

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS Y EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD REGLAMENTARIA AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE ABRIL DE 2018

BELÉN MARINA JALVO
Universidad de Alcalá

Cómo citar/Citation

Marina Jalvo, B. (2019).

Algunas precisiones sobre los presupuestos y el alcance del control judicial de la inactividad reglamentaria al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018.

Revista de Administración Pública, 208, 239-263.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.07>

Resumen

En el control de la inactividad reglamentaria, y tratándose de supuestos de omisiones reglamentarias parciales, los tribunales han admitido la posibilidad de condenar a la Administración a incorporar en un reglamento una concreta previsión normativa, siempre previa constatación de la existencia del deber legal de dictar una disposición en un determinado sentido, pero sin incidir en otros aspectos discrecionales del ejercicio de la potestad reglamentaria. La STS de 5 de abril de 2018 ha enjuiciado un supuesto de inactividad reglamentaria total y ha condenado al Gobierno a dictar el reglamento omitido en un plazo determinado de tiempo, por estimar que tanto la obligación de dictar el reglamento como parte del contenido del mismo y el deber de promulgarlo dentro de un plazo específico estaban establecidos en la ley. La sentencia matiza así el carácter enteramente discrecional que hasta esa fecha la jurisprudencia ha venido predicando del ejercicio mismo de la potestad reglamentaria y de la elección del momento oportuno para su ejercicio. El fallo de la STS de 5 de abril

de 2018 no debe entenderse fuera del contexto en que se dicta, y a pesar de que no todos sus pronunciamientos sean acertados, conviene resaltar la relevancia de algunas de las consideraciones que realiza, pues pueden permitir una ampliación razonable del alcance del control judicial de la inactividad reglamentaria.

Palabras clave

Potestad reglamentaria; carácter discrecional; plazo de ejercicio; inactividad reglamentaria; control judicial.

Abstract

In relation to the control of regulatory inactivity, more especially cases of partial regulatory omissions, the courts have recognised the possibility of requiring the administration to include in a given regulation a particular provision whenever the legal duty is found to exist of making a ruling in a given direction, but without affecting other discretionary aspects of the exercise of regulatory powers. The High Court Sentence (HCS) of 5 April 2018 regarding a case of total regulatory inactivity has sentenced the Government to include the omitted provision within a given period on the grounds that both the duty to include the rule as part of the regulation's contents and the duty to promulgate it within a certain period were stipulated by law. Thus, the sentence qualifies the entirely discretionary nature hitherto attributed by jurisprudence to this exercise of regulatory powers and to the choice of the best moment for said exercise. The HCS of 5 April 2018 should not be taken out of context, and while some of its considerations may not be sound, the importance of others needs highlighting since they may permit some reasonable extension to the scope of the judicial control of regulatory inactivity.

Keywords

Regulatory powers; discretionary nature; period of exercise; regulatory inactivity; judicial control.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INACTIVIDAD FORMAL NORMATIVA: 1. Cuestiones generales. 2. La concreción objetiva y subjetiva de la prestación y la legitimación de los recurrentes. 3. El plazo fijado por la ley para su desarrollo reglamentario. 4. El incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley o la creación de una situación contraria al ordenamiento jurídico. 5. La existencia de circunstancias que impidan el cumplimiento de la obligación legal de desarrollo reglamentario: 5.1. *La prohibición de incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público establecida por las Leyes de Presupuestos*. 5.2. *Consideraciones generales sobre la actividad desarrollada en el caso enjuiciado*. III. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD REGLAMENTARIA: 1. En particular, el control judicial del plazo para el desarrollo reglamentario de la ley. 2. Los órganos judiciales pueden obligar a la Administración a cumplir la obligación de desarrollo reglamentario incumplida.

I. INTRODUCCIÓN

La disposición adicional quinta de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI, abreviado) suprimió una serie de escalas de funcionarios de la agencia estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial y de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, y creó las escalas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado¹, entre las que se encuentra la escala de científicos titulares, integrando en ella al personal funcionario que, en el momento de entrar vigor esta ley, pertenecía a las suprimidas escalas de científicos titulares del Consejo Superior de Investigaciones Científicas

¹ Se trata de las escalas de profesores de investigación de Organismos Públicos de Investigación, investigadores científicos de Organismos Públicos de Investigación y científicos titulares de Organismos Públicos de Investigación. Véase el art. 25.2 y la disposición adicional sexta de la LCTI.

o de investigadores titulares de los Organismos Públicos de Investigación, con independencia de la situación administrativa en que se encontrase el mencionado personal.

La disposición adicional séptima estableció el régimen retributivo de las escalas creadas por la LCTI, disponiendo que el personal investigador funcionario que se integrase en la escala de científicos titulares de Organismos Públicos de Investigación tendría el sistema retributivo correspondiente a la escala de científicos titulares del Consejo Superior de Investigaciones Científicas suprimida, en los términos establecidos en esta ley sobre carrera profesional del personal funcionario investigador. En concreto, el art. 25 LCTI estableció una serie de disposiciones sobre los sistemas de evaluación del desempeño y el régimen retributivo de las escalas científicas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado².

² En este sentido, según el art. 25 LCTI, «1. El personal investigador funcionario de carrera al servicio de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado tendrá derecho a la carrera profesional [, y] 5. A efectos de la carrera profesional horizontal, la evaluación del desempeño tendrá en cuenta los méritos del personal investigador en los ámbitos de investigación, de desarrollo tecnológico, de dirección, de gestión o de transferencia del conocimiento. En la evaluación se incluirán las actividades y tareas realizadas a lo largo de toda la carrera profesional del personal investigador. El reconocimiento de tales méritos tendrá los efectos económicos previstos en la normativa vigente para las retribuciones complementarias relacionadas con el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos. En consecuencia, en el complemento específico, además del componente ordinario, que se corresponderá con el asignado al puesto de trabajo desempeñado, se reconoce un componente por méritos investigadores. A tales efectos, el personal investigador funcionario de carrera podrá someter a evaluación la actividad realizada en Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado en régimen de dedicación a tiempo completo cada cinco años, o período equivalente si hubiera prestado servicio en régimen de dedicación a tiempo parcial. El personal adquirirá y consolidará un componente del complemento específico por méritos investigadores por cada una de las evaluaciones favorables. Asimismo, el personal investigador funcionario de carrera podrá someter la actividad investigadora realizada cada seis años en régimen de dedicación a tiempo completo, o período equivalente si hubiese prestado servicio en régimen de dedicación a tiempo parcial, a una evaluación en la que se juzgará el rendimiento de la labor desarrollada durante dicho período. El personal adquirirá y consolidará un componente del complemento de productividad por cada una de las evaluaciones favorables».

En virtud de la disposición transitoria quinta de la LCTI³, las referidas normas del art. 25 LCTI relativas a los sistemas de evaluación del desempeño y al régimen retributivo de las escalas científicas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado no serían aplicables al personal investigador procedente de las escalas extintas hasta el día 1 de enero de 2014.

Por último, la disposición final décima habilitó al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la LCTI⁴.

Además de las disposiciones de la LCTI ya aludidas, deben tomarse en consideración las previsiones de las Leyes de Presupuestos para los años 2014 y 2015, en cuya virtud las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrían experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2013, del mismo modo que cualquier nueva actuación propuesta por los departamentos ministeriales no podría suponer aumento neto de los gastos de personal al servicio de la Administración⁵.

³ Según la disposición transitoria quinta, relativa a sistemas de evaluación del desempeño y régimen transitorio retributivo de las escalas científicas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado: «El personal investigador funcionario que se integre en las Escalas de Profesores de Investigación de Organismos Públicos de Investigación, de Investigadores Científicos de Organismos Públicos de Investigación, y de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación, mantendrá el sistema retributivo aplicable a la correspondiente escala suprimida de la que proceda hasta el 31 de diciembre de 2013 incluido. Hasta esa fecha, mantendrán también su vigencia los actuales sistemas de evaluación del desempeño del personal investigador funcionario al servicio de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado. A partir del 1 de enero de 2014 incluido, le será de aplicación el sistema retributivo establecido en el artículo 25.5 y en la disposición adicional séptima, apartados 1, 2 y 3, de esta ley».

⁴ En su virtud, «El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Ciencia e Innovación, dictará en el ámbito de sus competencias las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en la presente ley».

⁵ El art. 20 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, al regular las Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, disponía que: «En el año 2014, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2013, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo». Además, la disposición adicional vigésima segunda establecía que: «Durante el año 2014, cualquier nueva actuación que propongan los departamentos ministeriales no podrá suponer aumento neto de los gastos de personal al servicio de la Administración».

Al amparo del art. 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y previo expreso requerimiento administrativo realizado por escrito de 21 de septiembre de 2015, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la inactividad administrativa integrada por el incumplimiento del Gobierno de la obligación de dictar la disposición reglamentaria impuesta por la disposición final décima de la LCTI, en relación con el art. 25 y las disposiciones adicionales sexta y séptima de la misma norma, que regulan, como ya se ha señalado, el reconocimiento de derecho a la carrera profesional del personal investigador funcionario, la creación de las escalas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y su régimen retributivo, respectivamente.

Los recurrentes —funcionarios de carrera pertenecientes a la escala de científicos titulares de Organismos Públicos de Investigación (creada por la disposición adicional sexta, apdo. 3, de la LCTI)— solicitaron que, al amparo del art. 32.1 de la ley jurisdiccional, se condenase a la Administración al cumplimiento de su obligación, alegando que, a pesar de la previsión legal de que el nuevo régimen de carrera profesional y retributivo entraría en vigor el 1 de enero de 2014, y además del claro y expreso mandato de desarrollo reglamentario, la Administración había incurrido en manifiesta inactividad reglamentaria.

La STS de 5 de abril de 2018⁶ estimó el recurso, apreciando la existencia de inactividad reglamentaria por haber incumplido el Gobierno la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima y concordantes de la LCTI, y condenó a la Administración a dictar la norma reglamentaria omitida, fijando al efecto un plazo de seis meses.

El presidente de la Sección, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y el magistrado don Rafael Toledano Cantero formularon voto particular, manifestando que, si bien compartían que la inactividad reglamentaria es controlable jurisdiccionalmente, discrepaban de la sentencia en todo lo demás, por estimar que en el caso enjuiciado no se estaba ante un supuesto de inactividad reglamentaria susceptible de control judicial.

Por su parte, el art. 20. 2) y la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, contenían las mismas previsiones pero referidas al año 2015.

⁶ Sección Cuarta, recurso de casación núm. 4267/2016 (RJ 2018, 1663), ponente Excmo. Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

II. LA INACTIVIDAD FORMAL NORMATIVA

1. CUESTIONES GENERALES

La STS de 5 de abril de 2018 (en adelante, la Sentencia) comienza señalando que la posibilidad de recurrir contra la inactividad prestacional contemplada en el art. 29.1 de la ley jurisdiccional comprende también los supuestos de inactividad formal, entendida como falta de realización por la Administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida⁷, ha sido admitida ya por la Sala en varias sentencias, como las de 20 de junio y 22 de diciembre de 2005, 1 de febrero de 2006 y, particularmente, la dictada el día 3 de diciembre de 2008, donde se condenó a la Administración a proceder a la recuperación de oficio de una vía pecuaria⁸.

Del repaso de la jurisprudencia mencionada por la Sentencia y de los preceptos de la LJCA relativos al control judicial de la inactividad se extraen una serie de consideraciones y de requisitos a tener en cuenta para la resolución del asunto litigioso.

En primer lugar, la Sentencia recalca que la caracterización de la potestad reglamentaria como una potestad discrecional no impide el control judicial de las omisiones o inactividades reglamentarias cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley.

En segundo lugar, recuerda el Tribunal Supremo que, de conformidad con el art. 71.2 de la ley jurisdiccional, los tribunales contencioso-administrativos no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados, de modo que los

⁷ Entre otros muchos estudios doctrinales sobre el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad administrativa, pueden verse los de A. Nieto (1999), «La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998», *RJA*, número extraordinario, págs. 45 y ss.; M. Sánchez Morón (2001), «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, págs. 163 y ss., y T. De la Quadra-Salcedo (1998), «Comentario del artículo 29», en «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *REDA*, 100.

⁸ Conviene precisar, no obstante, que ninguna de las sentencias mencionadas enjuiciaba supuestos de inactividad reglamentaria.

órganos judiciales no pueden sustituir a la Administración en cuanto tiene de discrecional el ejercicio de esa potestad reglamentaria.

En tercer lugar, y no obstante lo dispuesto por el art. 71 LJCA, la Sentencia admite que puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que esta tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido.

A las consideraciones generales expuestas, debe añadirse la referencia a los presupuestos que con carácter general han de concurrir para apreciar la existencia de un supuesto de inactividad administrativa susceptible de control judicial (art. 29.1 LJCA), a saber, la existencia de la obligación incondicionada impuesta por una ley, la existencia de una prestación concreta a favor de personas determinadas y la legitimación de los recurrentes, que la Sala estima concurrentes en el concreto caso que se enjuicia.

2. LA CONCRECIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA PRESTACIÓN Y LA LEGITIMACIÓN DE LOS RECURRENTES

Entre los requisitos que cualifican los supuestos de inactividad previstos por el art. 29.1 LJCA⁹, la concurrencia del relativo a la existencia de una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas se ha estimado menos probable en los casos de inactividad reglamentaria, por considerar que, sin perjuicio del claro deber de dictar un reglamento ejecutivo derivado de la correspondiente disposición legal, la prestación debida —elaboración y aprobación de la norma reglamentaria— no tiene carácter concreto, ni tampoco resulta posible determinar las personas a favor de las que ha de realizarse la prestación, de modo que quedaría excluido el recurso contemplado por el precepto citado¹⁰.

Sin embargo, no puede decirse que en el presente caso exista inconcreción absoluta del contenido ni de los destinatarios de la prestación. Por lo que

⁹ En realidad, el alcance del art. 29.1 LJCA y la extensión del recurso contra la inactividad que este regula depende de cómo se interpreten los requisitos de concreción objetiva y subjetiva de la prestación debida y de quién tenga derecho a reclamar dicha prestación. Véase, en este sentido, M. Sánchez Morón (2009), «Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa», *RJA*, 43, pág. 48.

¹⁰ Según T. De la Quadra-Salcedo (1998: 301), «[...] cuando la disposición reconoce la obligación de realizar una prestación pero deja abierto al criterio de la Administración el momento o el alcance, en definitiva, cuando configura una potestad discrecional, entonces no se puede ejercitar la acción del artículo 29 de la nueva Ley».

respecta al desarrollo reglamentario de las disposiciones legales, una cosa es que el Tribunal no pueda determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos del reglamento debido (art. 71.2 LCJA), y otra distinta que la ley no haya predeterminado u orientado en un determinado sentido el contenido del reglamento ejecutivo. La LCTI establece una serie de disposiciones claras y concretas sobre las escalas de nueva creación y sobre la carrera profesional y los derechos económicos de los funcionarios que han de integrarse en ellas, sin perjuicio de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria¹¹. En todo caso, si por regla general se exigiera que el contenido del reglamento ejecutivo estuviera totalmente concretado por la ley, el recurso contra la inactividad reglamentaria sería inviable. Ahora bien, puesto que, como se acaba de señalar, la LCTI¹² lleva a cabo una regulación bastante precisa y completa del ingreso, promoción y derechos retributivos en las escalas de nueva creación, y de las condiciones de integración en estas del personal procedente de las escalas extintas, si la efectividad de tales previsiones requiriese dictar una disposición general de desarrollo, el contenido innovador de esta norma sería reducido. Por ello, cabría plantearse si la actuación exigible a la Administración en este caso tendría naturaleza normativa o si la actuación administrativa requerida quizá podría estar más próxima a la categoría de un acto administrativo ordenado, que no innova el ordenamiento, sino que lo aplica a un supuesto de hecho determinado¹³.

Para M. Sánchez Morón (2001: 207), la necesidad de concreción objetiva y subjetiva de la prestación excluye que pueda plantearse en virtud del art. 29.1 LJCA un recurso contra la inactividad reglamentaria.

¹¹ En definitiva, como ha señalado M. Gómez Puente (2000) sobre la cuestión del grado de concreción de la prestación debida a tenor de la norma, «[...] parece que la falta de concreción o definición de la prestación es inversamente proporcional a la discrecionalidad reconocida a la Administración para el cumplimiento de su deber, pero no tiene por qué afectar necesariamente a su imperatividad, obligatoriedad y exigibilidad», *La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa*, REDA, 107, pág. 336.

¹² Véanse, en especial, art. 25, disposición adicional sexta y disposición adicional séptima.

¹³ Tomando como referencia el criterio consolidado en la doctrina y en la jurisprudencia que permite distinguir los actos administrativos de las disposiciones generales considerando si el acto en cuestión innova o no el ordenamiento jurídico, y se integra en él, de forma general y abstracta, y resulta susceptible de ulteriores y sucesivas aplicaciones o si, por el contrario, se trata de un acto ordenado que no innova el ordenamiento, sino que es un acto aplicativo del mismo, en cuya aplicación se agota su eficacia, la STS de 5 de febrero de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación núm. 2986/2012, reconsideró la doctrina de la Sala sobre la doble naturaleza (de norma y de acto administrativo) en los ámbitos procesal y

Por otra parte, si con frecuencia la dificultad o imposibilidad de determinar los beneficiarios de la prestación ha frustrado la viabilidad del control judicial de la inactividad reglamentaria, tampoco en este caso existiría tal impedimento, pues, según señala la Sentencia, inicialmente, serían un total de 877 los funcionarios a los que habría de aplicarse el nuevo régimen de carrera y retribuciones¹⁴ y, por tanto, tendrían un interés directo en el cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario derivada de la LCTI.

Por último, en el caso enjuiciado no parece que pueda cuestionarse la legitimación de los recurrentes para solicitar que se obligue al Gobierno a dictar el Real Decreto necesario para la efectividad del nuevo régimen previsto por la LCTI¹⁵.

3. EL PLAZO FIJADO POR LA LEY PARA SU DESARROLLO REGLAMENTARIO

En el enjuiciamiento de este caso adquiere especial relevancia la consideración de que la obligación de desarrollo reglamentario está sujeta a plazo, pues, si bien la disposición final décima de la LCTI no lo fija expresamente, la Sentencia considera que, según la disposición transitoria quinta, el nuevo régimen jurídico habría de ser efectivo el día 1 de enero de 2014.

Además, añade la Sentencia que, en este caso, el plazo en cuestión no podría ser obviado invocando la autonomía de voluntad administrativa para determinar el momento oportuno en que dictar el Reglamento, ya que esa

sustantivo de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT), y resolvió caracterizar la RPT como un acto administrativo, es decir, un acto ordenado y no ordenador.

¹⁴ Según se señala en el voto particular, así consta en un Informe del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de diciembre de 2015, obrante en el expediente.

¹⁵ Existen precedentes en la jurisprudencia que han admitido la legitimación de los recurrentes en supuestos casi idénticos al que nos ocupa, incluso antes de que la LJCA de 1998 contemplase el recurso contra la inactividad administrativa. Así, la STS de 9 de noviembre de 1965 (RJ 1965, 5968), que admitió la legitimación de unas funcionarias que interpusieron recurso contra la negativa ministerial a la regulación reglamentaria del derecho de ascenso que les reconocía la Ley de 29 de julio de 1934. También la STS de 8 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2339), que trae causa del recurso interpuesto por varios empleados públicos que solicitaron el cumplimiento de la disposición final 1ª de la Ley de 10 de diciembre de 1979, en cuya virtud el Gobierno había de crear ciertas escalas, fijar las plantillas correspondientes y regular la forma de integración en estas de determinados empleados. El Tribunal Supremo admitió su competencia y el deber administrativo de adoptar la medida reglamentaria prevista por la Ley de 1979, pero no obligó a la Administración a cumplir tal deber.

decisión discrecional sería posible antes de la expiración del plazo establecido por la ley, pero no una vez vencido este.

Continuando en esta línea argumental sobre la relevancia del plazo establecido por la ley para su desarrollo reglamentario, el Tribunal señala que se trata de un plazo imperativo, si bien matiza que este no puede considerarse esencial a los efectos de provocar un vicio invalidante de un reglamento tardío.

Pues bien, si en la argumentación de la Sentencia la obligación de desarrollo reglamentario resulta especialmente cualificada por entenderse sujeta a plazo, igualmente se ha de resaltar que también el plazo referido es objeto de abierta discrepancia para los magistrados que formulan el voto particular. Según el criterio de los magistrados discrepantes, con carácter general, no existen plazos perentorios sino meramente indicativos para el ejercicio de la potestad reglamentaria, de modo que, en el caso enjuiciado, no cabe admitir que exista incumplimiento de la obligación legal expresa de desarrollo normativo. Considerando la falta de precedentes al respecto en la jurisprudencia, los magistrados discrepantes concluyen que tampoco de las disposiciones normativas de referencia¹⁶ puede extraerse la existencia de plazo perentorio para el desarrollo reglamentario ni, en modo alguno, la existencia de inactividad reglamentaria.

Por un lado, en el voto particular se estima que, si bien de la disposición final décima de la LCTI¹⁷ deriva la obligación de dictar los reglamentos ejecutivos que correspondan, dicha obligación no queda sujeta a plazo. Y aun en el caso de que la ley fijase un plazo para el ejercicio de la potestad reglamentaria, este sería meramente indicativo, no se trataría de un plazo de caducidad, de modo que el vencimiento del mismo sin que el Gobierno haya ejercido su competencia no daría lugar por sí solo a un supuesto ilegítimo de inactividad reglamentaria, sin perjuicio de la responsabilidad política en la que pueda incurrir por el retraso. En definitiva, según concluye el voto particular, la potestad reglamentaria es inherente al Gobierno (art. 97 CE) y este puede ejercerla en el instante que considere oportuno o conveniente.

Por otro lado, tampoco quienes suscriben el voto particular creen aceptable que las «disposiciones concordantes» aludidas sirvan para imponer un plazo imperativo para el desarrollo reglamentario. Discrepan de la interpretación que la Sentencia hace de la disposición transitoria quinta de la LCTI, pues, entienden que cuando dicha disposición considera «de aplicación desde el día 1 de enero de 2014» el nuevo régimen retributivo, no establece que dicho

¹⁶ Disposición final décima y concordantes de la LCTI.

¹⁷ En su virtud, «El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Ciencia e Innovación, dictará en el ámbito de sus competencias las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en la presente Ley».

régimen sea ya eficaz en esa fecha ni fija plazo perentorio alguno para su reglamentación, sino que simplemente abre, a partir de esa fecha, el plazo del que dispone el Gobierno para dictar los reglamentos necesarios para la ejecución de la ley y la entrada en vigor de ese nuevo régimen retributivo.

Es evidente que la disposición final décima no fija plazo para el desarrollo reglamentario de la LCTI. Es también cierto que la disposición transitoria quinta señala que el nuevo sistema retributivo será de aplicación el día 1 de enero de 2014¹⁸, si bien es razonable entender, como hace el voto particular, que es a partir de la fecha mencionada cuando el Gobierno ha de ejercer su competencia de desarrollo normativo. De lo contrario, la norma reglamentaria tendría que haber entrado en vigor el día 1 de enero de 2014, a más tardar.

4. EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN EXPRESAMENTE PREVISTA POR LA LEY O LA CREACIÓN DE UNA SITUACIÓN CONTRARIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al analizar con detalle los presupuestos de la inactividad administrativa susceptible de control judicial, el Tribunal Supremo aprecia que el caso enjuiciado constituye un indudable supuesto de inactividad formal normativa, porque la Administración incumple un claro e incondicionado deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general. La Administración ha actuado al margen de lo dispuesto por una disposición general legal y ha dejado de ejecutar la previsión de desarrollo reglamentario necesario para la efectividad de la carrera profesional y del régimen retributivo de los recurrentes que, según la Sentencia, debió entrar en vigor el 1 de enero de 2014. Estando el Gobierno plenamente sometido a la ley y al derecho (art. 103.1 CE) y siendo titular de la potestad reglamentaria¹⁹, concluye la Sentencia que se trata de una actuación susceptible de control por los tribunales a tenor de los arts. 106.1 de la CE y 8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Además de apreciar que la omisión reglamentaria integra un supuesto de incumplimiento de una obligación expresamente prevista en la ley por parte de quien tiene la potestad para llevarla a cabo, la Sentencia advierte que concurriría también el otro supuesto de control que ha sido admitido reiteradamente en las sentencias aludidas más arriba, es decir, que la omisión reglamentaria suponga la creación implícita de una situación jurídica contra-

¹⁸ Así deriva de la dicción de la disposición mencionada: «A partir del 1 de enero de 2014 incluido, le será de aplicación el sistema retributivo establecido en el artículo 25.5 y en la disposición adicional séptima, apartados 1, 2 y 3, de esta ley».

¹⁹ Véase el art. 97 de la CE, en relación con el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

ria al ordenamiento jurídico. Estima la Sentencia comentada que la omisión reglamentaria ha generado una situación de desigualdad entre los funcionarios de las nuevas escalas pues, desde que debió entrar en vigor el nuevo sistema de carrera y retributivo —1 de enero de 2014—, a causa de la inactividad administrativa, solo una parte de los funcionarios que eran objeto de una igual regulación legal han alcanzado el objetivo o finalidad de la norma legal. Si a partir de aquella fecha la igualdad jurídica debió existir, el mantenimiento injustificado de un régimen diferente para algunos (los procedentes de las escalas suprimidas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas) ha dejado de estar justificado por la desigualdad normativa de origen, dado que, según entiende la Sentencia, la LCTI amparaba esa desigualdad solamente hasta la fecha límite en que debió haberse cumplido la obligación de desarrollo reglamentario²⁰.

Tal como se señala en el voto particular, la discrepancia en este extremo es máxima, puesto que no se admite que haya plazo para que se dicte el reglamento ni que el hecho de no dictar ese reglamento en el plazo que considera la Sentencia suponga la creación de una situación de desigualdad contraria al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, parece que conviene matizar las consideraciones realizadas —tanto en los fundamentos de la Sentencia como en el voto particular— sobre los presupuestos del control judicial de la inactividad reglamentaria que el Tribunal Supremo ha venido aplicando en casos de preceptos reglamentarios que incurren en infracción omisiva y que ahora ha extrapolado a un supuesto de reglamento omitido. Pues bien, en cuanto a si el presente caso constituiría un supuesto de incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley, si la obligación legal cuyo cumplimiento se enjuicia consiste en el desarrollo reglamentario de las disposiciones legales sobre carrera y derechos retributivos, tal como se expondrá con mayor detalle en los apartados siguientes de este trabajo, no cabe sostener sin más que la fecha límite para la aprobación del Real Decreto haya de coincidir con la de la entrada en vigor de las disposiciones legales objeto de desarrollo reglamentario ni que el juicio sobre el ejercicio o no en plazo de la potestad reglamentaria haya de hacerse al margen de otras circunstancias concurrentes el caso concreto.

Por lo que respecta a si la conducta omisiva determina la creación de una situación contraria al ordenamiento jurídico, la afirmación de la Sentencia de

²⁰ Tal como señala la Sentencia, «[...] aunque lo sea por ser herederos de su situación profesional anterior, lo cierto es que desde la citada fecha solo el personal investigador procedente de las Escalas suprimidas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas obtienen un trato diferenciado frente al resto sin que exista ya una justificación objetiva y razonable derivada de su régimen legal anterior».

que la falta de desarrollo reglamentario ha creado una situación de desigualdad entre los funcionarios afectados debe ser matizada. Si bien es acertado apreciar, como hacen los magistrados discrepantes, que hay igualdad en la Ley (LCTI), de manera que la falta de aprobación del reglamento no da lugar a desigualdad alguna ante la ley, es igualmente cierto que, en tanto no se dicte el reglamento requerido, tampoco la igualdad de regímenes prevista por la LCTI sería efectiva.

5. LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDAN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE DESARROLLO REGLAMENTARIO

5.1. *La prohibición de incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público establecida por las Leyes de Presupuestos*

A mayor abundancia, el incumplimiento de la obligación legal de desarrollo reglamentario que aprecia la Sentencia se sostiene en la consideración de que en el caso enjuiciado no concurren circunstancias que hayan hecho imposible el incumplimiento total de aquella, pues no se ha dictado una norma de igual rango que deje sin efecto la obligación de desarrollo reglamentario, que amplíe el plazo de ejecución de la misma o que lo suspenda.

En particular, respecto de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2014 y 2015, que establecían prohibiciones de incremento de gasto por retribuciones de personal, esgrimidas por la Administración para justificar la falta de efectividad de las previsiones de la LCTI sobre la carrera profesional y el régimen retributivo del personal investigador afectado, la Sentencia precisa que la Ley de Presupuestos no puede, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una regulación distinta de la prevista en la norma cuya inaplicación pretende²¹. En definitiva, la Sentencia sostiene que la Ley de Presupuestos, como previsión de ingresos y de autorización de gastos para un ejercicio dado, debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar, con su desconocimiento, situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE .

Puesto que las mencionadas Leyes de Presupuestos no han modificado de forma directa y expresa las previsiones de la LCTI que aquí interesan, advierte

²¹ Insiste la Sentencia en que la Ley de Presupuestos Generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal en tanto en cuanto dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido el Tribunal Constitucional.

la STS que no pueden servir de apoyo a la Administración para no cumplir con la expresa obligación de desarrollo normativo necesario para la efectividad de los derechos que dicha ley otorga a los colectivos profesionales ya referidos.

La Sentencia va aun más allá y, enlazando con las consideraciones que efectúa sobre el plazo del que disponía la Administración para cumplir la obligación legal de desarrollo reglamentario, destaca también que las Leyes de Presupuestos alegadas como impedimento para el cumplimiento de la mentada obligación producen efectos en fecha posterior a aquella en la que venció el plazo en cuestión. En concreto, la Sentencia señala que el régimen jurídico previsto con anterioridad por la LCTI dejó de ser aplicable el 31 de diciembre de 2013, y la prohibición de gasto correspondiente a los Presupuestos para el año 2014 (Ley 22/2013, de 23 de diciembre) entró en vigor el mismo día en que debió comenzar a aplicarse el nuevo régimen jurídico de la LCTI, de modo que el desarrollo reglamentario debió llevarse a cabo antes de la fecha de entrada en vigor de la mentada prohibición de gasto establecida por la Ley de Presupuestos.

Pero, aun en el caso de que se llegase a admitir que las previsiones presupuestarias de limitación de gasto impidiesen el pleno desarrollo reglamentario —a efectos puramente económicos— de las disposiciones de la LCTI, razona la Sentencia que la conclusión de incumplimiento de tal obligación se mantendría igualmente, puesto que cabía la posibilidad —inicialmente considerada por la Administración— de desarrollo reglamentario mediante la incorporación de una disposición en la norma reglamentaria que condicionase la percepción de las retribuciones complementarias que debía reconocer el Real Decreto (quinquenos, componente de excelencia científica y sexenios) a que una futura Ley de Presupuestos Generales del Estado volviese a permitir el incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público. De este modo²², el nuevo sistema retributivo resultaría aplicable a todo el personal investigador funcionario incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto, que podría someter a evaluación el desempeño de la actividad realizada en los Organismos Públicos de Investigación, así como

²² La propia Sentencia señala [FJ 3º, 5ª)] que la posibilidad de desarrollo reglamentario condicionado se contemplaba en el apdo. IV del Informe emitido el día 10 de diciembre de 2013 (*sic*) por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (documento 5 del expediente), a resultas de la reunión mantenida con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (que contó con la asistencia del director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y del director general de Costes de Personal y Pensiones Públicas) en fecha 7 de septiembre de 2015, con la finalidad de salvar las objeciones presentadas por este departamento al proyecto de Real Decreto.

su actividad investigadora, si bien el pago de las retribuciones complementarias correspondientes al personal investigador funcionario procedente de la suprimida escala de investigadores titulares de Organismos Públicos de Investigación y a los de nuevo ingreso quedaría diferido al cumplimiento de la condición señalada.

Pues bien, la postura de los magistrados discrepantes difiere también de la sostenida en la Sentencia sobre la incidencia que en el cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario tendría la prohibición de aumento del gasto dispuesta por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2014 y 2015. En el voto particular se admite sin dudar que a partir del 1 de enero de 2014 y hasta la fecha en que se produjo el requerimiento de los actores²³, el Gobierno tenía prohibido por las Leyes de Presupuestos mencionadas dictar las disposiciones reglamentarias litigiosas, en cuanto que las mismas suponían un claro aumento neto de los gastos de personal. Esta consideración se apoya en la jurisprudencia de la propia Sala, que, ya antes de la aprobación del art. 135 de la CE y del art. 129.7 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ha afirmado tajantemente, como razón de decidir y en casos muy similares al actual, que «la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley [...] siendo erróneo sostener [...] que la aprobación de los Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa» y que «el establecimiento por parte de las Leyes de Presupuestos de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los funcionarios públicos encuentra su justificación en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13ª de la Constitución»²⁴.

Adicionalmente, se invoca el art. 33.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en cuya virtud el presupuesto aprobado en la Ley de Presupuestos determina las obligaciones económicas que, como máximo, pueden reconocer todos los sujetos integrantes del sector público y por ello despliega toda su eficacia jurídica respecto de los gastos públicos, dado que la esencia de la institución presupuestaria reside en su doble carácter de autorización, pero también de límite al Gobierno para poder realizar gastos públicos.

Planteado el debate en los términos expuestos, sin ánimo de cuestionar el valor de la jurisprudencia señalada por la Sentencia, lo cierto es que su invocación no resulta acertada en el caso que ahora nos ocupa, pues las men-

²³ 21 de septiembre de 2015.

²⁴ Se trata de las sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 2002 (Recs. 793/1996 y 1704/200).

En el mismo sentido, el voto particular también menciona la STC 222/2006, de 6 de julio (FJ 3 y Fallo).

cionadas Leyes de Presupuestos no han establecido normas ajenas a su esencia que modifiquen las disposiciones sustantivas de la LCTI. Por el contrario, la jurisprudencia aludida en el voto particular sí es aplicable al caso enjuiciado, de manera que la efectividad del nuevo régimen retributivo previsto por la LCTI no podría eludir legítimamente la prohibición de aumento de las retribuciones de los funcionarios públicos contenida en las Leyes de Presupuestos tantas veces referidas. Y ello es así aunque se admitiese la teoría sostenida en la Sentencia en cuya virtud la obligación de desarrollo reglamentario de las disposiciones de la LCTI debió cumplirse a más tardar el día 31 de diciembre de 2013. Tampoco en este caso podría negarse virtualidad a las Leyes de Presupuestos, pues, de todos modos, el oportuno Real Decreto no podría haber entrado en vigor antes del día 1 de enero de 2014, fecha en la que también era ya efectiva la consabida prohibición de incremento del gasto público.

5.2. Consideraciones generales sobre la actividad desarrollada en el caso enjuiciado

Para determinar si en un supuesto concreto ha existido inactividad administrativa jurídicamente reprochable, los tribunales suelen valorar si puede calificarse de suficiente la actuación llevada a cabo por la Administración, teniendo en cuenta que el grado de suficiencia de una actuación diferirá en su alcance según la clase de actividad de que se trate, pues el criterio no puede ser el mismo en los casos de obligaciones de la Administración derivadas de un acto previo o de un contrato que en los de ejercicio de potestades administrativas, dado que en estos supuestos la Administración dispone de mayor margen de actuación²⁵.

En todo caso, es preciso hacer una aplicación circunstanciada de los criterios con que ha de enjuiciarse la suficiencia de la actuación de la Administración²⁶. Partiendo, pues, de que la conclusión sobre la existencia o no de inactividad variará en función de la casuística, como es sabido, el ejercicio de la potestad reglamentaria requiere de un procedimiento complejo cuya tramitación exige un tiempo que la regulación aplicable no concreta.

En el supuesto contemplado por la Sentencia, si bien no llegó a aprobarse el Real Decreto que debía desarrollar las previsiones de la LCTI, lo cierto es que no hubo desidia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. El procedi-

²⁵ Véase G. Fernández Farreres (2018), *Sistema de Derecho Administrativo II*, 4ª edición, Pamplona: Civitas Thomson Reuters, pág. 623.

²⁶ Así lo pone de relieve el análisis de jurisprudencia realizado por R. De Vicente Domingo (2014), «Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente de la Administración», *REDA*, 165, págs. 90-92 y 97-98.

miento para la elaboración del correspondiente Real Decreto se había iniciado y estaba tramitándose —se encontraba en una fase muy avanzada de elaboración, a falta del Dictamen del Consejo de Estado— por la Administración con anterioridad a la manida fecha de 1 de enero de 2014 y, por tanto, también antes de que fuese requerida al amparo del art. 29.1 LJCA. Pero la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos para 2014 y la consabida prohibición de aumento de gasto público impidió la aprobación del Real Decreto. Por tanto, parece que hubo actuación suficiente por parte de la Administración, y si finalmente el Reglamento no pudo ser aprobado fue a causa de una prohibición insoslayable de aumento de las retribuciones de los empleados públicos.

III. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD REGLAMENTARIA

1. EN PARTICULAR, EL CONTROL JUDICIAL DEL PLAZO PARA EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY

Se ha señalado ya que la Sentencia concluye condenando a la Administración a dar cumplimiento inmediato a la obligación de desarrollo reglamentario omitida, fijando a tal efecto un plazo máximo de 6 meses. En este sentido, insiste el Tribunal en que, existiendo un plazo legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como se ha admitido en este caso, la garantía de la legalidad —arts. 9.1 y 103.1 CE— y la efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 CE— obligan a entender reducida ya la discrecionalidad de que podría gozar la Administración para el ejercicio de la potestad reglamentaria²⁷, por lo que procede efectuar la condena para su efectivo ejercicio en un plazo determinado, sin que ello suponga que la función jurisdiccional traspase sus propios límites y se «transforme» en función administrativa²⁸.

²⁷ En definitiva, según señala J. A. Santamaría Pastor (2014), si una disposición general prescribe el desarrollo de sus preceptos y fija un plazo al efecto, el desarrollo normativo constituye una actividad reglada para la Administración. Véase *1700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, 1ª ed., Madrid: La Ley, pág. 535.

²⁸ Matiza la sentencia que: «[...] una vez que la Administración ha sobrepasado los aspectos legalmente prefigurados para el ejercicio de su potestad, que en este caso limitaban el cuándo de su ejercicio, no es posible que la inercia administrativa quede nuevamente a su discrecional decisión sin que se lesione el interés legítimo de los recurrentes que, no lo olvidemos, tenía un respaldo jurídico evidente y constituido por un título de rango normativo como es la Ley 14/2011».

No obstante, la Sentencia se plantea también la hipótesis contraria, es decir, aquella en la que del tenor literal de las disposiciones de la LCTI se extrajera la inexistencia de plazo para el cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario. En tal caso, advierte el tribunal que la conclusión sería la misma, puesto que la mayor discrecionalidad administrativa sobre la oportunidad para ejercitar la potestad reglamentaria quedaría sujeta a la posibilidad de control por las vías tradicionalmente admitidas de reducción de la discrecionalidad administrativa y, en este caso concreto, a través de los principios generales del derecho como técnica de control de la inactividad, particularmente, el principio de igualdad, pues, como ya ha quedado expuesto, el tribunal estima que la inactividad reglamentaria ha provocado y provoca situaciones de desigualdad en relación con los beneficios previstos en la norma legal (LCTI) que debió ser desarrollada.

Sin embargo, en el voto particular se sostiene que, con independencia de que la ley establezca o no un plazo para su desarrollo reglamentario, este resulta enteramente disponible para el órgano competente²⁹, aduciendo que se trata de una potestad constitucional para cuyo ejercicio el Gobierno resulta incoercible. Y añade el voto particular que cuando los tribunales han apreciado supuestos de inactividad y han declarado la obligación de actuar de la Administración, se han abstenido de establecer el plazo para ello, evitando interferir en el *quando* de la actuación administrativa³⁰.

Pues bien, no parece aceptable el criterio del voto particular sobre esta cuestión. Por el contrario, parece prudente exigir que la potestad reglamentaria

²⁹ También en este sentido, R. De Vicente Domingo (2014: 73, 74 y 101) señala que la discrecionalidad de la Administración acotará el alcance del control judicial pero sin inmunidad de ninguna clase. Por ello, la discrecionalidad en el *cuándo* podría ser revisada jurisdiccionalmente siempre que la dilación devenga irrazonable y carente de justificación. Según este autor, es necesario que los tribunales permitan tanto la condena a actuar de manera determinada como a hacerlo en un tiempo razonable. De lo contrario, si se excluye el control judicial sin ningún matiz del *cuándo* de la actuación debida, «[...] se legitima la misma inactividad que se quiere perseguir pues la inactividad por su propia naturaleza está anclada al tiempo: el momento de ejercer la potestad, [...]. Y el derecho —el proceso— está en condiciones con frecuencia de determinar un plazo para la acción administrativa».

³⁰ Atendiendo a los términos de la STS de 1 de febrero de 2006, Sección 4ª, recurso núm. 3476/2003, «[...] debe estarse al texto de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, a cuyo tenor lo que debe hacer el Tribunal de Justicia es garantizar el cumplimiento de la legalidad y no interferir en las decisiones administrativas, sobre todo en sus elementos discrecionales como es el *quando* de las actividades».

se ejerza en el plazo legalmente establecido, siempre que resulte viable³¹. Y teniendo en cuenta la apreciación de la Sentencia de que, en el caso enjuiciado, tal plazo existía y había sido incumplido, resulta coherente obligar a la Administración a dictar la norma reglamentaria en un plazo determinado (6 meses), en vez de dejar que el órgano competente decida de forma discrecional sobre el momento en que cumplir tal deber, y es también consecuente con lo señalado por la exposición de motivos de la LJCA y reiterado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control judicial de la inactividad administrativa, que alcanza a las cuestiones normativamente predeterminadas (art. 32.1 LJCA). De esta manera, si el plazo para el ejercicio de la potestad reglamentaria está determinado en la ley, se hace más difícil sostener que, tratándose del control judicial de la inactividad administrativa, el Tribunal ha de limitarse a garantizar el cumplimiento de la legalidad, declarando la obligación de actuar de la Administración, pero sin interferir en los elementos discrecionales de las decisiones administrativas como es el *quando* de las mismas, es decir, sin fijar plazo para ello³². Por tanto, es muy destacable que la Sentencia haya abandonado esa línea y haya entrado a enjuiciar el *quando* de la actividad debida, admitiendo abiertamente la posibilidad de fijar un plazo para el cumplimiento de la actuación omitida. De otro modo, el control judicial de la inactividad tutelaría solo parcialmente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En última instancia, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, si la medida a adoptar por el órgano judicial para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada consistiera en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo [art. 71.1.c) LJCA].

Cuestión distinta es que la legislación no contemple un plazo de caducidad para la tramitación del procedimiento de elaboración y aprobación de los reglamentos³³.

³¹ Otra cosa es, como señala expresamente la Sentencia y ha venido haciendo también la jurisprudencia, que el incumplimiento del plazo previsto por la ley para su desarrollo reglamentario no sea causa de invalidez del reglamento.

Sobre el talante antiformalista de nuestro derecho administrativo en lo relativo a plazos o términos, véase, también, M. Gómez Puente (2011), *La inactividad de la Administración*, 4ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 393.

³² Véase, por ejemplo, STS de 1 de febrero de 2006, Sección 4ª, recurso núm. 3476/2003.

³³ Conviene recordar que ni las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria (arts. 128 y siguientes) ni las de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (arts. 25 y 26), que regulan el procedi-

2. LOS ÓRGANOS JUDICIALES PUEDEN OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE DESARROLLO REGLAMENTARIO INCUMPLIDA

Tras apreciar la inactividad reglamentaria y habiendo ejercitado la parte la pretensión de condena contemplada por el art. 32.1 de la LJCA, la Sentencia resuelve anular la actuación administrativa impugnada y condenar a la Administración a dar cumplimiento inmediato a la obligación de desarrollo reglamentario incumplida.

Expresado el fallo en los términos expuestos, insiste la Sentencia en que los arts. 72.1 y 32.1 LJCA, lejos de impedir que pueda imponerse a la Administración la obligación de elaborar una disposición reglamentaria, facultan expresamente para ello.

Con la intención de reforzar su pronunciamiento, y en relación con la condena a la Administración al cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario omitida, la Sentencia recuerda que no existe para ello más límite que el derivado del art. 71.2 LJCA, que impide al órgano judicial determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general dictados en sustitución de los que se anulen³⁴, e impediría también fijar el contenido de la disposición reglamentaria objeto de la inactividad. No obstante, la sentencia trae a colación la doctrina jurisprudencial pertinente, según la cual, y en virtud de lo previsto por el art. 32.1 LJCA, puede resultar viable incluso una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria que «[...] tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido»³⁵.

Las referencias realizadas al voto particular al hilo de las cuestiones abordadas en los apartados anteriores han ido poniendo de relieve que los magistrados discrepantes no estiman que el supuesto enjuiciado en la Sentencia sea un caso de inactividad reglamentaria susceptible de control judicial.

miento de elaboración de los reglamentos en el ámbito de la Administración General del Estado establecen un plazo concreto para la tramitación del mismo.

³⁴ Y así ha sido reiteradamente sostenido en la jurisprudencia. Véase, entre los últimos pronunciamientos, STS de 3 de octubre de 2018, Sección Quinta, rec. núm. 145/2017.

³⁵ Véanse, al respecto, SSTs de 8 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2339), 21 y 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1191 y 1305, respectivamente), 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 1455) y 14 de octubre de 2014, rec. núm. 758/2012.

Por otra parte, en el voto particular se resalta especialmente la circunstancia de que no existen precedentes en la jurisprudencia en los que se haya obligado a dictar *ex novo* un Reglamento. Para los magistrados discrepantes las sentencias estimatorias de inactividad administrativa invocadas por la Sentencia no son determinantes porque no es lo mismo condenar al Ejecutivo a dictar *ex novo* un reglamento en un plazo perentorio de seis meses que apreciar que, una vez ejercida ya la potestad reglamentaria por el Gobierno, puede haber en ella alguna omisión de un aspecto concreto³⁶ o que ocurra lo mismo en una simple orden departamental que omite la exigencia de algún informe en la concesión de subvenciones deportivas³⁷. Entre otros ejemplos, tampoco se estima comparable la recuperación de una vía pecuaria³⁸ con la condena al Gobierno a consolidar un aumento retributivo en quinquenios y sexenios a funcionarios investigadores que no lo tenían reconocido antes.

Por todo ello, el voto particular reitera la consideración de que los tribunales han de tener cuidado de terciar en el ejercicio de una potestad constitucional —la reglamentaria— para cuyo ejercicio el Gobierno resulta incoercible.

Ciertamente, no es comparable el pronunciamiento de la Sentencia tantas veces aquí referida con la condena a la Administración a recuperar de oficio un bien de dominio público o a iniciar un procedimiento de expropiación forzosa, por citar solamente algunos de los ejemplos aludidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los presupuestos y al alcance de control judicial de la inactividad administrativa.

Tampoco es lo mismo condenar al Gobierno a dictar *ex novo* un Reglamento en un plazo determinado que apreciar que, una vez ejercida ya la potestad reglamentaria, puede haber en la norma alguna omisión de una cuestión concreta que deba ser remediada. Pues no debe pasarse por alto que, hasta la Sentencia (que enjuicia un supuesto de reglamento omitido), el control judicial de la inactividad reglamentaria se había ejercido en supuestos de reglamentos que habían omitido concretas disposiciones que venían impuestas por la ley desarrollada (omisión reglamentaria)³⁹.

No se ha de ignorar, tal como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Sala ha venido ejerciendo un control restrictivo de las

³⁶ Sentencia de 19 de febrero de 2008, recurso núm. 95/2007.

³⁷ Sentencia de 5 de diciembre de 2013, recurso núm. 5886/2009.

³⁸ Sentencia de 3 de diciembre de 2008, recurso núm. 5550/2006.

³⁹ Véanse, por ejemplo, las SSTs de 28 de junio de 2004, Sección 4ª (RJ 2004, 4989); 19 de febrero de 2008, recurso núm. 95/2007; 19 de noviembre de 2008, recurso núm. 55/2007; 3 de marzo de 2010, recurso núm. 4/2008; 3 de mayo de 2012, recurso núm. 29/2008; 5 de diciembre de 2013, Sección 4ª, recurso núm. 5886/2009; 11 de julio de 2018, Sección 4ª, recurso núm. 1433/2017.

omisiones reglamentarias, por considerar que la estrecha vinculación de la potestad reglamentaria con la función constitucional de dirección política del Gobierno, reconocida en el art. 97 CE, dificulta que el órgano competente pueda ser forzado por los tribunales a ejercer la potestad reglamentaria en un sentido predeterminado⁴⁰.

Pero, pese a los límites apuntados del control judicial⁴¹, es posible que el Tribunal Supremo pueda ir más allá en el control de la inactividad reglamentaria. Desde tiempo atrás, se ha ido abriendo una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria, al considerar que «[...] en el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales [...], y no es rechazable *ad limine*, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de carácter reglamentario en un determinado sentido»⁴².

Con independencia de que las características peculiares del caso enjuiciado impidan considerar que se trate de un claro supuesto de inactividad reglamentaria⁴³, y por ello el pronunciamiento judicial que aquí se analiza

⁴⁰ Véase, en este sentido, STS de 5 de diciembre de 2013.

⁴¹ Al observar que la jurisprudencia ha venido dejando muy claramente extramuros del cauce procesal del art. 29.1 LJCA las denominadas inactividades normativas, M. López Benítez (2014) estima que se trata de una decisión lógica si se repara en el hecho de que la potestad reglamentaria constituye uno de los ejemplos más prototípicos de potestad discrecional. Véase «Los recursos contra la inactividad de la Administración a la luz de la jurisprudencia contencioso-administrativa», en VV.AA., *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid: Iustel, pág. 744.

⁴² Véase, STS de 5 de diciembre de 2013.

También en relación con las limitaciones que el art. 71.2 LJCA impone al juez, y partiendo de admitir que la Ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional, la STS de 28 de junio de 2004, Sección 4ª (RJ 2004, 4989), ha señalado que: «[...] tal poder sólo alcanza hasta donde la Ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla (SSTS de 16 y 23 de enero y 14 de diciembre de 1998)».

⁴³ Conviene recordar que, aun cuando la actuación administrativa legalmente exigible hubiese de tener carácter normativo, lo cierto es que, si bien en este caso no llegó a aprobarse un reglamento, la Administración sí desplegó una actividad considerable a tal efecto.

no debería extrapolarse a otros supuestos sin la debida cautela, la Sentencia puede suponer un considerable avance en el alcance del control judicial de la inactividad reglamentaria.

La Sentencia contiene pronunciamientos de particular relevancia sobre la interpretación y aplicación del art. 29.1 LJCA a supuestos de inactividad reglamentaria que, sin perjuicio de los necesarios matices, pueden servir de base para realizar una serie de reflexiones generales sobre la posibilidad de requerir al órgano competente para que cumpla con el deber legal de ejercer la potestad reglamentaria, una vez transcurrido un tiempo razonable o el concreto plazo fijado por la ley, siempre que no existan circunstancias que lo impidan, y más aun cuando la ley a desarrollar haya predeterminado ciertos aspectos del contenido de la norma reglamentaria.

Los tribunales han dado muestras de rechazar los argumentos formalistas que puedan frustrar la finalidad querida por el legislador de que los ciudadanos puedan combatir frontalmente las dilaciones indebidas en la actuación administrativa, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción⁴⁴, y han admitido que, en cumplimiento de su deber constitucional de garantizar una tutela judicial efectiva, mediante la aplicación del art. 29 LJCA han de tratar de remover los obstáculos que impidan la efectividad de los derechos de los ciudadanos⁴⁵. Así pues, si la LJCA permite a los tribunales obligar a la Administración a que lleve a cabo una concreta actuación y, de

⁴⁴ Véase, por ejemplo, STS de 1 de febrero de 2006, Sección 4ª, recurso núm. 3476/2003.

⁴⁵ Así ocurre también en los supuestos de inactividad material del art. 29.2 LJCA. En tal caso, como señala la STS de 20 de junio de 2005, Sección 6ª (RJ 2005/6886): «[...] si aquí lo que hay es un titular de una licencia de construcción que no puede hacer efectivo su derecho a edificar porque la Administración —que es quien puede hacerlo— no remueve los obstáculos jurídicos y materiales que impiden ejecutar ese derecho, pese a que esa misma Administración, después de llevar a cabo el control previo de adecuación a la legalidad de lo solicitado, documentó en ese acto administrativo que se llama licencia de edificación que, efectivamente, la edificación proyectada se adecuaba a la normativa vigente; y si el art. 29 emplea una expresión —ejecutar actos firmes— sin especificar cuál es el medio de ejecución que hay que utilizar para que esa ejecución pueda llevarse a cabo, los tribunales de justicia que tenemos el deber constitucional de garantizar una tutela judicial efectiva, tenemos en este caso que cumplir ese imperativo constitucional, y —descendiendo desde la superficie de la letra de la ley a las capas profundas donde se encuentra el derecho que vivifica aquélla y la sustenta— debemos tratar de remover esos obstáculos que están impidiendo, en el caso que nos ocupa, la efectividad de la licencia otorgada. Y no quiera verse en esto que decimos retórica estéril, pues no sólo la Administración, sino también el Poder Judicial ha de actuar con sujeción plena a la Ley y al derecho: mandato constitucional (art. 103.2) que es de general aplicación a todos los poderes públicos».

manera más específica, ordenar al órgano competente que corrija una omisión puntual en el ejercicio de la potestad reglamentaria, parece que la ley jurisdiccional habilitaría también para exigir el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando una dejación total de esta impide la efectividad de los mandatos o derechos contemplados por la ley. Una cosa es admitir que, en estos casos, el control judicial haya de ser prudente y ponderado en función de las concretas circunstancias del supuesto enjuiciado, y otra muy distinta sostener que el Gobierno es incoercible en el ejercicio de la potestad reglamentaria y que, dada la naturaleza de la misma, en ningún caso pueda exigirse su ejercicio⁴⁶.

⁴⁶ Tal como sostiene G. Fernández Farreres (2018: 623), «[...] como es obvio, no es equiparable la inactividad respecto de las obligaciones de la Administración derivadas de un acto previo o de un contrato, que la inactividad en el ejercicio de las potestades administrativas porque en este caso el margen reconocido a la actuación administrativa será normalmente mayor, dada la diversidad de medidas susceptibles de adopción; pero también una actuación —y es lo que ahora importa destacar— que en ningún caso se puede dejar de exigir de manera anticipada, por razón de la naturaleza misma de la potestad que deba ser ejercitada. El ajustado entendimiento del control judicial de la discrecionalidad administrativa no permite mantener una concusión distinta».

