglamentaria. La “astucia de la razón”.

²³ Convencido de esta argumentación de Ángel MENÉNDEZ (después recogida por el TC, en STC 135/92 F.J. 3, *supra aquí en a) marginal 4*) esto es lo que mantuvo en la primera edición al comentario del art. 97 en la obra de EDERSA-ALZAGA tomo VIII, 1985, pág. 85 y ss.

23. Así, el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 97, 20 frase CE): el fundamento de esta competencia es *constitucional*, pero su ámbito concreto es legal, mientras que el fundamento y el ámbito de la potestad reglamentaria de otros sujetos jurídico-públicos es *legal*. Evidentemente esta atribución legal a otros sujetos jurídico-públicos de potestad reglamentaria, no puede vaciar de contenido la competencia reglamentaria constitucionalmente atribuida al Gobierno: responsabilidad política frente a organismos sin legitimación democrática. Así como tampoco la atribución legal al Ministro, de desarrollo reglamentario de la ley, debe hurtar la competencia reglamentaria ejecutiva del Consejo de Ministros.

El peso de la potestad reglamentaria se encuentra en el Gobierno, esto es, en el R. Decreto del Consejo de Ministros, y es una manifestación del principio colegial del Gobierno. Tener en cuenta los **principios departamental y colegial** en la configuración del Gobierno, tiene el interés de ayudar a comprender, y en su caso argumentar, cuestiones relacionadas con la competencia reglamentaria del Consejo de Ministros y del Ministro.

V. CONCLUSIONES²⁴

A)

– *El art. 97, 2ª frase CE, no otorga al Gobierno el monopolio de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria, sino que estas dos “funciones” se ejercen según la Constitución y las leyes. Esto significa que el legislador puede acotar el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno, otorgando el resto a otros sujetos jurídico-públicos, normalmente al Ministro.*

– *De acuerdo con la tradición española, el Gobierno aprueba los reglamentos (generales) para la ejecución de las leyes (art. 5.1, h) LdG), y a los Ministros se les otorga la potestad reglamentaria en “las materias propias de su Departamento” (art. 4.1 b) LdG), y en los “términos de la legislación específica” [art. 12.2.a) LOFAGE], esto es, tanto el desarrollo y aplicación de la normativa reglamentaria sobre la materia incluida en el sector de su Departamento, como la organización y funcionamiento del Ministerio, si bien la competencia para aprobar la organización, incluido el cargo de Subdirector General, corresponde al Consejo de Ministros (art. 10 LOFAGE).*

– *No es correcto mantener que el Ministro ejerce potestad reglamentaria como un reflejo de la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno, del que forma parte. El Ministro como Jefe de su Departamento no es miembro del Gobierno, sino Jefe de un órgano monocrático. Es confuso utilizar las expresiones “deslegalización”,*

²⁴ Las conclusiones detalladas del apartado III, se encuentran en el marginal o epígrafe 12 de dicho apartado; unas conclusiones sobre las “Resoluciones” (disposiciones) de las autoridades inferiores al Ministro, cuestión lateral en este estudio, *supra* IV, marginal 21 (7).

“desconcentración”, “delegación”, “potestad originaria”, para explicar las normas reglamentarias dictadas por Ministros, y otros órganos o entidades personificadas. Todos ellos ejercen la potestad reglamentaria (en forma de Decreto, de Ordenes, de Circulares, Resoluciones), por mandato constitucional y porque la Ley así lo ha determinado expresamente, (“ejerce la potestad reglamentaria ... de acuerdo con las leyes”).

– La expresión “materias propias de su Departamento” [art. 4.1.b) Ley del Gobierno] o “en los términos de la legislación específica” [art. 12.2.a) LOFAGE], abarca no sólo la organización interna ministerial y las relaciones especiales de sujeción, sino la materia (agricultura, educación, fomento, etc.) del Departamento Ministerial. “Legislación” en el artículo 12.2.a) LOFAGE es Ley y Decreto.

– La distinción – absolutamente dominante– entre reglamentos ejecutivos y reglamentos organizativos, éstos últimos de ámbito interno, ministerial, doméstico, etc. no parece teórico-jurídicamente correcta. El Ministro ejerce una competencia directamente basada en la Ley y en el Decreto correspondiente, y a partir de ese momento motu proprio dicta normas en las materias de su Departamento (obras públicas, educación, agricultura, hacienda, defensa, etc.), respetando siempre la primacía y reserva de ley. Otra comprensión, que lleva a desvirtuar –para salvar la Orden Ministerial reglamentaria– el concepto de reglamento de organización, con efectos “ad intra”, no es razonable. No parece estar de acuerdo con el Derecho positivo ni con la práctica estatal, el lecho de Procusto que impone la doctrina dominante a la expresión “materias propias de su Departamento” o “en los términos de la legislación específica”, que es como se define legalmente y de forma genérica la potestad reglamentaria del Ministro.

– La ley “no delega” “ni habilita” al Gobierno a dictar reglamentos sino que el Gobierno tiene competencia reglamentaria constitucional y por ello originaria, aunque la ley pueda modular dicha potestad reglamentaria. El Gobierno por R. Decreto no delega en el Ministro ninguna potestad reglamentaria. El Ministro tiene potestad reglamentaria genérica por leyes administrativas principales (LdG, LOFAGE) para desarrollar y permitir la aplicación del Decreto reglamentario que se subsume bajo la expresión “materias propias de su Departamento” o “legislación específica”. El único límite a esta potestad reglamentaria, tanto del Gobierno como del Ministro, es la primacía de ley, que en el caso del Ministro incluye también los Decretos reglamentarios, y la reserva de ley.

– Las Leyes y los Decretos, respectivamente, atribuyen directamente al Gobierno y al Ministro ejercer una potestad reglamentaria que ya tienen constitucional (art. 97 CE) y legalmente otorgada [LdG art. 4.1 b); LOFAGE, art. 12.2 a), respectivamente]. Es absolutamente desorientador e incorrecto, por lo tanto, utilizar las expresiones delegación (la institución tal y como está regulada en la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo, se refiere a una delegación impropia) para designar la atribución constitucional y legal de la potestad reglamentaria del Gobierno y del Ministro. A lo sumo, se podría hacer referencia aquí a una desconcentración, lo cual no es muy exacto técnico-jurídicamente, pero, por lo menos, pone de manifiesto que la potestad reglamentaria del Ministro se ejerce por esta autoridad en su propio nombre y por su cuenta, y no “nomine alieno” como en la delegación regulada en

la Ley 30/92 (art. 13) y en la antigua LdRég. Jurídico de 1957 (art. 22) y Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 4, 41, 93 y 118).

– La potestad reglamentaria del Gobierno tiene un fundamento constitucional y delimitación legal, y la potestad reglamentaria de otros órganos o entidades públicas tiene una fundamentación y ámbito legal.

– Frente a la tradicional expresión “reglamentos para la ejecución de las leyes”, la cláusula “potestad reglamentaria según la Constitución y las leyes” (art. 97, 20 frase), permite fundamentar constitucionalmente una potestad reglamentaria “*prae-ter legem*”, reconocida hoy legalmente de forma general [art. 5.1 h), último inciso, LdG], así como fundamentar limpiamente en el Ministro una competencia reglamentaria de “desarrollo y aplicación” de la ley (cláusula usual), aunque esta autorización no podrá alterar el ámbito institucional del principio colegial del Gobierno español en la Constitución ni, por supuesto, infringir la primacía y reserva de ley.²⁵

B)

El modelo (que ha sido y será precisado en los diferentes casos que se plantean en la jurisprudencia), es el siguiente:

– El Consejo de Ministros ejerce la potestad reglamentaria según la Constitución y las leyes. Esto significa que las leyes pueden modular la potestad reglamentaria del Gobierno, quitándole el monopolio de esta competencia y atribuyéndosela al Ministro o a otra autoridad o entidad.

– La potestad reglamentaria se ejerce por el Consejo de Ministros o Gobierno, de acuerdo con la Constitución y las leyes, y las leyes (las generales, LdG, LOFAGE) atribuyen al Ministro potestad reglamentaria “en las materias propias de su Departamento” y “en los términos de la legislación específica”, de tal manera que la Ley, y por ello de acuerdo con la Constitución, la potestad reglamentaria se atribuye al Gobierno y al Ministro. El ámbito de la potestad reglamentaria del Ministro viene definido por la legislación específica, en las materias propias de su Departamento, bajo lo que hay que entender tanto las leyes sectoriales como los decretos de desarrollo. Legislación específica quiere decir Ley y Decreto.

– La cuestión es cuál es el límite de la Ley a la hora de modular la potestad reglamentaria. Esto puede hacerse tanto por leyes generales como por leyes concretas. Por ejemplo, leyes generales que atribuyen al Ministro la potestad reglamentaria de las “materias propias de su Departamento” (LdG 4.1.b) o ejercer la potestad reglamentaria “en los términos previstos en la legislación específica” [art.12.2.a) LOFAGE], quiere decir que el Ministro tendrá competencia reglamentaria según las

²⁵ Es obvio que la primacía de Ley es un principio relativamente sencillo (jerarquía), pero la reserva de Ley es hoy en España una cuestión que no es nítida y pacífica, Vid. la ponencia de Ángel MENÉNDEZ en el libro del que este estudio forma parte *Derecho europeo comparado sobre Ley y reglamento* (Universidad Rey Juan Carlos y Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.). La polémica cuestión de los requisitos de la regulación legal para satisfacer el principio de reserva de Ley –que no es objeto del presente trabajo–, ha sido abordado parcialmente con ocasión de las SSTS [vid. *supra*, cp. 16, en (V,b)].

leyes y los RR Decretos. Y el otro típico ejemplo es el art. 5.1.h de la LdG: el Consejo de Ministros aprueba los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes.

Es un mandato legal pero no constitucional, que el Gobierno apruebe los reglamentos (generales) para el desarrollo y ejecución de las leyes (art. 10.6 LdRég. Jurídico de 1957; art. 5.1.h LdG de 1957). Por lo tanto, una ley puede atribuir al Ministro su desarrollo reglamentario porque es una ley posterior que modifica la anterior competencia. El límite de esta atribución legal al Ministro para dictar reglamentos, debe de ser el respeto al principio colegial del Gobierno²⁶ recogido en la Constitución. Llevado al límite el principio departamental, cabría pensar en que la mayor parte de las leyes autorizarían a los Ministros a desarrollar ellos solos las diversas leyes. Pero esto no sería constitucional en España porque el órgano colegial o Gobierno tiene atribuida también la potestad reglamentaria. Por lo tanto, el límite a la potestad reglamentaria del Ministro atribuida por la correspondiente ley es no socavar, ni eliminar, ni vaciar de contenido la constitucional competencia reglamentaria del Gobierno. De cualquier forma, la cuestión está alejada de la realidad, la potestad reglamentaria se concentra en los RRDD del Gobierno.

– Mientras una Ley expresa no autorice al Ministro aprobar un reglamento que desarrolle de forma general y esencial una ley, la potestad reglamentaria ministerial está vinculada por la primacía de Ley, según la cual se atribuye al Gobierno aprobar los reglamentos (generales) de desarrollo para la ejecución de la ley [LdG art. 5.1 h), primer inciso].

– No parece existir ilegalidad en una Orden Ministerial que fija y regula determinados puntos de una Ley por autorización expresa de ésta (o de otra). La legalidad de la Orden Ministerial reglamentaria que desarrolla un R. Decreto, con o sin cláusula de estilo de autorización, tiene su fundamento en la atribución [arts. 4.1 b) LdG; 12.2 a) LOFAGE] al Ministro para ejercer la potestad reglamentaria en los términos de la legislación específica (ley y decreto correspondiente), respetando primacía y reserva de Ley, y los principios generales del Derecho y de la Administración (proporcionalidad).

– El Ministro tiene potestad reglamentaria genérica establecida en la LdG y en la LOFAGE, y la potestad reglamentaria que le atribuya “ad hoc” la ley correspondiente. Es evidente que, para respetar la Constitución, la ley, tanto la que autoriza al Gobierno a dictar reglamentos como la que autoriza al Ministro, debe contener los criterios esenciales para esa futura norma reglamentaria del Gobierno o del Ministro.

– En resumen, el poder reglamentario del Consejo de Ministros, del Gobierno y de los Ministros que es constitucional y legal respectivamente, está modulado por las diferentes leyes (generales y específicas); el ámbito de la potestad reglamentaria del Ministro está determinada por la Ley y el R.D. (“legislación específica”, dispone la LOFAGE art. 12.2 a). El límite se encuentra en el equilibrio entre el principio colegial y el principio departamental: la ley puede atribuir –en contra de la

²⁶ Vid. sobre estos principios mi estudio sobre el Gobierno en el tomo VIII, pág. 118 y ss. de la segunda edición de 1996 de la obra *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA-ALZAGA.

regla general— a un Ministro su desarrollo reglamentario siempre y cuando los criterios para dicha norma reglamentaria estén precisados en la ley.

*– Lo usual y práctica tradicional –apoyada en las Constituciones españolas desde 1812–, es que el desarrollo reglamentario de la ley, necesario para su ejecución se haga por Decreto, y el Ministro tiene competencia general (a parte de la que esté modulada por el Decreto reglamentario) para dictar las normas reglamentarias de aplicación de dicha ley y decreto. Pero la Constitución de 1978, otorga al Gobierno una competencia genérica reglamentaria (no específicamente para la ejecución de las leyes) que se ejercerá de acuerdo con la Constitución (primacía de ley, reserva de ley, derechos fundamentales, etc) y las leyes. Por ello es constitucional una ley que autorice al Ministro a desarrollar una ley, o parte de ella, y también un reglamento “*praeter legem*” art. 97 CE 2ª frase y art. 5.1.h) último inciso de la LdG, pero nunca “*contra legem*”.*

*– Los problemas sobre la potestad reglamentaria son muchos y a veces estamos ante una jurisprudencia del caso. El marco general establecido en este estudio parece el correcto de acuerdo con el Derecho positivo y una teoría jurídica-estatal española. La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en España (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) es muy abundante. La jurisprudencia, al fiscalizar un reglamento concreto, se encuentra ante diversos tópicos: si se ha respetado el procedimiento de su elaboración (Secretaría General Técnica, audiencia a entidades interesadas), si tiene carácter ejecutivo de desarrollo de ley o no, ya que en este caso no está sometido al preceptivo dictamen del Consejo de Estado, o por el contrario son reglamentos de organización o regulaciones sobre relaciones especiales de sujeción, etc. Se trata de *topoi* –que, como se ha expuesto a lo largo de este estudio, no podemos compartir plenamente– que sirven para salvar o anular (las menos veces) el reglamento fiscalizado. Por la servidumbre del caso y por la tensión que implica salvar la presunción de validez de un acto estatal, en algunas ocasiones ciertas afirmaciones de los Tribunales de Justicia no pueden vincular a un estudio distanciado y teórico-jurídico de la potestad reglamentaria.*