

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4267/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 553/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 5 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 4267/2016 interpuesto por don Francisco Javier Alemani LLodra, doña María Luisa Gaspar Alonso-Vega, don Juan Ignacio Fernández-Golfín Seco, don Modesto Rafael Díez Barra, don Jesús María Paramio González, doña Ingrid Maire Outschoorn Outschoorn, don Luis Cecilio López Galíndez, don Juan Antonio Jiménez Aparicio, doña Marta Alvarez Rodríguez, doña Rosa Balbin Chamorro, doña María Luisa Fernández Cruz, don Antonio Vázquez de la Cueva, doña Miren Gotzone del Río Gaztelurrutia, doña Carmen Segrelles Huelga, doña María Angustias Page Peñuelas, don José María Navas Antón, don Fernando Ponz Ascaso, doña Mar Castellano Moreno, doña Florentina

Sánchez Sánchez y don Alejandro Brun Torres, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Albite Espinosa y defendidos por la letrada doña Pilar Calvo Díaz, contra inactividad reglamentaria consistente en la ausencia de previsión reglamentaria e incumplimiento de la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que no ha desarrollado ni ejecutado.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpuso contra la inactividad reglamentaria en que incurre el gobierno consistente en la ausencia de previsión reglamentaria e incumplimiento de la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que no ha desarrollado ni ejecutado.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda se solicita que se dicte sentencia por la que «1º ESTIME este recurso contencioso-administrativo interpuesto contra INACTIVIDAD REGLAMENTARIA en que incurre el Gobierno consistente en la ausencia de previsión reglamentaria e incumplimiento de la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que no ha desarrollado ni ejecutado.

2º Y, por consiguiente, condene al Gobierno a que proceda a dictar las normas reglamentarias precisas para dar cumplimiento a la obligación legal de dictarlas expresamente

establecida por la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que hasta la fecha no ha desarrollado ni ejecutado.

3º Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.»

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración, se presentó escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia « desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, con condena en costas a los recurrentes».

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

QUINTO.- Se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de abril de 2018, en cuya fecha ha tenido lugar. Y el 4 de abril siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes son funcionarios de carrera pertenecientes a la Escala de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación que fue creada por la disposición adicional sexta, apartado 3, de Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, que la adscribió al Ministerio de Ciencia e Innovación y la clasificó en el Grupo A, Subgrupo A1, previsto en el Artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Al amparo del artículo 29.1 de la Ley de la jurisdicción 29/1998 y previo expreso requerimiento administrativo realizado por escrito de 21 de septiembre de 2015, interponen el presente 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 Ley 14/2011 de 1 de Junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (“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.”), puesta en relación con su artículo 25 y las disposiciones adicionales sexta y séptima, que regulan, respectivamente, 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.

Y, al amparo del artículo 32.1 de la Ley jurisdiccional, solicitan que se condene a la Administración al cumplimiento de obligación.

En apoyo de su pretensión aducen que a pesar de la previsión legal de que el nuevo régimen de carrera profesional y retributivo entraría en vigor para el 1 de enero de 2014 y, además, del claro y expreso mandato de desarrollo reglamentario, la Administración ha incurrido en manifiesta inactividad reglamentaria que:

a) es ilegal por el mero incumplimiento de la obligación, cuya existencia es indiscutible desde el tenor literal de la norma y está reconocida en el informe emitido el 10 de diciembre de 2015 por la Subdirección General de Coordinación y Organismos Públicos de la Secretaría de Estado, Investigación, Desarrollo e Innovación (documento 5 del expediente, folios 21 a 31). Dicho informe, además, reconoce expresamente que la implantación del nuevo sistema retributivo del personal investigador integrado en las nuevas Escalas requiere ineludiblemente llevar a cabo el necesario desarrollo reglamentario.

b) es igualmente ilegal por crear una situación de quiebra del principio constitucional de igualdad en perjuicio de los reclamantes, ello porque la inactividad ha introducido una diferencia de trato entre funcionarios de las nuevas Escalas. Afirma que el citado informe de 10 de diciembre de 2015 pone de relieve el hecho de que, pese a la igualdad retributiva que implantó la Ley 14/2011, sólo un parte concreta de los funcionarios investigadores

integrados en su Escala de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación percibe las nuevas partidas retributivas y se les aplica el nuevo sistema de evaluación de su actividad investigadora, ello en referencia al personal de la antigua Escala de Científicos Titulares del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, sin que exista justificación objetiva y razonable pues es precisamente la falta de desarrollo reglamentario lo que hace que siga existiendo la desigualdad retributiva que la Ley 14/2011 trataba de homogeneizar.

c) no puede quedar justificada esa ilegalidad por las previsiones que contenían las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2014 y 2015 sobre prohibición de cualquier actuación que suponga un incremento de los costes de personal, ello porque (i) ninguna de esas leyes de presupuestos contienen mención expresa sobre el aplazamiento o entrada en vigor de las previsiones de una Ley específica sobre un nuevo régimen retributivo; (ii) la prohibición de cualquier actuación que suponga un incremento de los costes de personal no puede incidir más que en actuaciones de la Administración sobre incremento porcentual de retribuciones en comparación con la anualidad anterior y no en mandatos expresos del legislador que implanta un nuevo sistema retributivo; (iii) la Ley 14/2011 no solo contiene un nuevo sistema retributivo sino que introduce un nuevo régimen de carrera profesional que afecta también a la selección y promoción del personal.

A todo ello se opone la defensa de la Administración General del Estado alegando que la razón por la que no se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario aparece perfectamente explicada en el informe del Ministerio de Economía y Competitividad y, concretamente, en las limitaciones de incremento de gasto público de las leyes de presupuestos para los años 2014 y 2015, normas que establecen un mandato explícito y general de estabilidad y control del déficit. Por tanto, en la medida que la adaptación del régimen retributivo a los parámetros de la Ley 14/2011 supone un incremento de gasto, opera la limitación. Afirma que los recurrentes nunca han solicitado el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de esas leyes de presupuestos. Además, sostiene que la situación de desigualdad denunciada

no puede ser admitida pues la situación de los diferentes colectivos objeto de la integración en las nuevas Escalas era diferente pues lo eran las circunstancias de cada uno de ellos y la Ley 14/2011 contempla una previsión de futuro condicionándola al correspondiente desarrollo reglamentario, de manera que no está en juego el principio de igualdad sino el desarrollo reglamentario que la Ley prevé. En definitiva, la Administración General del Estado no niega que los hechos denunciados integren un supuesto de inactividad del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional por incumplimiento de la obligación de realizar el desarrollo reglamentario que impone expresamente la disposición final 10ª de la Ley 14/2011 y preceptos concordantes para la efectividad de la carrera profesional y régimen retributivo de los funcionarios de carrera pertenecientes a la Escala de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación que fue creada por esa norma legal, sino que únicamente solicita la desestimación de las pretensiones ejercitadas por considerar que concurre una causa, también legal, que excepciona el cumplimiento.

SEGUNDO.- Para dar adecuada respuesta a las cuestiones planteadas consideramos conveniente traer a colación tanto las previsiones legales en juego como la doctrina que esta Sala ha fijado sobre la llamada omisión reglamentaria, lo que haremos en los siguientes apartados:

A) Previsiones legales.

De un lado, hay que resaltar cómo la Ley 14/2011, previa supresión de Escalas de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, del ... y de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado (disposición adicional 5ª), creó las Escalas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado (disposición adicional 6ª) que se mencionaban en su artículo 25, concretamente la Escala de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación, integrando en ella al personal funcionario que, en el momento de entrada en vigor de esta ley, pertenezca a las Escalas de Científicos Titulares del Consejo Superior de Investigaciones Científicas o de

Investigadores Titulares de los Organismos Públicos de Investigación suprimidas, cualquiera que fuera la situación administrativa en la que se encuentre.

La disposición adicional 7ª estableció el régimen retributivo de las Escalas y, en su párrafo 3, dispuso que “El personal investigador funcionario que se integre en la Escala de Científicos Titulares de Organismos Públicos de Investigación tendrá el sistema retributivo correspondiente a la Escala de Científicos Titulares del Consejo Superior de Investigaciones Científicas suprimida, en los términos de lo establecido en esta ley sobre carrera profesional del personal funcionario investigador.”.

El artículo 25 de la Ley estableció que “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 que “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.”

Según las disposiciones final undécima y transitoria quinta, las previsiones del artículo 25.5 y los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional séptima, y, por tanto, el nuevo régimen de carrera profesional y sistema retributivo del personal investigador funcionario que se ha integrado en las nuevas Escalas, no sería de aplicación hasta el 1 de enero de 2014, manteniendo hasta esa fecha su vigencia tanto el sistema retributivo aplicable a la correspondiente escala suprimida y 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.

Junto a ello, nos encontramos con las siguientes previsiones en las Leyes de presupuestos para los años 2014 y 2015:

a) el artículo 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 “Dos. 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 22 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.”

b) el artículo 20. Dos y la disposición adicional 24 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, contenían las mismas previsiones pero referidas al año 2015.

B) Doctrina jurisprudencial:

En el fundamento de derecho séptimo de nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2014 (recurso contencioso administrativa 758/2012) decíamos lo siguiente:

«SÉPTIMO.- Pues bien, sobre el control judicial de la llamada omisión reglamentaria existe una doctrina jurisprudencial reiterada que se sintetiza en la Sentencia de 5 de diciembre de 2013, RC. 5886/2009, en los siguientes términos:

«El control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias que viene ejerciendo esta Sala es de carácter restrictivo. Con carácter general, venimos declarando que la estrecha vinculación de la potestad reglamentaria con la función constitucional de dirección política del Gobierno, reconocida en el artículo 97 de la CE, dificulta que el autor del reglamento pueda ser forzado por los Tribunales a ejercer la potestad reglamentaria en un sentido predeterminado.

La declaración jurisdiccional de invalidez de una norma reglamentaria por razón de una omisión reglamentaria, no obstante, puede ser apreciada, según nuestra jurisprudencia, en dos casos. Cuando la misma sea considerada un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley (1), o cuando esa omisión o silencio reglamentario suponga la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico (2).

Sin que esta caracterización de la fiscalización judicial de las omisiones reglamentarias suponga, en modo alguno, un control judicial sobre la predeterminación del contenido de la posterior norma, pues constatado el deber legal de dictar una determinada regulación por la Administración y el incumplimiento de la misma, ello no comporta que pueda judicialmente establecerse el contenido de esa disposición futura. Recordemos que el artículo 71.2 de la LJCA dispone que " los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen (...)".

En este sentido, nos venimos pronunciando desde las Sentencias de 7 de octubre de 2002 (recurso contencioso administrativo nº 48/1999) y de 28 de junio de 2004 (recurso contencioso administrativo nº 74/2002) y las citadas en ellas. Doctrina seguida en otras de 19 de febrero de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 95/2007), de 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 55/2007), de 3 de marzo de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 4/2008), de 3 de mayo de 2012 (recurso contencioso administrativo 29/2008), al declarar que « Las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional. (...) Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), 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 dicho carácter en un determinado sentido. En el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional 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 o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer. (...) Por otra parte, es éste un problema sustantivo diferenciable del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad o de la omisión administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (...) Por consiguiente, la doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal. (...). En definitiva, como se ha dicho anteriormente, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002).». (Sentencia de 28 de junio de 2004 recaída en el recurso contencioso administrativo nº 74/2002) .

De esta doctrina jurisprudencial conviene resaltar las siguientes consideraciones, de interés a efectos de la resolución del presente litigio:

1ª) 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;

2ª) que no obstante, el artículo 71 de la Ley Jurisdiccional, al prohibir a los tribunales contencioso-administrativos "determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados" impide a estos Tribunales sustituir a la Administración en cuanto tiene de discrecional el ejercicio de esa potestad reglamentaria.

3ª) que puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta 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.»

TERCERO.- El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1ª) como queda de manifiesto en las posiciones mantenidas por la Administración General del Estado en la contestación a la demanda, no se discute en este caso la concurrencia de los presupuestos que fija el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional para estar ante un supuesto de inactividad, cuales son (1) la existencia de la obligación incondicionada impuesta por una Ley; (2) la existencia de una prestación concreta en favor de personas determinadas; y, (3) la legitimación de los recurrentes. Tampoco alega nada sobre la existencia de una obligación sujeta a plazo. Al contrario, únicamente solicita la desestimación de las pretensiones ejercitadas por considerar que concurre una causa, también legal, que excepciona el cumplimiento.

Estas mismas conclusiones pueden extraerse de los informes existentes en el expediente administrativo, emitidos ante el requerimiento que ex artículo 29.1 dirigieron los hoy recurrentes a la Administración. Efectivamente, el 2 de noviembre de 2015 la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Economía y Competitividad solicita informes sobre ello tanto a la Secretaría de Estado, Investigación, Desarrollo e Innovación (lo emite la Subdirección General de Coordinación y Organismos Públicos de 10 de diciembre de 2015 -documento 5 del expediente, folios 21 a 31-), como al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (lo emite la Secretaria de

Estado de Presupuestos y Gastos el 16 de noviembre de 2015 -documento 4 del expediente, folios 16 a 20-).

2ª) estamos ante un claro supuesto de inactividad formal normativa pues la Administración incumple un claro e incondicionado deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general –inactividad reglamentaria-, es decir, la administración ha incumplido de un deber jurídico que viene representado por una actuación de la Administración –por omisión- al margen de las previsiones legales y contribuyendo a que éstas queden sin efecto y, por ello, ante una actuación susceptible de control por los Tribunales a tenor de los artículos 106.1 de la Constitución Española y 8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Como hemos visto la Administración no ha ejecutado la previsión de desarrollo reglamentario para la efectividad de la carrera profesional y régimen retributivo de los recurrentes, que debió entrar en vigor el 1 de enero de 2014, ello estando el Gobierno plenamente sometido a la ley y al derecho ex artículo 103.1 de la Constitución y, además, siendo el Gobierno el titular de la potestad reglamentaria a tenor del artículo 97 de la Constitución Española, en relación con el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La posibilidad de aplicar la inactividad prestacional del artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional a supuestos de inactividad formal ha sido admitida ya por esta Sala en varias sentencias, como las de 20 de junio y 22 de diciembre de 2005, 1 de febrero de 2006 y, particularmente, en la dictada el día 3 de septiembre de 2008 (recurso de casación 5550/2006), donde se condenó a la Administración a proceder a la recuperación de oficio de una vía pecuaria.

Y consideramos que la obligación incumplida está sujeta a plazo por cuanto que, aunque la disposición final la décima de la Ley 14/2011 no lo fije expresamente, el nuevo régimen jurídico que debería desarrollarse debería ser efectivo el día 1 de enero de 2014 según la disposición transitoria quinta. Además, añadimos que el incumplimiento del plazo no puede ser salvado acudiendo a la autonomía de voluntad administrativa para determinar el momento oportuno en que dictar el reglamento antes de la expiración del plazo puesto que esa decisión sería posible antes de la expiración del plazo pero no

una vez vencido. El plazo es así imperativo, aunque no puede considerarse esencial a los efectos de provocar un vicio invalidante de un reglamento tardío.

Alternativamente, si del tenor literal de la citada disposición final décima, aisladamente considerada, se extrajera la inexistencia de plazo para el cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario, la conclusión sería la misma puesto que la mayor discrecionalidad administrativa sobre la oportunidad para ejercitar la potestad reglamentaria que le venía impuesta quedaría sujeta a la posibilidad de control por las vías tradicionalmente admitidas de reducción de la discrecionalidad administrativa y, en este caso, a través de los principios generales del derecho como técnica de control de la inactividad, particularmente el principio de igualdad. Como veremos en el siguiente punto 3º la inactividad reglamentaria ha provocado y provoca situaciones de desigualdad en relación con los beneficios previstas en la norma legal que debió ser desarrollada, situaciones que, en definitiva, imponen apreciar el incumplimiento formal a que venimos aludiendo y calificarlo de supuesto claro de inactividad reglamentaria.

3ª) 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 llevarlo a cabo, estaríamos también ante el otro supuesto de control que ha sido admitido reiteradamente en las sentencias ya mencionadas, es decir, ante el supuesto de que la omisión reglamentaria supone o representa la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico. Efectivamente, tal y como resalta la parte actora en su demanda, con cita de los informes existentes en el expediente administrativo, 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- y por esa 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. Ello es así porque, 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 derivado de su régimen legal anterior. 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 normativa desigual de origen pues la Ley, precisamente, daba amparo a esa desigualdad hasta el desarrollo reglamentario incumplido.

4ª) el incumplimiento de la obligación legal de desarrollo reglamentario, con la concurrencia de los requisitos citados, permite afirmar que la Administración ha incurrido en inactividad reglamentaria puesto que, además, no concurren circunstancias que hayan hecho imposible el incumplimiento total de aquella. Desde luego no se dictado una norma de igual rango que deje sin efecto la obligación de desarrollo reglamentario, que amplíe el plazo de ejecución o que lo suspenda, considerando que tampoco las previsiones de las leyes de presupuestos pueden llegar a justificar el incumplimiento apreciado, como se pretende en la contestación a la demanda al hilo de los informes obrantes en el expediente administrativo, pues la prohibición de incremento de gasto por retribuciones de personal va dirigida a evitar actuaciones o iniciativas de incrementos retributivos por parte de las Administraciones. Frente a ello debe prevalecer el cumplimiento de la obligación legal de desarrollo de la carrera profesional y régimen retributivo que sigue vigente y que ha sido desconocida por la Administración sin que fuese suspendida, modificada o suprimida.

Como apoyo para esta decisión se parte de lo dicho por el Tribunal Constitucional en sentencia 248/2007, de 13 de diciembre de 2007 (Recurso 1850/2003) en orden al contenido y efectos de las Leyes de Presupuestos: « En efecto, «superada la vieja controversia sobre el carácter formal o material de la Ley de presupuestos generales» (como se dijo tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2, y luego se reiteró, por ejemplo, en las SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5; 68/1987, de 21 de mayo, FJ 4; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4; y 3/2003, de 16 de enero, FJ 4), debemos afirmar una vez más que estamos ante una ley que tiene un doble contenido: un contenido esencial, mínimo y necesario, constituido tanto por la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico, como por las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados, y, un contenido eventual o

disponible, que se concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto (por todas, STC 109/2001, de 26 de abril, FJ 5).

Sólo, entonces, salvarán su legitimidad constitucional aquellas disposiciones que se integren en el contenido eventual de la Ley de presupuestos con las que guarde la necesaria conexión económica -relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria -para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto- (SSTC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4; y 109/2001, de 26 de abril, FJ 5), y ello sin perjuicio de que «determinadas regulaciones llevadas a cabo en la Ley de Presupuestos encuentren su sede normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que disciplinan los regímenes jurídicos a los que se refieren» (SSTC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6; y 109/2001, de 26 de abril, FJ 6). Y

De otro lado, una vez admitido que la Ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal, insistimos, en tanto en cuanto dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal, cabe añadir, a renglón seguido, que lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y 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 .».

Con todo ello, consideramos que una Ley de Presupuestos no puede, sin una modificación que lo ampare, servir de apoyo a la Administración para desconocer el régimen jurídico establecido en la Ley 14/2011, de 1 de junio, y no cumplir con la expresa obligación de desarrollo normativo que la viene impuesta para la efectividad de los derechos que dicha Ley otorga a los colectivos profesionales a que afecta. Y resaltamos que las Leyes de Presupuestos alegadas como causa legal que impide el cumplimiento de la obligación de desarrollo normativo producen sus efectos en fecha posterior a la fecha en que dejó de ser aplicable el régimen jurídico anterior (31 de diciembre de 2013), y la correspondiente a los presupuestos para el año 2014 (22/2013, de 23 de diciembre) entró en vigor el mismo día en que debió

comenzar a aplicarse el nuevo régimen jurídico de la Ley 14/2011 y que debió de ser desarrollado con anterioridad en cumplimiento de la obligación omitida.

5ª) en último término, incluso si llegásemos a admitir que las previsiones presupuestarias de limitación de gasto obstaculizasen el pleno desarrollo reglamentario –efectos puramente económicos-, la conclusión de incumplimiento debe mantenerse pues no puede dejar de tomarse en consideración el desarrollo reglamentario condicionado a que alude el apartado IV del informe emitido el día 10 de diciembre de 2013 por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación –documento 5 del expediente) que es del siguiente tenor: “ La Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, en la última 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), con fecha 7 de septiembre de 2015, con la finalidad de salvar las objeciones presentadas por este Departamento al proyecto de Real Decreto propuso la incorporación de una nueva disposición en el Real Decreto condicionando la percepción de los derechos económicos correspondientes a las retribuciones complementarias reconocidas en el Real Decreto (quinquenios, componente de excelencia científica y sexenios) a que la Ley de Presupuestos Generales del Estado permita el incremento de las retribuciones del personal al servicio de Sector Público.

Admitiendo esta propuesta se podría aplicar el nuevo sistema retributivo a todo el personal investigador funcionario incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto; la condición en la percepción de los derechos económicos correspondientes a las retribuciones complementarias sólo sería de aplicación al personal investigador funcionario procedente de la suprimida Escala de Investigadores Titulares de Organismos Públicos de Investigación e integrado en las nuevas Escalas Científicas de Organismos Públicos de Investigación, y al personal investigador funcionario de nuevo ingreso; y permitiría a todo el personal investigador funcionario de las Escalas Científicas de Organismos Públicos de Investigación poder someter a evaluación el desempeño de la actividad realizada en los OPIs, así como su actividad investigadora, si bien, difiriendo el pago de las retribuciones correspondientes al personal investigador funcionario procedente de la suprimida Escala de Investigadores Titulares de Organismos Públicos de Investigación y a los de nuevo ingreso ”.

QUINTO.- La conclusión de lo hasta ahora argumentado es que procede anular la actuación administrativa impugnada y condenar a la Administración, en los términos solicitados, a que dé cumplimiento inmediato a

la obligación de desarrollo reglamentario incumplida, fijando un plazo máximo de 6 meses.

Acordada la inactividad reglamentaria y ejercitada por la parte la pretensión de condena que contempla el artículo 32.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998 no apreciamos impedimento legal para acogerla, con el único límite que nos impone el artículo 71.2 de esa norma legal para la imposibilidad de determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen y que, admitimos, determina también la imposibilidad de fijar el contenido de la disposición reglamentaria objeto de la inactividad.

Esos dos preceptos legales no impiden que pueda imponerse a la Administración la obligación de elaborar la disposición reglamentaria, sino que más bien nos facultan expresamente para ello. Particularmente relevante resulta la doctrina que se fija, entre otras, en sentencias de 19 de febrero de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 95/2007), de 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 55/2007), de 3 de marzo de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 4/2008), de 3 de mayo de 2012 (recurso contencioso administrativo 29/2008), de 05 de diciembre de 2013 (recurso de casación de 5886/2009 y en la citada anteriormente de 14 de diciembre de 2014 (recurso contencioso administrativo 758/2012) cuando declaramos que «Las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional. (...) Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), 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 dicho carácter en un determinado sentido.». Así, esa sentencia de 14 de diciembre de 2012, como ya

hemos transcrito, dice que «De esta doctrina jurisprudencial conviene resaltar las siguientes consideraciones, de interés a efectos de la resolución del presente litigio:

3ª) que puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta 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.».

Tampoco impiden aquellos preceptos legales -artículos 32.1 y 71.2 de la ley 29/1998- que podamos imponer un plazo para ello pues nos faculta expresamente el artículo 71.1 cuando dispone que podremos adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica (letra b) y, más concretamente, que “si la medida consistiera en ... en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo” (letra c).

Además, existiendo un plazo legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como hemos admitido en este caso, la garantía de la legalidad –artículo 9.1 y 103.1 de la Constitución- y la efectividad de la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 de la Norma Fundamental- imponen entender reducida ya la discrecionalidad de que podría gozar la Administración para el ejercicio de la potestad reglamentaria y efectuar la condena para su efectivo ejercicio en un plazo determinado, sin que con ello la función jurisdiccional traspase sus propios límites y se “transforme” en función administrativa. Es decir, 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.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, en la redacción vigente al momento de la interposición del recurso -26 de diciembre de 2016-, no se hará imposición de las costas del proceso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 4267/16, interpuesto por don Francisco Javier Alemani LLodra, doña María Luisa Gaspar Alonso-Vega, don Juan Ignacio Fernández-Golfín Seco, don Modesto Rafael Díez Barra, don Jesús María Paramio González, doña Ingrid Maire Outschoorn Outschoorn, don Luis Cecilio López Galíndez, don Juan Antonio Jiménez Aparicio, doña Marta Alvarez Rodríguez, doña Rosa Balbin Chamorro, doña María Luisa Fernández Cruz, don Antonio Vázquez de la Cueva, doña Miren Gotzone del Río Gaztelurrutia, doña Carmen Segrelles Huelga, doña María Angustias Page Peñuelas, don José María Navas Antón, don Fernando Ponz Ascaso, doña Mar Castellano Moreno, doña Florentina Sánchez Sánchez y don Alejandro Brun Torres contra la inactividad reglamentaria en que incurre el gobierno consistente en el incumplimiento de la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, **CONDENÁNDOLE** al cumplimiento inmediato de la obligación de desarrollo reglamentario incumplida, fijando un plazo máximo de 6 meses.

2.- NO HACER imposición de las costas del presente proceso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 05/04/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número: 4267/2016

Magistrados/as que formulan el voto particular: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN EL PRESIDENTE DE LA SECCIÓN DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ Y EL MAGISTRADO DON RAFAEL TOLEDANO CANTERO A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 2/4267/2016, POR LA QUE SE CONDENA AL GOBIERNO A DICTAR UN REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY 14/2011 EN UN PLAZO DE SEIS MESES.

Disentimos de la sentencia que resuelve el recurso que se acaba de reseñar.

Expresamos nuestra posición en forma de sentencia, como exige el artículo 260.1 de la LOPJ, con pleno respeto a la opinión contraria de nuestros compañeros de Sala, que siempre ponderamos con la máxima atención.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO a QUINTO.- Aceptamos por remisión los antecedentes de hecho primero a quinto de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aceptamos que cabe el control de la inactividad de la Administración, que la sentencia de que discrepamos (en adelante la sentencia) afirma y reitera más de una vez.

Aceptamos, a tal fin, el párrafo 1º del FJ 3. No nos oponemos a lo que ya admitió nuestra jurisprudencia antes de los artículos 25.2 y 29.1 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio (en adelante LJCA). La inactividad de la Administración es controlable jurisdiccionalmente y también la inactividad reglamentaria, aunque en otros casos no, desde luego, en éste.

SEGUNDO.- Discrepamos de la sentencia en todo lo demás. Lo que se discute en el recurso es simplemente la efectividad para algunos funcionarios de un nuevo régimen retributivo. La carrera profesional y las bases de ese régimen están fijadas ya, y perfectamente, en la propia Ley 14/2011 y lo que se pide ahora de este Tribunal es la aplicabilidad inmediata y «*ex novo*» de un nuevo sistema de quinquenios y sexenios para los actores, cuando no ha habido todavía un desarrollo reglamentario que, como resulta del expediente, es necesario para percibir esos nuevos haberes.

El informe del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de diciembre de 2015, que obra en el expediente, revela que de los 3.748 funcionarios investigadores a que afecta la disposición legal en cuestión debe mantener el mismo sistema retributivo todo el personal investigador funcionario procedente de las Escalas Científicas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas pero que verían modificadas sus retribuciones 877 funcionarios provenientes de la Escala de Investigadores Titulares de los Organismos de Investigación que, con el sistema anterior a la Ley, no tenían complementos por méritos

investigadores (*quinquenios*) y de excelencia científica del complemento específico (*sexenios*) que sí estaban previstos en cambio para las antiguas Escalas Científicas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Al momento de efectividad de ese nuevo régimen se reduce la cuestión planteada.

TERCERO.- La sentencia, que estima el recurso, presta gran atención a nuestros precedentes. Lo hace hasta el punto de que repite hasta dos veces las mismas sentencias (FJ 2 b) y FJ 5). Cita siempre, sin embargo, supuestos anteriores al nuevo recurso de casación de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio. No estaba vigente entonces el artículo 93.1 de la LJCA y por ello sólo eran jurisprudencia vinculante los razonamientos que nutrían la *ratio decidende* una sentencia recaída en caso similar. En el recurso de casación anterior los *dicta argumentativos* (por todas STC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4) eran opiniones dotadas de *auctoritas*, pero que no vinculaban como jurisprudencia.

La sentencia transcribe al pie de la letra (FJ 2 B) una sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 14 de octubre de 2014 (recurso contencioso-administrativo 758/2012). Entendemos que es del máximo interés pero inaplicable a este caso porque se refirió a medidas de corrección del régimen tarifario - que nada tienen que ver con lo que nos ocupa- y, además, fue desestimatoria.

Los demás precedentes que recoge la sentencia reiteran meros *dicta argumentativos* muy semejantes y, todos ellos, en sentencias desestimatorias [Sentencias de 7 de octubre de 2002 (Rec 48/1999), de 28 de junio de 2004 (Rec. 74/2002), de 19 de noviembre de 2008 (Rec 55/2007) de 3 de marzo de 2010 (Rec 4/2008) ó 3 de mayo de 2012 (Rec 29/2008)]. Una doctrina abstracta aislada de los fundamentos de hecho y de Derecho determinantes del caso tampoco nos parece decisiva.

La sentencia invoca también dos precedentes estimatorios. Tampoco nos parecen 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 concreto [sentencia de 19 de febrero de 2008 (Rec. 95/2007)] o que ocurra lo mismo en una simple Orden departamental que omita la exigencia de algún informe en la concesión de subvenciones deportivas [Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (Casación 5886/2009)].

Tampoco nos parece comparable la recuperación de una vía pecuaria (sentencia de 3 de diciembre de 2008 Casación 5550/2006) con la condena al Gobierno a consolidar un aumento retributivo en *quinquenios* y *sexenios* a funcionarios investigadores que no lo tenían antes, razonando, además, que no dictar ese reglamento en el plazo que aprecia la sentencia supone la creación de una situación contraria al ordenamiento jurídico (sic en FJ 3 , 3º) o una situación de desigualdad entre funcionarios (ibídem).

Nuestra discrepancia en este extremo es máxima porque reiteramos que no hay plazo y antes de que se dicte el reglamento -y siendo supuestos distintos- no hay situación alguna de desigualdad. Dicho en otros términos: Hay igualdad en la Ley y, hasta que no se dicte el reglamento, no hay desigualdad alguna ante la Ley.

CUARTO.- Por eso afirmamos que es esta la primera vez en la que se condena al Gobierno a dictar un reglamento nuevo que reconozca derechos retributivos, también nuevos, a funcionarios y se le marca además un plazo de seis meses para hacerlo, en una ejecución de sentencia que revestirá un indudable interés.

Con todo respeto a la sentencia, no aceptamos que haya inactividad reglamentaria por apreciar que un reglamento no se ha dictado antes de que entre en vigor la Ley que está llamado a desarrollar (FJ 3 2º) y discrepamos de que se considere tardío un reglamento porque no se dicta el mismo día de

entrada en vigor del régimen legal que desarrolla cuando ninguna norma legal lo impone así y cuando, al día siguiente, caía sobre el Gobierno, que la sentencia considera incumplidor, la prohibición legal acreditada en autos e impuesta por las Leyes de Presupuestos de dictar el reglamento en cuestión. Todo ello en un contexto sobradamente conocido de procedimiento de déficit excesivo de la Unión Europea, porque como resulta de los autos se aumentan retribuciones, respecto de las que ya gozan, a más de 800 funcionarios.

QUINTO.- Si, como hemos razonado, no existen precedentes que obliguen a estimar la demanda en los términos en que se expresa la sentencia es necesario indagar si la legislación aplicable al caso es decisiva para hacerlo.

Lo que se ha pedido en la demanda es que se declare la inactividad reglamentaria en que incurre el Gobierno al incumplir «la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación». Examinemos estas disposiciones.

De la disposición disposición final 10ª no puede desprenderse, en modo alguno, la existencia de inactividad reglamentaria.

Dicha disposición dispone que:

«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».

La cláusula transcrita se expresa en futuro imperfecto («*El Gobierno...dictará*») lo que significa, además de que los reglamentos de ley serán ejecutivos y no independientes, que el Gobierno está obligado a expedirlos. Pero esa obligación no impone la premura de ningún plazo para hacerlo y, aunque se fijase un plazo, no se ha considerado nunca, en contra de lo que parece entender la sentencia, que el incumplimiento de los plazos previstos por las leyes para su desarrollo reglamentario constituya «*per se*» un supuesto ilegítimo de inactividad reglamentaria que sea apreciable en otra sede

que la de la responsabilidad política que el Legislativo desee imponer al Ejecutivo. Las disposiciones de las leyes que facultan al Gobierno para ejercer la potestad reglamentaria son indicativas. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de habilitación al Gobierno para expedir disposiciones con fuerza de Ley (artículos 82 a 85 de la CE) las cláusulas que facultan al Gobierno para el desarrollo de una Ley fijando un plazo –y en este caso, conviene recordarlo, la disposición transcrita no ha impuesto ninguno- no son cláusulas de caducidad por lo que, una vez vencido, el Gobierno no pierde su competencia. La potestad reglamentaria es inherente a nuestro Gobierno parlamentario conforme al artículo 97 de la CE y éste puede ejercerla en el instante que considere oportuno o conveniente, incluso volviendo a hacer uso de la misma para modificar una primera reglamentación.

Ante una disposición como la que se ha transcrito los Tribunales debemos ser cuidadosos antes de terciar en el ámbito exquisitamente constitucional de las relaciones entre la Ley y su desarrollo reglamentario, para someter al control judicial el ejercicio de una potestad constitucional en la que un Gobierno parlamentario es constitucionalmente incoercible.

No creemos que los *dicta argumentativos* de las sentencias que se citan como fundamento en la resolución de la que discrepamos puedan entenderse en el sentido, a nuestro juicio erróneo, de que hay aquí inactividad formal reglamentaria «por incumplimiento de una obligación expresamente prevista en una ley». Lo que se acaba de razonar sobre el carácter indicativo de los plazos que marcan las leyes para su desarrollo reglamentario sirve para razonar nuestra posición.

SEXTO.- Si, como entendemos, la imperatividad de plazo no dimana de la disposición final décima tampoco creemos aceptable que las «disposiciones concordantes» a que se refiere la demanda sirvan para imponerlo.

El FJ 2 de la sentencia dice literalmente que «el nuevo régimen de carrera profesional y sistema retributivo del personal investigador funcionario que se ha integrado en las nuevas Escalas no sería de aplicación hasta el 1 de enero de

2014», por lo que parece que atiende a lo que dispone la disposición transitoria quinta de la Ley 14/2011. No se repara en que lo correcto es afirmar que ese nuevo sistema retributivo no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2014, porque así resulta de la disposición final undécima (enunciado: *entrada en vigor*) de la Ley que, citando todas las normas que regulan lo que aquí se controvierte, dispone:

«El apartado 5 del art. 25 y los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional séptima, entrarán en vigor el 1 de enero de 2014». (Subrayados nuestros).

Un solapamiento de ambas disposiciones y una interpretación incorrecta de la disposición transitoria quinta de la Ley 14/2011 es lo que, a nuestro entender, lleva a la sentencia a la quiebra lógica de afirmar plazos tan imperativos como para exigir el desarrollo reglamentario de una Ley antes de la misma entrada en vigor de ésta (sic en el FJ 3, 2º) o que el día de la entrada en vigor de las disposiciones legales resulte que el plazo para ejecutarlas ya ha vencido y que se exija al Gobierno una diligencia tal como para considerar tardío un reglamento que se expida el día después de la entrada en vigor del régimen legal.

Nos parece evidente que la sentencia, al aceptar en ese sentido los términos de la demanda, ha hecho una interpretación que no compartimos de la disposición transitoria 5ª de la Ley. Cuando ésta entiende «de aplicación desde el día 1 de enero de 2014» el nuevo régimen retributivo, no establece que dicho régimen sea ya eficaz en esa fecha ni fija plazo perentorio alguno para su reglamentación. Entendemos que simplemente abre, a partir de esa fecha, el plazo de que dispone el Gobierno para dictar los reglamentos necesarios para la ejecución de la Ley y entrada en vigor de ese nuevo régimen retributivo.

Los propios términos de la disposición transitoria 5ª, en su tenor literal, no son suficientes para una interpretación tan trabajada como la que se efectúa en la sentencia. Para llegar a las conclusiones de las que discrepamos deberían existir otras «disposiciones concordantes» que no encontramos en la Ley 14/2011.

SÉPTIMO.- Debía haber dictado el Gobierno ese reglamento a partir del 1 de enero de 2014 y resulta del expediente administrativo que ya tenía muy avanzada su elaboración, a falta del dictamen del Consejo de Estado. Resulta no obstante que en esa fecha crucial - el 1 de enero de 2014 - entró también en vigor la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado –que se transcribe en forma muy cuidada en el FJ 2 A) de la sentencia de que discrepamos- que impidió al Gobierno aumentar las retribuciones del personal al servicio del sector público respecto a las vigentes el 31 de diciembre de 2013 y prohibió a sus Departamentos ministeriales cualquier actuación que supusiese aumento neto de los gastos de personal en ese año. Lo mismo exigió la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales para el ejercicio 2015.

Es indudable, por ello, que a partir del 1 de enero de 2014 y desde dicha fecha hasta que se produjo el requerimiento de los actores el 21 de septiembre de 2015, el Gobierno tenía prohibido por las Leyes de Presupuestos para 2014 y 2015 dictar las disposiciones reglamentarias que la sentencia aprecia como tardías, en cuanto que las mismas suponían en forma clara un aumento neto de los gastos de personal.

OCTAVO.- La sentencia trata de obviar este obstáculo negando a las Leyes de Presupuestos la posibilidad de modificar esas «disposiciones concordantes» de la Ley 14/2011, en la interpretación que les ha dado, porque, dice: «No se ha dictado una norma de igual rango que deje sin efecto la obligación de desarrollo reglamentario, que amplíe el plazo de ejecución o que lo suspenda» (sic en FJ 3, 4º) y porque duda de los límites de las citadas leyes de Presupuestos (ibídem). No compartimos esa posición.

La jurisprudencia de esta Sala en dos sentencias de 26 de febrero de 2002 (Rec. 793/1996 y Casación 1704/200) ha sido tajante al afirmar, 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». En el mismo sentido se ha pronunciado después la STC 222/2006, de 6 de julio (FJ 3 y Fallo), aunque antes de la aprobación del artículo 135 de la CE y del artículo 129.7 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

No creemos que una Ley de Presupuestos sea insuficiente para ampliar un simple plazo de ejecución reglamentaria en materia retributiva de funcionarios cuando, por ejemplo, el FJ 2 de la STC 61/1997 admite que una Ley de Presupuestos puede rehabilitar un plazo ya caducado para elaborar un Texto Refundido del artículo 82.5 CE (y por ello con fuerza de Ley) sin que el Alto Tribunal aprecie que incida en los límites materiales que ha declarado la jurisprudencia constitucional para las Leyes de Presupuestos.

Y es que el artículo 33.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece que 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 ya 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.

NOVENO.- A la luz de lo expuesto entendemos que no ha habido inactividad reglamentaria, que el Gobierno no tiene plazo perentorio alguno para desarrollar el régimen retributivo de la Ley 14/2011, que los demandantes siguen percibiendo las retribuciones que percibían y no han sufrido lesión alguna en su derecho a un tratamiento igual ante la Ley y que el recurso debió ser desestimado, condenando en costas a los actores.



Y, en tal sentido, formulamos nuestro Voto particular, reiterando nuestro máximo respeto a la posición contraria.

Madrid, a 5 de abril de 2018

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico

