

EL CONFUSO MUNDO DE LAS HABILITACIONES REGLAMENTARIAS

THE CONFUSING WORLD OF RULEMAKING AUTHORIZATIONS

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0001-6883-5870>

Fecha de recepción del artículo: marzo 2020

Fecha de aceptación y versión final: abril 2020

RESUMEN

El trabajo analiza la práctica de las disposiciones finales de las leyes que contienen habilitaciones para su desarrollo reglamentario. Examina sus múltiples variantes, las dudas que suscitan desde la perspectiva de las autoridades facultadas para llevar a cabo el desarrollo reglamentario y de sus requisitos, así como la posibilidad de considerar existente la obligación jurídica de llevar a cabo estas tareas y de su exigencia en vía judicial, a la luz de los últimos avances jurisprudenciales.

Palabras Clave: Reglamentos; Gobierno; ministros; habilitaciones potestativas e imperativas.

ABSTRACT

This paper analyses the practice of final provisions in laws that contain qualifications for their parliamentary development. It examines their huge variety, the doubts that may arise from the perspective of the authorities entitled to accomplish their parliamentary development and requisites, as well as the possibility to consider the existence of a legal obligation to perform these tasks and their exigence in court proceedings, in light of the latest case-law developments.

Keywords: Standing Orders; Government; Ministers; optional and mandatory qualifications.

SUMARIO: I. LO QUE NADIE LEE DE LAS LEYES. II. LOS SUPUESTOS Y EL MARCO CONSTITUCIONAL. 2.1 Las variantes. 2.2 El marco constitucional y legal. III. UN APUNTE DE TÉCNICA LEGISLATIVA. IV. LOS PROBLEMAS (1). LA AUSENCIA DE CLÁUSULA HABILITANTE. V. LOS PROBLEMAS (2). LAS CLÁUSULAS HABILITANTES FACULTATIVAS. 5.1 Las cláusulas habilitantes de regulación de cuestiones específicas. 5.2 Las habilitaciones conjuntas al Gobierno y a uno o varios ministros. 5.3 Las habilitaciones exclusivas a órganos distintos del Gobierno. 5.4 ¿Son *íntegramente* potestativas estas cláusulas? VI. LOS PROBLEMAS (3). LAS CLÁUSULAS HABILITANTES IMPERATIVAS. 6.1 Los supuestos y su interpretación. 6.2 La exigibilidad judicial. 6.2.1 La evolución jurisprudencial. 6.2.2 Un posible punto de inflexión: la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018. VII. CONCLUSIÓN.

I. LO QUE NADIE LEE DE LAS LEYES

Son contadas, con toda seguridad, las personas que, al leer una ley cualquiera, prestan alguna atención a la disposición final en la que se habilita al Gobierno respectivo, y en ocasiones a otras autoridades, para dictar normas reglamentarias de desarrollo de sus preceptos. No tengo desdoro en confesar que no me cuento entre ellas. Y me mueven a ello razones prácticas bien conocidas: las disposiciones finales habilitantes tienen, por lo general, una redacción muy semejante y aparentemente tópica; y, además, parecen revestir muy escaso interés práctico, ya que son escasísimas las ocasiones en que se plantea formalmente su infracción; esto es, cuando una norma reglamentaria se impugna alegando que la autoridad que ha hecho uso de la habilitación no es una de las mencionadas en estas cláusulas, o que el contenido de la norma así dictada excede del señalado en la cláusula habilitante.

Este desinterés solo está parcialmente justificado. Igual que las piedras con las que tropezamos en el monte suelen descubrir, al levantarlas, un nido de escorpiones, las disposiciones legales aparentemente inocuas esconden con frecuencia un buen número de problemas, a los que se presta una atención insuficiente por suponer que su observancia (o no) tiene muy escasa relevancia jurídica; cuando no siempre es así o, al menos, no debiera serlo.

No es ocioso, pues, detenerse a realizar un examen de estas habilitaciones: tanto desde la óptica de la técnica legislativa como desde la perspectiva puramente jurídica, planos que suelen estar más ligados de lo que se supone. Para ello, he tomado, como objeto de estudio, las normas con fuerza de ley dictadas por el Estado durante los años 2018 y 2020 (además de los cuatro Reales Decretos-ley dictados hasta la fecha en que estas líneas se escriben)¹. En términos estadísticos, el universo tomado en consideración es aparentemente corto: 16 leyes (ordinarias), 8 leyes orgánicas y 50 Reales Decretos-ley; pero lo estimo suficiente para los fines que se persiguen. En este conjunto de normas se encuentran indicios suficientes de los problemas que pretendo resaltar, sin que los textos de anualidades anteriores (o los de las comunidades autónomas) añadan nada distinto a matices y curiosidades insignificantes.

¹ El presente trabajo se cierra el 18 de marzo de 2020.

II. LOS SUPUESTOS Y EL MARCO CONSTITUCIONAL

2.1. *Las variantes*

Los supuestos de habilitación que se examinan en este trabajo se caracterizan, ante todo, por su extrema heterogeneidad: bajo una redacción bastante similar, los contenidos de estas cláusulas (cuando existen) presentan disparidades considerables, lo que obliga a una clasificación un tanto compleja.

2.1.1 En primer lugar, es necesario advertir de una dualidad genérica de supuestos: *las normas con rango de ley aquí consideradas insertan, en unos casos, una cláusula de habilitación, cláusula que se encuentra ausente en otros muchos*. Carecen de cláusula habilitante cerca de la mitad de los textos analizados en este trabajo: 9 de las 16 leyes ordinarias²; 6 de las 8 leyes orgánicas³; y 21 de los 43 Reales Decretos-ley⁴; me refiero a cláusulas habilitantes de alcance general⁵, ya que algunos de dichos textos contienen, en su articulado, previsiones de desarrollo reglamentario referidas a cuestiones concretas. Al segundo bloque pertenecen todos los restantes textos a los que nos referimos a continuación, cuyas cláusulas respectivas ofrecen disparidades que requieren nuevas clasificaciones.

2.1.2 En segundo lugar, es necesario distinguir, dentro de los textos legales que poseen cláusulas de habilitación, las que se expresan en *términos facultativos o potestativos* y las que emplean fórmulas *de carácter imperativo*.

Las primeras son, con mucho, las más abundantes. En ellas se emplea una terminología dispar: *se faculta*⁶; *se autoriza*⁷; el Gobierno

² Leyes 2, 4, 5, 7, 8 y 9/2018; y 1, 2 y 4/2019.

³ Leyes orgánicas 1, 2, 4 y 5/2018; y 1 y 2/2019.

⁴ Reales Decretos-ley 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 17, 18, 25 y 26/2018; 3, 8, 9 y 13/2019; y 4, 5 y 6/2020.

⁵ Algunas de las leyes consideradas carecen de esta cláusula por tratarse de leyes de reforma de leyes anteriores, que disponen de su propia habilitación reglamentaria general (es el caso de las Leyes Orgánicas 2, 4 y 5/2018; de las Leyes 4, 5, 8 y 9/2018, y 2 y 4/2019; y de los Reales Decretos-ley 2, 3, 4, 8, 10, 13 y 17/2018, y 9/2019); o bien por tratarse de normas puramente derogatorias (así, el Real Decreto-ley 4/2020).

⁶ DF cuadragésima séptima de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018; también, DF decimocuarta, ap. 2, del Real Decreto-ley 3/2020.

⁷ DF sexta de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre. Con la misma redacción, DF segunda del Real Decreto-ley 1/2018; DF tercera del Real Decreto-ley 23/2018; DF quinta

*podrá dictar*⁸; *se habilita*⁹. No parece haber duda de que el sentido de todas estas fórmulas es el mismo y que, por tanto, su alcance en términos jurídicos es idéntico. Y lo mismo cabe decir de la operación a que se refieren, que –con una inexplicable variedad terminológica– en unos casos se concreta en dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la *aplicación y desarrollo* de la presente Ley¹⁰, pero hablándose en otros casos de para el *desarrollo, ejecución y cumplimiento*¹¹; “la *ejecución y desarrollo* de la presente ley¹², el *desarrollo y aplicación*¹³ (o solo para *el desarrollo*¹⁴), o de *desarrollar reglamentariamente* lo previsto en este real decreto-ley¹⁵.

Mucho menos numerosas, aunque no excepcionales, son las cláusulas habilitantes que emplean un lenguaje inequívocamente preceptivo, diciendo que la autoridad o autoridades respectivas *dictará* o *dictarán* las disposiciones reglamentarias correspondientes. Así sucede en 8 de los 74 textos legales tomados en consideración¹⁶.

2.1.3 En tercer lugar, ha de distinguirse entre las *cláusulas de alcance general* (esto es, que habilitan para el desarrollo de la totalidad de los preceptos del texto legal respectivo), que son la inmensa mayoría, y las –claramente excepcionales– que ciñen la habilitación a *preceptos o cuestiones específicas*. Así sucede en la DF quinta de la Ley 3/2018 (“...para el desarrollo de la DF tercera...”); en la DF decimoquinta de la Ley Orgánica 3/2018 (“...para desarrollar lo dispuesto en los artículos 3.2, 38.6, 45.2, 63.3, 96.3 y disposición

del Real Decreto-ley 5/2019; DF segunda del Real Decreto-ley 5/2019; y DF segunda del Real Decreto-ley 1/2020.

⁸ DF cuarta del Real Decreto-ley 14/2018. Con la misma redacción, DF decimo-segunda del Real Decreto-ley 19/2018; DF segunda del Real Decreto-ley 21/2018; DF segunda del Real Decreto-ley 24/2018; DF segunda del Real Decreto-ley 7/2019; y DF segunda del Real Decreto-ley 2/2020.

⁹ DF quinta de la Ley 3/2018, de 11 de junio, así como las restantes normas, hasta la DF séptima del Real Decreto-ley 8/2020.

¹⁰ Por ejemplo, DF quinta de la Ley 3/2018.

¹¹ Por ejemplo, DF segunda del Real Decreto-ley 22/2018.

¹² Por ejemplo, DF cuadragésima séptima de la Ley 6/2018, y DF segunda del Real Decreto-ley 7/2020.

¹³ Así, la DF decimocuarta del Real Decreto-ley 3/2020.

¹⁴ Por ejemplo, DF cuarta del Real Decreto-ley 14/2018.

¹⁵ Por ejemplo, DF tercera del Real Decreto-ley 12/2018.

¹⁶ En concreto, en las Leyes 1 y 10/2018 y 3/2019, y en los Reales Decretos-ley 2, 4, 6 y 11/2019.

adicional sexta...”); en la DF tercera del Real Decreto-ley 14/2018 (“...establecer, mediante orden, un procedimiento que unifique la tramitación de las reclamaciones previstas en la Ley 44/2002...”); y en la DF decimosegunda del Real Decreto-ley 19/2018, en relación con las potestades atribuidas al Banco de España, sin olvidar la un tanto peculiar DF decimocuarta del Real Decreto-ley 3/2020¹⁷.

2.4 La mayor variedad se encuentra en *la determinación del órgano u órganos a los que se concede la habilitación*, lo que obliga a subclasificar:

- Aunque la mayor parte de las habilitaciones tienen como destinatario exclusivo al Gobierno, algunas de ellas mencionan *también, conjuntamente a uno o varios ministros*, nominativamente identificados. En el caso puede citarse, como ejemplo, la DF segunda del Real Decreto-ley 1/2018 (“Se autoriza al Gobierno y al ministro de Hacienda y Función Pública, en el ámbito de sus competencias, a dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en este real decreto-ley”)¹⁸;

¹⁷ Cuyo apartado 1 habilita “al Gobierno, a la persona titular del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en este real decreto”. Pero su apartado 2 faculta al titular del Ministerio citado de Asuntos Económicos y Transformación Digital “para llevar a cabo las modificaciones que resulten necesarias en la regulación de los libros-registro y en los modelos de información estadístico-contable anual, al objeto de adaptar el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio”; con la peculiaridad de que dicha modificación habrá de llevarse a cabo “a propuesta del director general de Seguros y Fondos de Pensiones y previa audiencia de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones”.

¹⁸ Una fórmula semejante, en la DF primera del Real Decreto-ley 16/2018 (“Se habilita al Gobierno y a la Ministra de Hacienda, en el ámbito de sus competencias, a dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este real decreto-ley”) y en la DF segunda del Real Decreto-ley 10/2019 (“Se autoriza al Gobierno y a la Ministra de Hacienda, en el ámbito de sus competencias, a dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en este real decreto-ley”).

En estos casos, la habilitación conjunta es de carácter genérico, como puede verse (para el desarrollo de todos los preceptos de los dos reales decretos-ley. Pero la inventiva no parece tener límites, como sucede en el supuesto de la DF quinta de la Ley 3/2018: en su párrafo primero se establece una habilitación genérica sólo a favor del Gobierno; pero en su párrafo segundo se prevé una habilitación específica a favor del Gobierno *y de un ministro* (“al Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el ámbito de sus

en el segundo, la DF decimocuarta del Real Decreto-ley 3/2020 (“Se habilita al Gobierno, a la persona titular del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en el ámbito de sus competencias”).

- Otras habilitaciones se hacen simultáneamente *a favor del Gobierno y de varios ministros*, sin indicar cuáles: es el caso de la DF tercera del Real Decreto-ley 12/2018 (*Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo previsto en este real decreto-ley sin perjuicio de la competencia de los Ministros para fijar las obligaciones específicas mediante Orden Ministerial en los supuestos previstos en el articulado de esta norma*); también, en la DF quinta del Real Decreto-ley 5/2019 (*Se autoriza al Gobierno y a las personas titulares de los departamentos ministeriales, en el ámbito de sus competencias, a dictar...*); igual redacción, en la DF segunda del Real Decreto-ley 14/2019 (*Se habilita al Gobierno y a las personas titulares de los departamentos ministeriales, en el ámbito de sus competencias...*) y en la DF séptima del Real Decreto-ley 8/2020 (*Se habilita al Gobierno y a las personas titulares de los departamentos ministeriales, en el ámbito de sus competencias...*).
- Un tercer supuesto está constituido por las normas legales que, al tiempo de establecer una *habilitación genérica a favor del Gobierno*, contienen *otra específica a favor de un órgano distinto*: así, la DF cuarta del Real Decreto-ley 14/2018 prevé la habitual habilitación genérica al Gobierno para *dictar las normas reglamentarias necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en este real decreto-ley*; pero su DF tercera contiene una habilitación específica a favor de un ministro (“para establecer, mediante orden, un procedimiento que unifique la tramitación de las reclamaciones previstas en la Ley 44/2002”); lo mismo sucede en los apartados 1 y 2 de la DF decimoquinta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- Y, por fin, cabe citar el supuesto excepcional de las habilitaciones que se formulan *exclusivamente a favor de un órgano distinto*

respectivas competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la DF tercera”). Pienso si no hubiera sido mucho más sencillo, y menos desconcertante, que este segundo párrafo dijera que *también* se habilitaba al ministro citado para dictar reglamentos en la concreta materia que menciona.

del Gobierno. Es el caso –único en el conjunto de normas que se analizan– del Real Decreto-ley 1/2020, cuya DF segunda *autoriza al Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para dictar las disposiciones de carácter general que resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de este real decreto-ley*; sin mención alguna al Gobierno.

2.2. El marco constitucional y legal

2.2.1 Todos estos supuestos han de ser considerados a la luz de las previsiones que el texto constitucional establece en relación con la titularidad y ejercicio de la potestad reglamentaria (y de la interpretación de las mismas hecha por la jurisprudencia y la legislación de desarrollo), que es necesario recordar sintéticamente. Por razones obvias, me limito a resaltar los rasgos que interesan al objeto de esta colaboración, dando cuenta de las premisas sobre las que existe un consenso generalizado y prescindiendo, por tanto, de referencias y debates doctrinales.

- La Constitución dedica un único precepto (artículo 97) a la titularidad de la potestad reglamentaria, atribuyéndosela, sin matiz alguno, al Gobierno (lo mismo, en los estatutos de autonomía). Es generalmente aceptado que esta potestad (i) es de carácter originario, no precisando su ejercicio de habilitaciones legales específicas, y (ii) de ámbito general, no limitado a materias concretas.
- Esta competencia genérica tiene, como primera salvedad, la referida a las materias que, por su propia naturaleza, se consideran insusceptibles de desarrollo reglamentario, cualquiera que sea el órgano que lo realice. El problema es que no existe una relación clara y cerrada de dichas materias: es general la opinión de que no cabe desarrollo reglamentario alguno de las normas penales o de los estatutos de autonomía¹⁹, y también que es improcedente respecto de las leyes procesales y civiles en sus aspectos sustantivos²⁰; pero los límites de estas “materias excluidas” de la potestad reglamentaria son sumamente difusos.

¹⁹ Por lo que es lógica la ausencia de estas cláusulas, en el conjunto de normas que aquí se examinan, en las Leyes orgánicas 1 y 2/2019, ambas de reforma del Código Penal, y en la Ley Orgánica 1/2018, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

²⁰ Aunque en este caso con importantes reservas: así, respecto de la propiedad de las aguas o, más aún, de la propiedad intelectual, cuyo texto refundido ha sido desarro-

- La segunda salvedad se refiere a las denominadas materias reservadas a la ley, cuyo desarrollo reglamentario por el Gobierno requiere de habilitaciones expresas –y determinantes de su contenido– en la propia ley reguladora; así lo ha confirmado la jurisprudencia constitucional (SSTC 77/1985, 29/1986 y, sobre todo, 99/1987). Como en el caso anterior, el problema de este límite radica en la absoluta incertidumbre de qué materias estén reservadas por nuestra Constitución a la ley, cuestión ésta sobre la que existen tantas opiniones como autores (y absolutamente discrepantes entre sí).
- La potestad reglamentaria del Gobierno no es exclusiva ni excluyente: la ley puede habilitar para ejercer la potestad reglamentaria con eficacia *ad extra* a otros órganos diferentes, ya que, como se ha dicho literalmente en diversas ocasiones, “el carácter originario de esta potestad no excluye la posibilidad de delegaciones” (STC 13/1988; SSTs de 13 de junio, 27 de octubre y 22 de diciembre de 1997). Esta habilitación *per saltum* puede hacerse a favor de un ministro (SSTC 135/1992 y 185/1995; STS de 1 de julio de 2014)²¹; pero tal habilitación hecha por una ley debe tener carácter concreto y específico (STC 185/1995)²²; y que, si se hiciera por un decreto, éste deberá contener “los elementos esenciales de la regulación *ad extra*” (STS de 14 de mayo de 2001).
- Frente a la relativa claridad de estos últimos límites, la legislación y la jurisprudencia mantienen una posición absolutamente ambigua acerca del carácter originario y del ámbito material de la potestad reglamentaria de los ministros. Cierto es, como acabamos de ver, que éstos pueden ejercerla por habilitación legal; pero no hay claridad alguna acerca de si dicho ejercicio cabe también sin tal

llado en aspectos concretos por normas reglamentarias (p. ej., Reales Decretos 624/2014, 1023/2015, 224/2016 y 1398/2018).

²¹ Pero también de un ente público con competencias específicas en la materia, como un organismo autónomo (SSTC 185/95, 135/92 y 133/97, y STS de 27 de octubre de 1997) o una de las llamadas Administraciones independientes, como el Banco de España (STC 135/92) o la Comisión Nacional del Mercado de Valores (STC 133/97).

²² En concreto, se dice en esta sentencia que “la atribución genérica de la potestad reglamentaria convierte al Gobierno en titular originario de la misma, pero no prohíbe que una ley pueda otorgar a los ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado o les habilite para dictar disposiciones reglamentarias *concretas, acotando y ordenando su ejercicio*”.

habilitación (por ley o por real decreto); y tampoco existe certeza de en qué materias puede ser ejercitada y cómo se distingue su ámbito del reservado al Gobierno. Como ya se ha señalado en muchas ocasiones, la vigente Ley 50/1997, del Gobierno, se limitó –incomprensiblemente– a reproducir los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, atribuyendo al Consejo de Ministros la potestad de “aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado” [artículo 5.1.h]²³, y a los ministros la de “ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento” [artículo 4.1.b]²⁴. No hay, pues, distinción material practicable, ya que, por definición, todas las materias propias de un departamento ministerial son también propias del Gobierno.

2.2.2 La exposición que precede revela la notable inseguridad que caracteriza a este marco constitucional: la Constitución y las leyes generales no definen la titularidad concreta de la potestad reglamentaria, o lo hacen con muy serias imprecisiones; y las interpretaciones jurisprudenciales de estas normas se mueven, salvo en algún caso, en un nivel de vaguedad considerable. Más preocupante aún, sin embargo, es que el contraste entre dichas normas y criterios interpretativos y las características reales de las habilitaciones que describimos en el anterior punto III parece revelar la existencia de importantes asimetrías –por no decir disparidades– entre unas y otras. Todo lo cual determina dificultades muy notables en la respuesta que deba darse a cada una de las incertidumbres que antes dejamos reseñadas, la cual sólo podrá enunciarse en términos seriamente dubitativos. Comprobémoslo.

III. UN APUNTE DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Antes de abordar el contraste entre la redacción de estas cláusulas habilitantes y el marco constitucional al que han de sujetarse, no parece ocioso considerar sumariamente dichas cláusulas desde

²³ Previsión manifiestamente insuficiente, ya que la potestad reglamentaria del Gobierno no se limita a los reglamentos de desarrollo y ejecución de las leyes (reglamentos ejecutivos *sensu stricto*), sino a cualquier otra modalidad, incluyendo los polémicos reglamentos independientes.

²⁴ Sobre esta cuestión, permítaseme remitir a mi estudio *De nuevo sobre la potestad reglamentaria de los Ministros y Consejeros*, REDA 168 (enero-marzo 2015), p. 193 ss.

la óptica de la técnica legislativa, a la luz de las vigentes reglas contenidas en las directrices aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. Estas reglas han sido, es necesario decirlo, globalmente desconocidas.

3.1. Desde el punto de vista de la redacción, cabe advertir las numerosas inobservancias del modelo literario establecido en el punto 43 de las referidas directrices, que prescribe el empleo de la fórmula “se habilita”, tal y como enumeramos en el epígrafe 2.1.2 de este trabajo. Por supuesto, ésta puede parecer una discrepancia mínima e irrelevante; y lo es, tanto como fácil hubiera sido observar la regla. No aludo a la previsión de las directrices que, respecto de las habilitaciones a los ministros, ordena el uso de la fórmula “se habilita al ministro (masculino genérico, al referirse al cargo, no al titular que en ese momento lo ocupa, ya que la norma tiene vocación de permanencia)”, hoy puesta en cuestión en virtud de las normas de lenguaje inclusivo; de hecho, los textos que consideramos emplean en ocasiones los vocablos “el” o “los ministros”²⁵, así como “la ministra”²⁶ y, cada vez con más frecuencia, la fórmula “persona(s) titular(es)” del Ministerio X.

3.2. Pero el incumplimiento de las directrices va mucho más allá: éstas aconsejan que “las cláusulas de habilitación reglamentaria acotarán *el ámbito material, los plazos, si procede, y los principios y criterios* que habrá de contener el futuro desarrollo”, previsiones que, en los textos analizados, faltan casi por completo. En efecto: solo en cinco casos se precisa el ámbito material de la habilitación²⁷; un plazo para el ejercicio de la habilitación solo se contiene en tres supuestos²⁸;

²⁵ Por ejemplo, DF quinta de la Ley 3/2018; DF segunda del Real Decreto-ley 1/2018; y, entre los textos más recientes, la DF segunda del Real Decreto-ley 1/2020.

²⁶ DF segunda del Real Decreto-ley 10/2019.

²⁷ Así, en la DF quinta de la Ley 3/2018 (“para el desarrollo de la DF tercera”); en la DF decimoquinta de la Ley Orgánica 3/2018 (“para desarrollar lo dispuesto en los artículos 3.2, 38.6, 45.2, 63.3, 96.3 y disposición adicional sexta”); en la DF tercera del Real Decreto-ley 14/2018 (“establecer, mediante orden, un procedimiento que unifique la tramitación de las reclamaciones previstas en la Ley 44/2002”); en la DF decimosegunda del Real Decreto-ley 19/2018, en relación con las potestades atribuidas al Banco de España; y en la DF decimocuarta del Real Decreto-ley 3/2020 (“para llevar a cabo las modificaciones que resulten necesarias en la regulación de los libros-registro y en los modelos de información estadístico-contable anual”).

²⁸ En la DF cuarta del Real Decreto-ley 15/2018; en la DF decimoquinta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y en la DF primera del Real Decreto-ley 6/2019

y ni uno solo de los textos legales examinados establece los principios y criterios en que habría de inspirarse el futuro desarrollo.

Es admisible la idea de que estas exigencias pueden ser excesivas en muchos casos; pero, en tal caso, lo que quizá habría que hacer es reformar las directrices.

IV. LOS PROBLEMAS (1). LA AUSENCIA DE CLÁUSULA HABILITANTE

Como también se advirtió, un importante número de normas con rango de ley carecen de cualquier tipo de cláusula habilitante. Y, dejando a un lado los supuestos en los que la habilitación reglamentaria es constitucionalmente improcedente (p. ej., respecto de las leyes penales), la cuestión a resolver radica en la necesidad de estas cláusulas y de las consecuencias de su inserción, o de su ausencia.

Es bastante general la opinión de la superfluidad de estas cláusulas de habilitación reglamentaria al Gobierno, habida cuenta de la potestad reglamentaria general que la Constitución (y los estatutos de autonomía) le atribuyen; muestra de ello es el parecer terminante de C. VIVER PI-SUNYER, al decir que *en las leyes que no regulan materias reservadas (concepto que, recordémoslo, debe precisar el legislador) resulta perfectamente inútil el establecimiento (que se ha convertido en una coletilla casi ritual) de cláusulas genéricas de habilitación para que el Consell Executiu desarrolle o prepare la ejecución de la ley. Son cláusulas redundantes y, como hemos repetido, por principio toda disposición superflua es una mala disposición*²⁹.

No cabe duda de que este parecer es compartido por los asesores de todos los departamentos ministeriales y consejerías. El que, no obstante, la cláusula de habilitación se incluya en muchas normas sólo puede explicarse en términos de inseguridad y cautela: bien por falta de una completa convicción sobre la efectiva potestad reglamentaria general del Gobierno (no precisada de habilitaciones específicas), bien, más seriamente, por las insolubles dudas que suscita el ámbito constitucional de las materias reservadas a la ley. La primera de estas perplejidades no tiene, a mi juicio, demasiado fundamento; no así, en cambio, la segunda, porque a la luz de la jurisprudencia

²⁹ En su colaboración al libro colectivo suscrito por GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 161-162.

constitucional, es claro que cuando la ley regule una materia reservada (y pueda saberse si lo es), si ésta carece de cláusula de habilitación expresa, el Gobierno no podrá hacer válidamente uso de su potestad reglamentaria.

Hace tiempo que perdí la esperanza en que nuestro sistema constitucional consiga alcanzar una enumeración mínimamente completa y rigurosa de las materias reservadas a la ley: confiar en que se llegue a ello, después de más de cuarenta años, es una ilusión. Parece razonable, pues, la inserción en todo caso, con finalidad precautoria, de estas cláusulas habilitantes.

V. LOS PROBLEMAS (2). LAS CLÁUSULAS HABILITANTES FACULTATIVAS

El mayor número de interrogantes se acumula en torno a las cláusulas de habilitación que se expresan en términos facultativos (“se habilita”, “se autoriza”, “se faculta”, “el Gobierno podrá”).

5.1. Las cláusulas habilitantes de regulación de cuestiones específicas

Como vimos anteriormente, en contraste con la habilitación general establecida en la mayoría de las cláusulas, unas cuantas cláusulas la ciñen a preceptos o cuestiones específicas: lo cual suscita el interrogante de si la especificación de materias concretas a desarrollar reglamentariamente excluye tal potestad para las restantes no mencionadas. La cuestión no es ociosa si se tiene en cuenta la singularidad de este tipo de fórmulas, que contrasta con las de carácter genérico: no es disparatado pensar que la decisión de utilizar una fórmula específica, olvidando el modelo común de la genérica, puede expresar una voluntad restrictiva del legislador.

Ciertamente, este modo de legislar es un tanto desconcertante; pero, salvo que la materia regulada pertenezca al campo de las constitucionalmente reservadas a la ley (en parte o en su totalidad), entiendo que la potestad reglamentaria originaria y general del Gobierno autoriza para el desarrollo de las cuestiones que estas cláusulas no mencionan explícitamente; de modo y manera que tales menciones específicas sólo pueden interpretarse como recordatorios enfáticos hechos por el legislador al Gobierno acerca de la conveniencia o necesidad de normar reglamentariamente algunos aspectos particu-

lares; y que, por tanto, son tan jurídicamente irrelevantes como las cláusulas genéricas.

Distinta es la cuestión que plantean las cláusulas que habilitan para la regulación de materias específicas al Gobierno, silenciando al ministro o ministros competentes. La STC 185/1995, antes citada, admite las habilitaciones hechas directamente a los ministros, pero exigiendo que tengan carácter concreto y específico (“acotando y ordenando su ejercicio”); de ello se deduce que, en estos casos, el silencio de la cláusula ha de entenderse como una prohibición (frecuentemente inobservada: pero esa es otra cuestión).

5.2. Las habilitaciones conjuntas al Gobierno y a uno o varios ministros

Las cláusulas que habilitan simultáneamente al Gobierno y a un ministro, o a varios (cfr. 2.4.1 y 2.4.2) plantean múltiples dudas.

5.2.1. Primera, si estas cláusulas habilitan a uno y otro órgano para regular cuestiones *distintas* de entre las reguladas por la ley o si, por el contrario, la habilitación posee un ámbito material indistinto y coincidente (y, en tal caso, cuál sea uno y otro). Dado que la potestad reglamentaria del Gobierno y de los ministros no es diferenciable en cuanto a su ámbito material (la segunda, no obstante, reducida a las materias propias de su departamento), parece que estas habilitaciones han de entenderse hechas de modo conjunto y solidario; en el sentido de que tanto el Gobierno como el ministro o ministros podrán dictar indistintamente normas reglamentarias de desarrollo del texto legal (aunque siempre subsistirán las dudas doctrinales, nunca resueltas con claridad, de si la potestad reglamentaria de los ministros está sujeta a alguna limitación *ratione materiae*).

5.2.2. Segunda, si la habilitación hecha al concreto titular de un Ministerio (o a varios), designados *nominatim*, excluye la posibilidad de que *cualquier otro ministro* (no mencionado en la cláusula) dicte reglamentos referidos a materias contenidas en la ley propias de las competencias de su departamento; recordemos que hay textos que habilitan no a ministros concretos, sino a todos “los titulares de los distintos departamentos ministeriales, en el ámbito de sus respectivas competencias” (p. ej., DF tercera del Real Decreto-ley 2/2019 y DF segunda del Real Decreto-ley 11/2019), lo que permitiría suponer que la designación concreta de alguno o algunos excluiría la competencia

de los restantes. Y así lo confirma la jurisprudencia constitucional antes citada (STC 185/1995): la exigencia de que la habilitación a favor de los ministros sea concreta y condicionada supone, necesariamente, que ha de ser expresa, por lo que la ausencia de mención al titular de un departamento ministerial debe entenderse en el sentido de una prohibición tácita.

5.2.3. Y tercera, los supuestos de establecimiento, en la misma o en distintas cláusulas, de una habilitación *genérica* al Gobierno y otra *específica* a favor de un ministro³⁰: esta habilitación específica, ¿supone una exclusión del Gobierno para el desarrollo reglamentario de la materia o materias mencionadas en ella? A nuestro entender, la respuesta ha de ser positiva: si es cierto que el Gobierno ostenta potestad reglamentaria general, no lo es menos que la ley puede condicionarla o limitarla y, por tanto, atribuirle a órganos distintos para materias concretas; la habilitación específica no sería, en estos casos, más que una limitación material a la genérica a favor del Gobierno.

5.3. *Las habilitaciones exclusivas a órganos distintos del Gobierno*

En ocasiones excepcionales, como vimos, las leyes habilitan para el desarrollo de su texto a un órgano distinto del Gobierno, sin mención alguna a éste; lo cual, como en el supuesto anteriormente examinado, hace plausible, al menos, la opinión de que en ellas se esté excluyendo, lisa y llanamente, la potestad reglamentaria del Ejecutivo para el desarrollo del texto legal respectivo. Esta cuestión no puede recibir una respuesta uniforme.

5.3.1 En el supuesto que se mencionó anteriormente (el Real Decreto-ley 1/2020, cuya DF segunda *autoriza al Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para dictar las disposiciones de carácter general que resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de este real decreto-ley*), la referencia exclusiva a un ministro, con completa omisión del Gobierno, suscita interrogantes de resolución prácticamente imposible. De un lado, la aplicación del principio constitucional de la potestad reglamentaria general del Gobierno permitiría defender su no exclusión, de manera que la re-

³⁰ P. ej., DF tercera y cuarta del Real Decreto-ley 14/2018; DF decimoquinta de la Ley 5/2019; y DF decimocuarta del Real Decreto-ley 3/2020.

ferencia exclusiva a un ministro no supondría el desapoderamiento de aquél: el fundamento constitucional de su potestad parece oponerse a su exclusión implícita (mediante, además, una simple argumentación *a contrario sensu*, cuya debilidad dialéctica es bien conocida). Pero, frente a esta hipótesis, podría también alegarse la primacía de la ley para determinar soberanamente qué órgano concreto ha de hacer uso, en cada caso, de la potestad reglamentaria, excluyendo a todos los demás; a lo cual cabría añadir que la omisión de la referencia al Gobierno no puede ser accidental, habida cuenta de su constancia en la práctica totalidad de los textos legales.

No me considero capaz de optar de modo resuelto por ninguna de ambas hipótesis interpretativas. Me atrevería a apostar a que, en la práctica, la primera tendría más probabilidades de ser acogida por un tribunal; pero sin convicción personal alguna.

5.3.2. En otros casos, en cambio, la exclusión de la potestad del Gobierno parece clara. Así sucede en la DF decimosegunda del Real Decreto-ley 19/2018: en su primer párrafo se prevé la clásica habilitación genérica a favor del Gobierno; pero, acto seguido, se dice en el párrafo siguiente que *asimismo, el Banco de España podrá dictar las disposiciones de desarrollo que sean necesarias para garantizar la adecuada aplicación de aquellas previsiones de este real decreto-ley en las que se le reconoce expresamente como autoridad nacional en relación con los servicios de pago, incluidas las previstas en los artículos 17.3, 19.2, 20.3.d) y 45.1, así como para establecer la información que los proveedores de servicios de pago a los que se refiere el artículo 5.1 le deberán comunicar*. La habilitación específica al Banco de España parece basada en su condición singular de autoridad integrada en el sistema de bancos centrales de la Unión, lo que justificaría que la emisión de las normas reglamentarias, en las cuestiones que menciona, le estuviera estrictamente reservada, con exclusión del Gobierno.

Y lo mismo ha de decirse de los apoderamientos competenciales explícitos hechos a favor de algunas administraciones independientes: me refiero a los que entrañan una exclusión de la potestad reglamentaria de las autoridades gubernamentales, que no suelen establecerse en las típicas disposiciones finales de habilitación, sino en el articulado de las leyes respectivas. Así sucede, por ejemplo, en

el clásico supuesto del Banco de España (artículo 3 de su Ley de Autonomía), pero también en el caso peculiar de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que coinciden una potestad normativa secundaria (de desarrollo y ejecución de “las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello”: artículo 30.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio)³¹ y una potestad reglamentaria autónoma en materia energética (artículo 7.1 y 1 bis de la misma ley, según la redacción establecida por el Real Decreto-ley 1/2019).

5.4. *¿Son íntegramente potestativas estas cláusulas?*

La calificación de *potestativas* que se ha hecho de las cláusulas examinadas en este apartado exige una reflexión adicional. Es evidente que tales cláusulas poseen fuerza jurídica habilitante: permiten a un órgano administrativo hacer algo que, sin tal habilitación, le estaría vedado (no en todos los casos, como hemos visto); pero la cuestión que resta es saber si este poder jurídico que se le otorga es o no de ejercicio discrecional, en el sentido de que el órgano habilitado dispone, o no, en Derecho, de plena libertad para dictar las normas que se le autoriza a emitir.

Es frecuente escuchar en las conversaciones entre juristas una respuesta impulsiva e informal: el que las autoridades mencionadas en una cláusula habilitante no dicten las disposiciones que ésta permite carece de toda eficacia en el ámbito del Derecho. Vagamente, se dice que tal omisión podrá dar lugar a la *responsabilidad política* del Gobierno o ministro respectivo, lo que, en nuestro sistema político, equivale poco menos que a nada: sólo la molestia de tener que someterse, en su caso, a las preguntas o interpelaciones parlamentarias que los grupos de oposición le formulen, reprochando su inactividad, o a las críticas que se viertan en los medios de comunicación. Tal opinión está sustentada no sólo en el aura de discrecionalidad que rodea todo el mundo de la producción normativa, sino también en

³¹ Potestad, en este caso, de idéntica naturaleza a la que ostenta la Comisión Nacional del Mercado de Valores: artículo 21 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

el equívoco semántico de los términos “podrá” o equivalentes que las leyes utilizan. El idioma castellano carece de los matices que, en inglés, aportan los términos “can”, “may” y “must”, que permiten distinguir (i) la adquisición de una posibilidad lícita de hacer (ii) de la libertad u obligación de hacer aquello para lo que se ha sido habilitado, que es algo completamente distinto.

Esta difusa opinión se compadece malamente con la dinámica propia de las relaciones entre la ley y el reglamento. Al abordar la regulación de una materia, la ley decide con amplia libertad qué extremos quiere normar por sí, y qué otros deben ser determinados por el complejo Gobierno/Administración. La remisión a normas reglamentarias no es, pues, una renuncia a regular, ni un ruego o sugerencia al Gobierno o a sus miembros para que lo hagan, sino un mandato, porque de otra forma su decisión soberana de disciplinar una materia (solo en parte) sería inútil.

No es exagerado, por tanto, hablar de un deber gubernamental de completar la regulación contenida en una ley, de manera que sus preceptos sean realmente aplicables; incumplir este deber entraña una renuncia a la competencia otorgada, que se entrega así tácitamente a las decisiones creativas de los tribunales. Si la ley ha establecido previsiones a favor de terceros, la inactividad reglamentaria supone un incumplimiento de tales previsiones y, por tanto, podría hablarse de un deber –jurídico, no meramente político– de dictar las normas imprescindibles para hacerlas realmente operativas. Cosa distinta será la viabilidad de una exigencia judicial dirigida al cumplimiento de este deber, lo que únicamente será posible –por razones elementales de legitimación– en los supuestos en los que las leyes reconozcan derechos o expectativas sólidas a determinadas personas o colectivos, cuya efectividad se encuentre estrictamente condicionada a un adecuado desarrollo reglamentario.

No ignoro que este razonamiento tiene frente a sí la poderosa inercia del prejuicio de libertad y discrecionalidad absoluta del Gobierno en el ejercicio de las habilitaciones reglamentarias. Pero los tiempos están cambiando, de lo que es un signo la doctrina jurisprudencial que examinamos en el epígrafe siguiente a propósito de las llamadas habilitaciones imperativas.

VI. LOS PROBLEMAS (3). LAS CLÁUSULAS HABILITANTES IMPERATIVAS

6.1. *Los supuestos y su interpretación*

En el epígrafe 2.1.2 de este trabajo advertimos de las cláusulas habilitantes (escasas, pero ya no aisladas ni excepcionales) que emplean un lenguaje inequívocamente preceptivo, diciendo que la autoridad o autoridades respectivas *dictará* o *dictarán* las disposiciones reglamentarias correspondientes.

El empleo de estas expresiones parece, en abstracto y *prima facie*, pretender la creación de un auténtico deber jurídico: cuando una norma emplea una expresión verbal en futuro imperativo, lo natural es suponer que está pretendiendo crear una obligación jurídica. Lo confirma en cierta manera el contraste entre este lenguaje y el que emplean las cláusulas potestativas; si, en la visión tradicional, estas últimas cláusulas no entrañarían obligación jurídica alguna, habría que concluir lo contrario de las de tono imperativo.

Esta hipótesis ha sido tradicionalmente descartada por todas las Administraciones, que han equiparado estas cláusulas con las de lenguaje potestativo: con independencia de las expresiones utilizadas, toda cláusula habilitante, se dice, presupone una libertad absoluta de ejercicio y, por tanto, la inexistencia de cualquier tipo de obligación jurídica de actuar. La utilización de fórmulas verbales diferentes –podrá dictar o dictará–, se considera irrelevante, razonando que se trata de una mera estrategia comunicativa, con la que los Gobiernos persiguen enfatizar ante la opinión pública un propósito decidido de dictar normas reglamentarias en situaciones de especial gravedad.

Este argumento no pasa de ser un juicio de intenciones sin fundamento alguno. Podría resultar plausible en algunos de los supuestos citados, como las normas que atienden a situaciones catastróficas (Ley 1/2018 y Reales Decretos-ley 2 y 11/2019) o a problemas de extrema sensibilidad social (Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, y Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación). No sucede lo mismo, en cambio, en los casos en los que tal excepcionalidad no concurre, como en la Ley 10/2018,

de 5 de diciembre, sobre la transferencia de recursos de 19,99 hm³ desde la Demarcación Hidrográfica de los ríos Tinto, Odiel y Piedras a la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir, o el Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero, del Régimen Especial de las Illes Balears. Y el argumento queda parcialmente desautorizado si se tiene en cuenta que las cláusulas habilitantes que figuran en las dos últimas normas legales consideradas en este estudio, dictadas en relación con la más grave situación de emergencia vivida en muchos años (la pandemia del COVID-19), utilizan la fórmula *potestativa* tópica.

En términos estrictos de interpretación jurídica, por tanto, es inexcusable partir de la existencia de una inequívoca obligación jurídica de hacer; por consiguiente, si dicha obligación puede ser exigida ante el órgano competente de la jurisdicción contencioso-administrativa; y, también, si dicha jurisdicción es competente para condenar a la Administración a dictar la norma reglamentaria omitida, y en qué términos.

6.2. La exigibilidad judicial

6.2.1. La evolución jurisprudencial

La cuestión que aquí se plantea, a propósito de la eficacia jurídica de las cláusulas de habilitación reglamentaria, es bien conocida de la doctrina, que la planteó frontalmente y en términos generales desde hace más de veinte años³², sugiriendo la posibilidad de que los logros conseguidos en el plano del control de la inactividad administrativa pudieran trasladarse al ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Esta posibilidad tuvo un rechazo general en la doctrina jurisprudencial hasta comienzos del presente siglo, que desestimó los escasos recursos planteados en este sentido por litigantes ilusionados. Lo hizo basándose en razones diversas: el carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, la ausencia de legitimación de los demandantes, la consideración de sus solicitudes como peticiones graciables y, sobre todo, la naturaleza estrictamente discrecional de la potestad de dictar reglamentos.

³² De ello da cuenta el estudio pionero de GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano, 2.ª ed., 2000, p. 235 ss.

La incorporación de una específica vía de recurso contra la inactividad administrativa en el artículo 29 de la Ley de lo Contencioso de 1998, y la propia apertura de la jurisprudencia hacia un control más extenso e intenso de las potestades discrecionales abrió una ventana a la consideración positiva de estas reclamaciones, por más que el citado artículo 29.1 limitase su alcance, con bastante claridad, a los supuestos de inactividad material o prestacional de las administraciones, no de inactividad formal.

Esta nueva actitud se materializó en la primera y capital Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002 (rec. 48/99), en una excelente ponencia del magistrado D. Rafael Fernández Montalvo. En ella, la Sala Tercera, tras reconocer y recordar los obstáculos que la jurisprudencia había venido oponiendo a la viabilidad de estas pretensiones, sentó una nueva doctrina, perfectamente sintetizada en su FJ cuarto:

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 que el Reglamento trata de desarrollar o ejecutar.

Esta posibilidad de control se modulaba, no obstante, en el párrafo siguiente en unos términos que no es ocioso reproducir:

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, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la Ley jurisdiccional de 1956, dispone, como ya se ha señalado, 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 ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, 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 la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero y 14 de diciembre de 1998).

En definitiva, lo que la Sentencia de 7 de octubre de 2002 vino a establecer fue, resumidamente, lo siguiente:

- Es judicialmente viable la pretensión de condenar a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria.
- La estimación de esta pretensión dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido.
- Dicha obligación concurre al menos en dos supuestos: (i) cuando la inactividad reglamentaria determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico; (ii) cuando la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley.
- No obstante, el poder de la jurisdicción tiene como límite infranqueable la determinación de la forma y contenido de la disposición reglamentaria a dictar, aspectos éstos que pertenecen al poder

discrecional de la Administración y en los que ésta no puede ser sustituida por las decisiones judiciales, *ex* artículo 72.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es obligado reconocer que, sin perjuicio de su valentía, la sentencia resultaba un tanto confusa en su formulación (sobre todo, en la ambigüedad de la fórmula de que la inactividad reglamentaria supusiera “la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico”); y era, también, un tanto redundante, desde el momento en que la existencia de la obligación de dictar un reglamento se condicionaba al “incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley” (lo que es prácticamente lo mismo). Pero la idea fundamental era nítida: si los términos de una ley permiten afirmar que ésta ha establecido una obligación de la Administración, pero su efectividad se encuentra condicionada a un desarrollo reglamentario, es judicialmente exigible que tal desarrollo se produzca realmente (con el límite de no poder decidir la forma y contenido de la norma que haya de dictarse).

Estas declaraciones entrañan un matiz muy importante en relación con las cláusulas de habilitación que se examinan en este trabajo: lo que implícitamente viene a decirse es que es indiferente que dichas cláusulas se expresen en términos facultativos o preceptivos, porque lo que importa es la naturaleza de las prescripciones que se contengan *en el articulado* de la ley, debiendo examinarse si en él se establecen auténticas obligaciones de dar, hacer o no hacer de la Administración.

6.2.2. Un posible punto de inflexión: la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018

A la Sentencia de 7 de octubre de 2002 siguieron un buen número de fallos de la Sala Tercera: nos referimos a las Sentencias de 28 de junio de 2004 (rec. 74/2002, del mismo ponente), de 19 de febrero de 2008 (rec. 95/2007), de 19 de noviembre de 2008 (rec. 55/2007), de 3 de diciembre de 2008 (rec. 5550/2006), de 3 de marzo de 2010 (rec. 4/2008), de 3 de mayo de 2012 (rec. 29/2008), de 5 de diciembre de 2013 (rec. 5886/2009) y de 14 de octubre de 2014 (rec. 758/2012). Todas ellas se limitaron a reproducir la doctrina del *leading case* de 2002, con matices —no demasiado significativos— que

no parece necesario glosar aquí; y, coincidiendo también con aquél, desestimaron todos los recursos planteados, al no apreciarse que las leyes respectivas establecieran auténticas obligaciones de dictar normas reglamentarias. Y, aunque en algunos de los supuestos de hecho contemplados en las sentencias –todos muy distintos– esta conclusión resultara a mi juicio discutible, es muy probable que en la decisión de rechazo de las impugnaciones pesara un criterio de prudencia y de neutralización de una eventual oleada de recursos; algo bien previsible habida cuenta de los innumerables incumplimientos de las habilitaciones reglamentarias contenidas en las leyes.

La línea de rechazo de los recursos interpuestos contra omisiones reglamentarias parece haberse roto, sin embargo, con la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 (rec. 4267/2016). No hay en ella, salvo lo que luego se dirá, innovaciones sustanciales de la doctrina establecida en la Sentencia de 7 de octubre de 2002, que se reproduce (en dos ocasiones, incluso), salvo en su *ratio decidendi*, en la que efectivamente se aprecia la existencia de una obligación inequívoca de reglamentar, por más que, en el caso de autos, dicha obligación (de desarrollar determinadas prescripciones relativas a la carrera y retribuciones de investigadores del CSIC) estuviera aparentemente impedida por las normas de las leyes de presupuestos, que prohibían temporalmente los incrementos retributivos del personal de las Administraciones públicas. Baste recordar que la sentencia estima íntegramente el recurso, declarando *el incumplimiento de la obligación de desarrollo normativo expresamente establecida por la disposición final décima³³ 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.*

No es finalidad de este trabajo analizar la extensa argumentación de la Sentencia de 5 de abril de 2018³⁴, ni tampoco hacer

³³ Que, bajo el título de “Desarrollo reglamentario”, establecía 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”.

³⁴ Ya descrita y glosada en el comentario de MARINA JALVO, B., *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 (enero-abril 2019), pp. 239-263.

pronósticos sobre la continuidad de esta línea jurisprudencial (dado que a la sentencia acompaña un voto particular suscrito por dos magistrados de la Sala) y la generosidad en su aplicación práctica a casos concretos (que no me parece muy probable). A los efectos de este trabajo, es suficiente señalar que el Tribunal Supremo acepta la tesis de la existencia de una obligación jurídica de ejercitar la habilitación, que permite el pronunciamiento de un fallo de condena a hacerlo; y, también, que la sentencia no parte para ello del empleo por la cláusula habilitante de la redacción imperativa³⁵, sino de la constatación de la existencia, en el articulado de la ley, de un deber de desarrollo y de la producción, por su incumplimiento, de una situación de desigualdad con otros funcionarios contraria al ordenamiento jurídico.

VII. CONCLUSIÓN

En un célebre artículo de 1962, el profesor García de Enterría señalaba a los poderes normativos como uno de los reductos de inmunidad de la Administración; y, aunque muchos de los defectos que allí se denunciaban, de los que adolecía la entonces vigente Ley de lo Contencioso de 1956, han sido ya corregidos y superados, el régimen de la potestad reglamentaria, una de las más importantes de las que disponen los ejecutivos, continúa ofreciendo entre nosotros deficiencias estructurales e incertidumbres intolerables. No es de recibo que un Estado que lleva más de cuatro décadas pretendiendo ser de Derecho no sea capaz de dar respuesta concluyente a si el Gobierno puede desarrollar reglamentariamente las leyes sin apoderamiento expresos y específicos; ni que se desconozca el concreto ámbito de la potestad reglamentaria de los ministros y consejeros autonómicos; ni que se carezca de una enumeración precisa de cuáles sean las materias reservadas a la ley; ni que se continúe dudando de la válida existencia de los llamados reglamentos independientes; ni que se ignore el alcance del concepto de los reglamentos ejecutivos; ni, por fin, que el procedimiento de elaboración de los reglamentos disponga de un

³⁵ Sí lo hace el voto particular, que acepta la existencia de la obligación de desarrollar en abstracto, derivada de la fórmula imperativa utilizada por la DF de la Ley, aunque lo condiciona al establecimiento de un plazo para el ejercicio de la habilitación, del que la disposición carecía.

iter tan definido y claro como, por ejemplo, el que ha de emplearse para imponer una sanción.

Todo en este reducto de la razón de Estado continúa moviéndose en un grado de informalidad e improvisación semejante en intensidad al que podría detectarse en la práctica del Estado absoluto. Y una pequeña muestra de ella son las cláusulas habilitantes que aquí hemos considerado, que con toda evidencia parecen redactadas con un acusado desaliño y desinterés, como si se tratara de fórmulas de estilo carentes de importancia práctica (porque se supone que, digan lo que digan, al final dictará normas quien lo tenga por conveniente) y sin relevancia jurídica de ningún tipo. Decía anteriormente que, en materia de disciplina jurídica de la potestad reglamentaria, los tiempos están cambiando, y la Sentencia de 5 de abril de 2018 puede ser un aviso inequívoco de un tratamiento más riguroso de esta materia por parte de los órganos del poder judicial, que sería irresponsable que el Gobierno y las Administraciones desconocieran.