

O principio de seguridade xurídica e a aplicación retroactiva da xurisprudencia contencioso-administrativa

El principio de seguridad jurídica y la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contencioso-administrativa

The principle of legal certainty and the retroactive application of contentious-administrative case-law

51 Regap

CARLOS ABAL LOURIDO

Avogado (Galicia, España)

carlos.abal@abalabogados.com

Recibido: 09/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



NOTAS

Resumo: Fronte ao principio xeral de que os cambios de criterio xurisprudencial sobre a interpretación das normas son aplicables a todas as situacións xurídicas que se produzan durante a súa vixencia, mesmo ás nadas con anterioridade aos ditos cambios, debería admitirse que existen supostos en que a eficacia das sentenzas debe ser unicamente prospectiva, singularmente cando versan sobre o exercicio de potestades sancionadoras, desfavorables para os cidadáns ou restritivas de dereitos individuais.

Palabras clave: xurisprudencia, seguridade xurídica, retroactividade.

Resumen: Frente al principio general de que los cambios de criterio xurisprudencial sobre la interpretación de las normas son aplicables a todas las situaciones jurídicas que se produzcan durante su vigencia, incluso a las nacidas con anterioridad a dichos cambios, debería admitirse que existen supuestos en que la eficacia de las sentencias debe ser únicamente prospectiva, singularmente cuando versan sobre el ejercicio de potestades sancionadoras, desfavorables para los ciudadanos o restrictivas de derechos individuales.

Palabras clave: jurisprudencia, seguridad jurídica, retroactividad.

Abstract: Facing the general principle that changes in the criterion laid down in the case-law regarding the interpretation of legal norms, are applicable to all legal situations occurring during their validity, including those originated prior to such changes, it is conceded that there are cases where the effect given to the judgments should be prospective only, particularly when dealing with the exercise of powers to impose sanctions, unfavourable for citizens, or limit individual rights.

Key words: case-law, legal certainty, retroactivity.

Sumario: 1 Introducción. 2 O principio de seguridade xurídica. 3 A unificación da xurisprudencia a través do recurso de casación. 4 Os cambios de criterio xurisprudenciais. 5 A aplicación retroactiva dos cambios de criterio na xurisprudencia. 6 O interesante caso da Sentenza do Pleno do TC 7/2015 do 22 de xaneiro. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

1 Introducción

A maioría das situacións xurídicas encerran un conflito entre os principios de seguridade xurídica e de xustiza.

Nas solucións que o ordenamento xurídico dá para a resolución dos ditos conflitos unhas veces primanse as exixencias do primeiro e outras as do segundo. O ideal sería acadar un razoable equilibrio entre ambos os dous, aínda que a miúdo non é doado decantarse pola primacía dun ou outro.

Pero unha das materias en que a seguridade xurídica constitúe un factor clave é a relativa á aplicación dos criterios xurisprudenciais de interpretación das normas: para os cidadáns resulta esencial ter a certeza de que as regras de xogo non se van cambiar a metade de litixio, a menos, claro está, que lle resulten máis favorables. Isto é unha exixencia básica do principio de seguridade xurídica.

Acontece, non obstante, que con frecuencia os tribunais cambian de criterio neste aspecto, moitas veces a peor –polo menos desde a perspectiva do cidadán– e aplican os novos criterios, de forma retroactiva, a situacións xurdidas ao abeiro de criterios anteriores máis favorables.

Na medida en que a xurisprudencia non ten eficacia normativa, non é unha fonte do dereito, senón que só o complementa; veuse negando tradicionalmente por parte da xurisprudencia a imposibilidade de evitar que os cambios de criterio poidan deixar de ser aplicados a situacións xurídicas nadas ou consolidadas ao abeiro das interpretacións xudiciais anteriores sobre as normas aplicables.

Non obstante, e fronte a tal principio xeral, algúns autores avogan por entender que en determinados supostos, e precisamente a prol do principio de seguridade xurídica, a xurisprudencia debe ter exclusivamente eficacia prospectiva, sen que poidan aplicarse cambios de criterio xurisprudencial *in peius*.

Un dos supostos en que con máis intensidade se percibe esta necesidade é, sen dúbida, cando o que está en xogo é a aplicación de potestades sancionadoras ou susceptibles de lles produciren efectos desfavorables aos cidadáns. Nestes casos os cambios de criterio na xurisprudencia non deberían ter carácter retroactivo, senón só prospectivo, a menos, claro está, que fosen máis favorables ao cidadán. Este artigo trata, precisamente, de abundar nesta idea.

2 O principio de seguridade xurídica

Os principios xerais do dereito –en expresión célebre, acuñada en diversas sentenzas do Tribunal Supremo dos anos 90, das que foi relator don Javier Delgado Barrio– “son a atmosfera en que se desenvolve a vida xurídica, o oxíxeno que respiran as normas”¹.

E de entre estes principios xerais destaca o de seguridade xurídica, que adoita definirse como a certeza do dereito, tanto no ámbito da súa publicidade como na súa aplicación, que expresa a seguridade de que se coñeza, ou poida coñecerse, o previsto como prohibido, ordenado ou permitido polo poder público.

1 Entre moitas outras, Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de maio de 1990 (EDX 1990/5139).

É un principio xeral que en España foi elevado a rango constitucional no artigo 9.3 da Constitución, e do que, nunha data tan temperá como 1981, o Tribunal Constitucional chegou a dicir que constitúe a suma equilibrada do resto dos principios que se enumeran nese mesmo artigo (“certeza e legalidade, xerarquía e publicidade normativa, irretroactividade do non favorable, interdicción da arbitrariedade”) que permite promover, na orde xurídica, a xustiza e a igualdade en liberdade².

Máis recentemente, o Tribunal Constitucional, na súa STC 234/2012, do 13 de decembro, con cita da STC 136/2011, do 13 de setembro, sinalou que o principio de seguridade xurídica debe entenderse como «a certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable e os intereses xuridicamente tutelados (STC 15/1986, do 31 de xaneiro) e como a expectativa razoablemente fundada do cidadán en cal debe ser a actuación na aplicación do dereito (STC 37/1991, do 14 de febreiro)³».

En relación coa actividade xurisdiccional, o principio de seguridade xurídica descansa, en xeral, sobre a base da vinculación dos xuíces e tribunais cos precedentes conformados polas decisións adoptadas á hora de resolver casos análogos, que é, precisamente, o que coñecemos como xurisprudencia.

A lei non enumera a xurisprudencia entre as fontes do dereito, aínda que si sinala que ten por misión complementar o ordenamento xurídico (artigo 1 Cc).

A aplicación práctica do principio de seguridade xurídica na actividade xurisdiccional alcanza a súa máxima expresión na institución da cousa xulgada, recollida no artigo 222 da LAC, que exclúe un ulterior proceso cuxo obxecto sexa idéntico ao do proceso en que aquela se produciu (cfr. artigo 222.1 LAC) e que vincula os tribunais ao xa resolto con forza de cousa xulgada nas sentenzas firmes que puxeran fin a procesos anteriores que constituía un antecedente lóxico do que sexa o seu obxecto, e sempre que os litigantes de ambos os dous procesos sexan os mesmos ou a cousa xulgada se estenda a eles por disposición legal (cfr. artigo 222.4 LAC).

O principio de seguridade xurídica na aplicación do dereito exige que, ante a formulación de problemas semellantes, as respostas xudiciais sexan igualmente parecidas. A dificultade que existe para iso é que, debido ao principio de independencia xudicial (artigo 117.1 da Constitución), os diferentes órganos da Administración de Xustiza, unipersoais e colexiados, despregados ao longo e ancho do territorio nacional, non actúan de forma coordinada, e polo tanto poden ter, e de feito teñen na práctica, respostas non coincidentes sobre as mesmas cuestións.

Ademais, os mesmos xulgados e tribunais poden ir cambiando de criterio ao longo do tempo, e é lóxico e mesmo desexable que así sexa: dun lado, porque os tribunais non teñen por que conformarse con asumir os postulados establecidos por outros, senón que poden apartarse deles razoándoo debidamente; e doutro porque a xurisprudencia debe ser algo vivo e debe evolucionar xunto coa realidade social –o propio artigo 3.1. Cc di que as normas se deben interpretar de acordo coa realidade social do tempo en que han de ser aplicadas–, buscando

² STC 27/1981, do 20 de xullo.

³ STC 37/91, do 14 febreiro, fundamento xurídico 5 (EDX 1991/1563).

en todo momento a interpretación da norma que resulte máis xusta. E non cabe evolución, como é lóxico, sen a ruptura cos precedentes xurisprudenciais, tanto propios como alleos.

E aquí está o conflito, que latexa case sempre en calquera situación xurídica, entre o principio de xustiza, que os xulgados e tribunais deben intentar satisfacer ao resolver as concretas controversias xurídicas que se lles formulan, e o principio de seguridade xurídica que exige, en principio, esa identidade de respostas xudiciais ante as mesmas situacións.

De aí que sexa necesario, a prol do principio de seguridade xurídica, uniformizar os criterios aplicables por xulgados e tribunais.

3 A unificación da xurisprudencia a través do recurso de casación

A tarefa de uniformizar a xurisprudencia correspóndelle, precisamente, ao Tribunal Supremo, a través do recurso de casación, que ten por finalidade revisar a aplicación do dereito, tanto substantivo como procesual, que realizan os tribunais de inferior grao, e depurar os criterios interpretativos das normas, establecendo, se é o caso, a interpretación que resulte correcta.

A vixente lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998, que, a pesar de ser derrogada neste aspecto pola Lei orgánica 7/2015, pero que aínda estará en vigor ata o 22 de xullo de 2016⁴, recolle a modalidade do recurso de casación en interese da lei, como xa o facía a súa antecesora, a Lei do 27 de decembro de 1956⁵, e tamén o recurso de casación para a unificación de doutrina.

Ambos os dous recursos responden a supostos diversos pero, aínda baixo criterios e circunstancias distintas, teñen por obxecto en último termo a busca desa necesaria uniformidade da xurisprudencia que demandan as exixencias do principio de seguridade xurídica.

E así di a lei aínda vixente que a sentenza que se dite nos recursos de casación en interese da lei, “cando sexa estimatoria fixará na decisión a doutrina legal. Neste caso publicarase no *Boletín Oficial del Estado* e a partir da súa inserción nel vinculará todos os xuíces e tribunais inferiores en grao desta orde xurisdicional” (cfr. artigo 100.7 LXCA).

A reforma operada pola Lei orgánica 7/2015⁶ suprime tanto a modalidade do recurso de casación en interese da lei como tamén o recurso de casación para unificación de doutrina que, dalgún xeito, vén subsumir na única modalidade unificada que se crea de recurso de casación, e que cabe só por infraccións do ordenamento xurídico, iso si, tanto por motivos procesuais como substantivos, sempre que exista, a xuízo do tribunal ao que lle corresponde coñecer deste recurso, interese casacional, que é o elemento que se erixe no presuposto básico de admisibilidade do recurso e que se presume que concorre, entre

4 Véxase a disposición derradeira décima da LO 7/2015.

5 Véxase o artigo 101 da derrogada Lei do 27 de decembro de 1956, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (BOE do 28 de decembro de 1956).

6 Lei orgánica 7/2015, do 21 de xullo, pola que se modifica a Lei orgánica 6/85, do 1 de xullo, do poder xudicial.

outros supostos, cando a sentenza se aparta deliberadamente da xurisprudencia existente para casos similares.

E ademais, o recurso de casación caberá non só, como ata agora, contra as sentenzas ditadas en única instancia polos tribunais superiores de xustiza e a Audiencia Nacional, senón mesmo contra sentenzas ditadas en única instancia polos xulgados do contencioso-administrativo⁷ e polas que resolvan os recursos de apelación, o que resulta moi positivo, xa que vai permitir que o Tribunal Supremo realice o seu labor hermenéutico tamén en relación con asuntos que ata agora estaban excluídos do seu coñecemento.

E, aínda que a nova regulación do recurso de casación non define a creación da doutrina legal nos mesmos termos en que o fai a lei aínda vixente, isto é, coas exixencias de publicidade e vinculación dos xuíces e tribunais inferiores, si establece que a sentenza que se dite ao resolver os recursos de casación deberá fixar a interpretación da norma que proceda, e que a dita interpretación poderá ser alegada como fundamento de posteriores recursos de casación cando se aparten dela as resolucións xudiciais que diten os xulgados e tribunais de inferior grao.

No anteproxecto de reforma da LOPX prevíase (disposición derradeira cuarta) a creación dun recurso extraordinario de casación para unificación de doutrina, co que se mantivo moi crítico o CXPX no seu informe a ese anteproxecto, e que finalmente foi abandonado, polo menos de momento⁸.

Suponse que a reforma legal recentemente aprobada pretende facilitar a formación de xurisprudencia aplicable en todo o territorio nacional e reforzar o recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar a uniformidade na aplicación xudicial do dereito. Iso, polo menos, é o que expresa o propio preámbulo da lei.

Por iso, aínda que a regulación da LO 7/2015 sexa distinta, os principios que a orientan, no que se refire á reserva da tarefa hermenéutica ao Tribunal Supremo, son os mesmos que na lexislación que se derroga.

E en relación con ela dicía don Gonzalo Moliner Tamborero, presidente do Tribunal Supremo e do CXPX, nun coñecido artigo⁹, que a doutrina legal establecida nos recursos de casación en interese da lei ten un carácter cuasi-lexislativo, xa que vén encher unha lagoa do ordenamento, a súa eficacia pende da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado*, e resulta vinculante para os xuíces e tribunais de inferior grao, como expresamente sinala o artigo 100.7 LXCA.

Engadía ademais que, en canto que calquera sentenza aplicativa dunha norma constitúe en si mesma unha “pequena novidade adherida a aquela” ou “unha determinada interpretación desta”, ha de converterse en que estas sentenzas teñen un carácter “quasi normativo”, pois complementan o texto da norma, pasando, dalgún xeito, a formar parte dela.

Outros autores –algúns moi críticos, por certo, coa regulación do recurso de casación en interese da lei– defenderon, mesmo, que a doutrina legal definida polo Tribunal Supremo a

7 As de contía inferior a 30.000 euros.

8 Pode consultarse o texto do informe do CXPX ao anteproxecto na páxina web do Consello (www.poderjudicial.es).

9 MOLINER TAMBORERO, G., “Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina”, maxistrado presidente da Sala Cuarta do Tribunal Supremo. *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, decembro 2012.

través destes recursos ten un carácter claramente normativo, como é o caso do catedrático de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, cando sinala que «o lexislador lle confire ao Tribunal Supremo un auténtico poder normativo, ao permitirlle declarar, con carácter vinculante, cál sexa a única interpretación correcta dunha norma; e tal declaración, véxase como se vexa, constitúe unha auténtica norma xurídica, que complementa o texto literal da disposición obxecto do proceso»¹⁰. Tamén pode citarse entre eles o profesor de dereito administrativo da Universidade de Valencia Dr. D. Gabriel Doménech Pascual¹¹.

E certamente así é, xa que estas sentenzas que crean doutrina legal posúen a mesma forza de lei que a norma interpretada ten recoñecida, e en tal sentido a vinculación que nelas se establece é máxima, xa que unha vez publicadas pasan a ter o recoñecemento máis intenso que en materia de seguridade xurídica se pode ofrecer, en canto que os demais xuíces e tribunais da mesma orde xurisdiccional só se poderán afastar delas cun planeamento previo da cuestión de inconstitucionalidade –aínda que, está claro, non contra a sentenza, senón contra a norma que interpreta, como dixo o TC na súa Sentenza 37/12 (BOE 12.04.12)–, que é, precisamente, o mesmo réxime que o ordenamento xurídico ten establecido para que os xulgados e tribunais poidan deixar de aplicar unha norma legal, conforme as previsións contidas nos artigos 163 CE, artigos 35 e 36 LOTC e artigo 5.2 LOPX.

Xa non acontecerá o mesmo, no futuro, co recurso de casación que se regula na reforma operada pola Lei orgánica 7/2015, xa que nin existirá o recurso de casación en interese da lei, nin as sentenzas resolutorias de recursos de casación deben ser publicadas no BOE, nin se di expresamente que resulten vinculantes para os xuíces e tribunais de inferior grao, o que probablemente sexa considerado como algo positivo polos que vían en tal regulación do artigo 100.7 LXCA un ataque ao principio de independencia xudicial consagrado no artigo 117.1 da Constitución, que non obstante fora xa descartada polo Tribunal Constitucional¹².

4 Os cambios de criterio xurisprudenciais

Aínda que, como antes se dixo, a partir de agora os xulgados e tribunais da orde xurisdiccional contencioso-administrativa non estean obrigados a seguir a doutrina legal establecida polo Tribunal Supremo, senón que poderán apartarse dela, razoándoo debidamente, nótese que o que motiva obxectivamente o recurso de casación non é o mero afastamento polos xuíces e maxistrados da doutrina do Tribunal Supremo –por ignorancia, equivocación ou despiste–, senón o afastamento deliberado e consciente por considerar errónea a súa doutrina¹³. A ningún lle escapa que na inmensa maioría das ocasións, á hora de ditar sentenza, os xulgados e tribunais asumirán case sempre os postulados establecidos polo Tribunal Supremo de forma acrítica, maquina e automática, e probablemente serán moi poucas as ocasións en que terán o tempo, os argumentos, a motivación e, por que non dicilo, a valentía suficiente como para

10 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.

11 Paga a pena ler o excelente traballo de DOMÉNECH PASCUAL, G., “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley”, (www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413).

12 Véxase a Sentenza TC 37/12, na que se rexeita a inconstitucionalidade formulada por un Xulgado de Elxe en relación co artigo 100.7 LXCA, por entendela contraria ao principio de independencia xudicial.

13 Véxase o artigo 88.3.b LXCA, na redacción dada pola Lei orgánica 7/2015.

razoar unha determinada postura contraria á interpretación establecida polo dito tribunal. Tamén, hai que recoñecelo, pola especial *auctoritas* de que goza a súa xurisprudencia.

Acontece, non obstante, que a xurisprudencia –incluída a do Tribunal Supremo– non sempre é uniforme e, unhas veces, tras anos de interpretacións asumidas polos diferentes tribunais, o Tribunal Supremo acaba establecendo un criterio específico en sentido distinto ao establecido por tribunais de inferior grao. Outras veces, o propio Tribunal Supremo cambia bruscamente de criterio e rectifica a súa propia doutrina.

En todas estas situacións, especialmente nas segundas, como logo se verá, formúlanse conflitos entre os principios de seguridade xurídica e de xustiza.

Existen numerosos exemplos dunhas e outras.

Así aconteceu, por exemplo, en relación cos efectos do silencio administrativo na solicitude de licenzas. Tras a diversidade de opinións e pronunciamentos xudiciais ao respecto, o Tribunal Supremo acabou fixando doutrina legal na súa Sentenza do 28 de xaneiro de 2009 (BOE 30.03.09), establecendo que non poden entenderse adquiridas por silencio licenzas en contra da ordenación territorial ou urbanística¹⁴. Pero ata ese momento non foran poucos os xulgados e tribunais que sostiveran que o mero transcurso do prazo para resolver, sen ter recibido notificación ningunha, levaba consigo a automática obtención da licenza de acordo co proxecto que se presentase para iso, mesmo nos casos en que o seu contido contradixese a normativa ou o planeamento urbanístico, sen prexuízo, por suposto, da posibilidade da Administración de proceder á súa revisión, aínda que, iso si, coas correspondentes consecuencias indemnizatorias.

Algo parecido aconteceu cando o Tribunal Supremo, rectificando o criterio establecido polo TSX da Comunidade Valenciana, estableceu como doutrina legal na súa Sentenza do 19 de novembro de 2012 que a Administración tributaria pode reiterar os actos de xestión tributaria anulados xurisdicionalmente, tanto se o foran por motivos de forma como de fondo.

Pero mesmo, como dicimos, o Tribunal Supremo modificou os seus criterios. Baste citar, entre outras, a Sentenza da Sala III do Tribunal Supremo do 28 de febreiro de 2014 (Recurso de Casación 2314/02), que declarou, sen establecer doutrina legal, que os plans de ordenación de recursos humanos non teñen a consideración de disposicións de carácter xeral, rectificando expresamente a doutrina que anteriormente establecera en sentido contrario nas sentenzas do 9 de abril de 2013 (Casación 209/2012), do 8 de xaneiro de 2013 (Casación 1635/2012), 23 de setembro de 2013 (Casación 2655/2012) e do 5 de marzo de 2012 (Casación 6439/2010).

Pero, sen dúbida, o caso máis célebre e polémico de rectificación de criterios deuse en relación coa Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2012¹⁵, que modificou por completo o criterio sobre a forma en que se debe acreditar o intento de notificación do artigo 58.4 da Lei 30/92, que o propio tribunal establecera dez anos antes na anterior Sentenza do 17 de novembro de 2003¹⁶.

14 Esta sentenza recibiu innumerables críticas polos que entenden que baleira por completo o sentido da institución do silencio administrativo.

15 BOE do 10 de xaneiro de 2014.

16 BOE do 5 de xaneiro de 2004.

Nesa anterior sentenza do ano 2003, en efecto, fixérase como doutrina legal que, para os efectos de ter por cumprida a obriga de notificar a que se refire o artigo 58.4 de Lei 30/92¹⁷, o intento de notificación efectuado pola Administración queda culminado co momento en que o órgano administrativo en cuestión recibe a devolución do envío e debíase acreditar mediante o rexistro de entrada no órgano administrativo dentro do prazo máximo de duración do procedemento, o que revestía unha indubidable transcendencia práctica nos procedementos con efectos desfavorables para o cidadán, xa que a caducidade, que a Lei 30/92 vincula ao transcurso do prazo máximo, entendíase producida se, dentro do prazo máximo fixado pola norma, non constaba que tivese entrada, a través do rexistro do órgano administrativo concreto, a acreditación do intento de notificación, normalmente a devolución do servizo de Correos.

Esta doutrina propiciou, todo hai que dicilo, manobras de todas clases tendentes a dilatar a recollida das notificacións, co fin de provocar a caducidade do procedemento, en bastantes casos con éxito.

Pero, máis alá do anecdótico, o importante é que, ao abeiro desa doutrina legal do ano 2003, formárase un corpo de xurisprudencia absolutamente consolidada nos tribunais superiores de xustiza sobre o cómputo do *dies ad quem* do prazo de caducidade nos procedementos con efectos desfavorables para os cidadáns, tales como os expedientes de reposición da legalidade urbanística, expedientes sancionadores, etc.

Segundo esa xurisprudencia, para que puidese entenderse cumprida no prazo procedente a obriga de notificar a resolución que poña fin ao expediente, non era suficiente con que a notificación se producise dentro do prazo máximo establecido na norma, senón que tamén se exixía que a acreditación desta tivese entrada no rexistro do órgano administrativo antes da finalización daquel.

Non obstante, na súa Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2013, rectificábase a anterior doutrina e xa non se exige, para os efectos de ter por cumprida a obriga de notificar, que o intento de notificación teña entrada no órgano administrativo dentro do prazo máximo fixado pola norma, senón que pasa a entenderse que é suficiente con que dentro dese prazo se leve a cabo o intento de notificación, con independencia de que a entrada no rexistro do órgano administrativo teña lugar máis tarde.

Outras veces os cambios de criterio non veñen pola vía da fixación de doutrina legal sobre a interpretación de certas normas, senón polo establecemento de criterios sobre requisitos procesuais de admisibilidade dos recursos, como por exemplo aconteceu co célebre Auto do Tribunal Supremo do 10 de febreiro de 2011, que puxo fin aos escritos de preparación do recurso de casación meramente formularios e pasou a exixir unha maior concreción e anticipación na explicación dos motivos de casación, as normas estatais vulneradas e a súa relevancia na resolución.

Algo semellante aconteceu en materia de erro xudicial cando, a partir da súa Sentenza do 23 de setembro de 2013¹⁸, o Tribunal Supremo comezou a exixir, como requisito formal

17 "Sen prexuízo do establecido no apartado anterior, e para os únicos efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña, cando menos, o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado".

18 Procedemento de erro xudicial n.º 9/2013 (EDX 2013/197263).

de admisibilidade da demanda de erro, a formulación previa do incidente de nulidade de actuacións do artigo 241 LOPX, criterio, por certo, máis que discutible, posto que hai determinados erros de dereito das sentenzas, cando derivan de posicións xuridicamente razoadas, aínda que erróneas, que non poden ser combatidos pola vía do incidente de nulidade de actuacións, que só procede cando a sentenza incorra en arbitrariedade, incongruencia, etc.

En suma, en todos estes supostos o Tribunal Supremo cambiou o seu criterio sobre a interpretación de normas concretas e, normalmente, para establecer interpretacións máis estritas e desfavorables para os cidadáns. E a cuestión que se formula, e que se verá no seguinte apartado, é en que medida tales cambios de criterio poden aplicarse a litixios en curso que se iniciasen baixo a vixencia dos criterios anteriores.

Como antes se viu, a misión da xurisprudencia é complementar o ordenamento xurídico, pero non completalo, expresión esta última da que o lexislador quixo fuxir expresamente. A fronteira entre “complementar” e “completar” é moi difusa, pero que dúbida cabe de que en ocasións é doado que se invada, en certo modo, a actividade do lexislador, dando un paso atrás na protección do cidadán en materia de seguridade xurídica, como sen dúbida aconteceu co cambio de criterio en materia de caducidade dos procedementos.

E non poderíamos rematar esta análise sen facer mención aos casos en que o tribunal definiu doutrina legal manifestamente ilegal e errónea, como aconteceu na Sentenza do TS do 24 de abril de 1999¹⁹, na que sinalou que o exceso no prazo de duración máxima do procedemento administrativo non leva consigo a súa caducidade, descoñecendo o que expresamente dispuña xa daquela o artigo da Lei 30/92 ao respecto. Curiosamente, os xulgados e tribunais de inferior grao optaron, directamente, por non aplicar esta doutrina, á vista da súa patente e flagrante incorrección.

Algo parecido aconteceu cando na Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de xullo de 2003 se descoñeceu directamente o ordenamento comunitario en materia de IVE.

5 A aplicación retroactiva dos cambios de criterio na xurisprudencia

Se os cambios de criterio na xurisprudencia son lóxicos e desexables, acontece que en moitas ocasións tales cambios provocan situacións problemáticas cando se aplican a litixios que se atopan en curso e que se formularan ao abeiro da xurisprudencia existente ao tempo en que se inician.

Así acontece cando, despois de se formularen litixios con base nunha determinada doutrina do Tribunal Supremo, vixente no momento de aconteceren os feitos e iniciarse o preito, se dá logo a circunstancia de que, antes de que se dite sentenza, o Tribunal Supremo cambia de criterio –case sempre con interpretacións máis estritas e menos favorables aos particulares– e o xulgado ou tribunal que está a coñecer do asunto decide aplicar entón o novo criterio para resolver o litixio, deixando por completo desprevidas as partes afectadas por tales cambios.

¹⁹ EDX 1999/11618.

Esta situación deuse, por exemplo, en todos os procedementos en que se formulaba a caducidade do procedemento administrativo sobre a base da doutrina legal fixada na STS do 17 de novembro de 2003, e nos que non se ditara sentenza no momento; o Tribunal Supremo rectificou esa doutrina na súa Sentenza do 3 de decembro de 2013. Neles, os tribunais ante os que pendían os ditos recursos aplicaron a nova doutrina legal, sen consideración ningunha á súa posible aplicación retroactiva.

A cuestión que se suscitaba, entón, e nos formulamos agora, é se ese novo criterio, ou esa nova doutrina legal, resultaba aplicable para resolver litixios que se atopaban en curso cando se cambiou o criterio. Ou se o principio de seguridade xurídica debería ter evitado a aplicación retroactiva do novo criterio xurisprudencial a situacións xurdidas con anterioridade á súa formulación.

Nalgúns deses casos acudiuse en amparo ao Tribunal Constitucional, que normalmente esquivou a cuestión co argumento de que se trataba de “asuntos de legalidade ordinaria”.

A interpretación oficial e ortodoxa neses supostos pasaba e pasa por entender que aos cambios de criterio xurisprudencial non lles resulta aplicable o principio xeral de irretroactividade que si se establece no artigo 2.3 Cc só para as normas, e iso na medida en que a xurisprudencia non ten a condición de norma, que as sentenzas non crean dereito, senón que simplemente o aplican, que os criterios asumidos como doutrina legal ou xurisprudencial non teñen carácter normativo, senón que unicamente interpretan a lei, facéndolle dicir o que xa está no seu texto e, en último termo, que os xuíces e tribunais poden cambiar de criterio en calquera momento sobre calquera interpretación das normas, sempre que o razoen debidamente.

A Sala IV do TS analizou esta cuestión en varias sentenzas, do 30 de abril, 13, 18 e 26 de xuño de 2002, nas que recolle a tese que se acaba de sinalar e, polo tanto, nega que se poida falar sequera de aplicación retroactiva da xurisprudencia, xa que esta non ten o carácter de norma xurídica nin de fonte do dereito²⁰.

E o TSX de Galicia, na súa Sentenza do 14 de novembro de 2008 (EDX 2008/324259), sinala que “un último punto sobre o que queremos incidir é o relativo ao efecto retroactivo da

20 A doutrina común a todas estas sentenzas condénsase así: “O problema que agora se suscita consiste en esclarecer se a doutrina sentada na Sentenza desta Sala do 29 de outubro de 1997, á que acabamos de facer referencia, debe ser aplicable a feitos que se produciran antes da data indicada –tese da resolución combatida–, ou se, como sostén a de contraste, soamente a partir da dita data debe aplicarse a aludida doutrina, de tal maneira que unicamente desde ese momento podería acordarse a alta no RETA daqueles subaxentes aos cales esta dedicación lles reportase ingresos na contía xa aludida, mesmo cando o inicio da actividade tivese lugar con anterioridade. A sentenza recorrida entende que a aludida doutrina, en canto meramente interpreta un precepto legal, debe aplicarse a todas as situacións existentes a partir da vixencia do precepto interpretado, mentres que a referencial lle atribúe á aludida doutrina un carácter “quasi normativo”, xa que considera que veu encher unha lagoa do ordenamento, e diso deduce que, tal como sucede, en opinión dos xulgadores, respecto das normas xurídicas, non se lle pode atribuír á repetida Sentenza do 29 de outubro de 1997 (EDX 1997/8174) efecto retroactivo; oitavo.- A regra xeral acerca da irretroactividade de toda norma xurídica (“lei” en sentido lato) que non dispoña o contrario vén expresamente consagrada no artigo 2.3 do Código civil EDL 1889/1, pero esta irretroactividade non pode predicarse tampouco respecto da xurisprudencia, porque esta non ten o carácter de tal norma xurídica, e non constitúe tan sequera unha verdadeira fonte do ordenamento, senón que unicamente “complementa” a este (artigo 1.6 do mesmo código), o que significa que os pronunciamentos xurisprudenciais non son constitutivos, senón meramente declarativos, de tal sorte que o precepto que foi obxecto de interpretación xurisprudencial non se ve de ningún xeito modificado ou alterado por virtude da doutrina que o interpreta, senón que o significado e o alcance do precepto interpretado foi sempre o mesmo desde que a norma legal ou regulamentaria da que aquel forma parte se promulgou, e seguirao sendo mentres non se derroque ou se modifique. As sentenzas só poden ter eficacia constitutiva con carácter xeral cando así veña establecido por excepción, como é o caso do control de constitucionalidade das leis, ou da legalidade dos regulamentos, ou dos convenios colectivos; pero, mesmo nestes casos, non se substitúe a norma anulada, senón que se declara a nulidade desta, de acordo con outra norma (a Constitución ou a lei), e o único que se preserva son os casos anteriores decididos por sentenzas firmes (artigo 40 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional)”.

doutrina xurisprudencial, ao alegar o recorrente que a súa actuación foi a correcta ao adaptarse á vixente no seu momento, sen que lle poida ser aplicable a ditada con posterioridade. Nada máis lonxe da realidade, porque, a diferenza das leis, que normalmente teñen efecto prospectivo, as sentenzas teñen natureza declarativa e retroactiva, por non crearen dereito, senón aplicalo (STS 07/02/02)”.

Non obstante, cabe tamén outra interpretación máis ambiciosa que, aínda que se aparta da liña oficial, debería ser posible defender en certos casos, e da que derivaría a imposibilidade de aplicación da nova doutrina legal e os novos criterios xurisprudenciais aos supostos nados antes da súa entrada en vigor, proxectándose só como unha aplicación a futuro, para os supostos de feito que nazan con posterioridade.

Especialmente cando se trate de litixios relativos ao exercicio de potestades sancionadoras ou susceptibles de produciren efectos desfavorables nos cidadáns, que son, precisamente, os supostos en está constitucionalmente garantida a irretroactividade das normas (cfr. artigo 9 da Constitución).

Cando se trata da definición de doutrina legal ao abeiro do artigo 100.7 LXCA, que como antes se viu ten un carácter cuasi-normativo, polas especiais características que a rodean, a súa publicación no BOE e os efectos vinculantes que a partir da súa publicación produce para os xulgados e tribunais de inferior grao, parece que a tese sobre a imposibilidade de aplicación retroactiva adquire tinguaduras máis relevantes.

Pero, máis alá destes supostos de definición de doutrina legal –chamados por certo a desaparecer coa nova regulación do recurso de casación na LO 7/2015, como antes se viu–, a cuestión pódese expor en termos máis amplos, xa que no futuro, de acordo coa dita reforma, o Tribunal Supremo, ao resolver esta clase de recursos, está obrigado a fixar a interpretación correcta da norma, introducindo con iso esa “novidade adherida á norma” de que antes falabamos, polo que non debería resultar desatinado soste que tal interpretación, no novidoso, viría supor un novo aspecto da norma interpretada que, como tal, debería gozar de irretroactividade, como a propia norma, a menos que se diga o contrario (artigo 2.3 Cc) e iso precisamente en virtude do principio de seguridade xurídica consagrado no artigo 9.3 da Constitución. No dereito anglosaxón existe unha institución específica, denominada *prospective overruling*, que lle permite ao xuíz limitar os efectos dos novos criterios ás decisións que se adopten no futuro. Aínda que no noso ordenamento non está previsto, nada debería impedir que así se acordase caso por caso, en función das circunstancias concorrentes.

A cuestión é, sen dúbida, polémica e moi discutible. De feito, no artigo ao que xa nos referimos unhas cantas veces, do Sr. Moliner Tamborero, despois de realizar unha exposición valente e decidida, pondo o acento nas consecuencias do principio de seguridade xurídica, e facendo presaxiar unha conclusión favorable á eficacia unicamente prospectiva das sentenzas que definen doutrina legal, finalmente decántase por entender que o principio xeral ha de ser a aplicación dos cambios de criterio xurisprudencial a todos os feitos acaecidos durante a vixencia das normas que interpretan, aínda que sexan anteriores ao cambio de criterio, coa única excepción das sentenzas con eficacia constitutiva (por exemplo, sobre o control



de constitucionalidade das leis ou a legalidade dos regulamentos²¹), e sempre co respecto aos límites e exixencias que derivan do principio de cousa xulgada.

Non obstante, hai autores que asumen unha posición máis decidida neste aspecto.

Así, o catedrático de dereito civil da Universidade de Valencia Dr. Blanco Gascó sinala que a eficacia retroactiva dos cambios de criterio xurisprudencial debe ser atemperada nos seguintes supostos: “1. Cando o cambio de criterio introduza un obstáculo ou un requisito procesual ou substantivo non exixido pola doutrina xurisprudencial no momento de presentar a demanda ou de producirse a situación (relación) xurídico-material; 2. Cando o cambio de criterio se refira a relacións xurídicas duradeiras ou de trato sucesivo –para o autor a nova doutrina xurisprudencial non se pode estender ás prestacións e situacións que sexan debidas ou nazan despois do cambio de criterio–; 3. Cando o cambio de criterio supoña unha situación obxectivamente menos beneficiosa para o suxeito no sentido de limitar ou restrinxir un dereito ou facultade que, de acordo co criterio anterior, fora declarado válido e que o novo criterio, sen mediar modificación lexislativa, declara nulo; 4. Cando o cambio de criterio obedeza a unha interpretación dunha norma nacional con base nunha directiva comunitaria aínda non trasposta e en período de selo”²².

En todos estes casos, este autor sinala que, ao seu entender, as sentenzas non poden afectar a supostos nados antes de seren ditadas.

Á súa vez, o maxistrado do Tribunal Constitucional D. Juan Antonio Xiol Ríos afirmou «que, cando o cambio de criterio xurisprudencial comporta unha vulneración de principios constitucionais de garantía, produce efectos discriminatorios ou implica a modificación da situación de confianza consolidada en función da cal se puido actuar, deberase ter en conta esta circunstancia non para a non aplicación da nova xurisprudencia, senón para a valoración que a actuación de boa fe apoiada nunha xurisprudencia errónea e despois modificada poida ter para o recoñecemento de efectos derivados dos actos ou condutas correspondentes en aplicación de principios constitucionais como os de garantía, seguridade xurídica, retroactividade da norma posterior máis favorable, prohibición da arbitrariedade (por exemplo, no cumprimento dos requisitos formais para interpor un recurso, eximirse da condena en custas ou realizar validamente un acto procesual ou na aplicación dunha norma penal de acordo con varias etapas na súa interpretación xurisprudencial respectando o principio de certeza da lei penal e o efecto retroactivo da norma penal posterior máis favorable)»²³.

O propio TXCE admitiu que o principio de seguridade xurídica constitúe un límite á aplicación retroactiva de criterios xurisprudenciais interpretativos das normas a supostos nados

21 Véxase, entre outras, a Sentenza do TSX de Andalucía (Granada) do 20 de xullo de 2015 (EDX 2015/196538): «Así como non pode manterse que, mentres outra cousa non se estableza, as decisións de inconstitucionalidade teñen eficacia prospectiva ou de futuro, pois o principio ou regra xeral é a afirmación contraria, como lembra a STS do 2 de xuño de 2010, a salvo sempre os supostos en que o Tribunal Constitucional exerza a facultade que lle corresponde de limitar por exixencias ou por razóns de índole constitucional a natural eficacia retroactiva das ditas decisións, e mesmo a de atribuír á súa declaración de inconstitucionalidade, por iguais exixencias, só unha eficacia prospectiva ou de futuro, tamén os efectos das STS do 13 e 14 de xuño de 2011, á luz do disposto no artigo 73, conducen á mesma conclusión, pois no noso ordenamento xurídico a contravención dunha norma xurídica de superior rango determina para a de rango inferior que a contravén a sanción de nulidade radical ou de pleno dereito; e os efectos desta, deste grao sumo de invalidez, son como regula e en principio efectos *ex tunc*, que se retrotraen ao momento mesmo en que entrou en vigor a norma ilegal (STS do 2 de xuño de 2010)».

22 BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio*, Tirant lo Blanch, Tratados 2000, Valencia, pp. 99 e ss.

23 FERRERES COMELLA, V. e XIOL RÍOS, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 94.

antes da súa declaración. Así o declarou, entre outras, na súa Sentenza do 20 de decembro de 1995 (caso Bosman), na que, tras comezar sentando o principio xeral de aplicación dos criterios interpretativos dunha norma a todas as relacións xurídicas nadas ao seu amparo, aínda que fosen anteriores á sentenza²⁴, a continuación exceptúa tal declaración xeral, por exixencias do principio xeral de seguridade xurídica, nos seguintes termos: «Só con carácter excepcional pode o Tribunal de Xustiza, aplicando o principio xeral de seguridade xurídica inherente ao ordenamento xurídico comunitario, verse inducido a limitar a posibilidade de calquera interesado de invocar unha disposición que o tribunal interpretou co fin de cuestionar unhas relacións xurídicas establecidas de boa fe. Tal limitación unicamente pode ser admitida polo Tribunal de Xustiza na mesma sentenza que resolve sobre a interpretación solicitada (véxanse, en especial, as sentenzas Blaizot, antes citada, apartado 28, e Legros e outros, antes citada, apartado 30)».

En todo caso, nestas notas queremos centrarnos nos supostos en que o que está en xogo é o exercicio de potestades sancionadoras, ou susceptibles de produciren efectos desfavorables para o cidadán, xa que en tal caso a prohibición de irretroactividade, como expresión do principio de seguridade xurídica, adquire unhas connotacións moito máis intensas.

Non pode deixar de recordarse que nestes supostos a irretroactividade, en canto se refire á aplicación de novas normas, salvo que sexan máis favorables que as vixentes, se eleva a principio constitucional (artigos 9.3 e 25 da Constitución), e iso en virtude do principio de seguridade xurídica, que está na base das necesarias limitacións que han de aplicarse á aplicación retroactiva dos cambios de criterio xurisprudencial.

Hai autores, como o avogado do Estado en excedencia D. Martín Orozco Muñoz²⁵, que sinalaron de forma valente e decidida que, «do mesmo xeito que existe un principio xeral de non retroactividade da lei e unha prohibición da retroactividade *in peius* das disposicións sancionadoras, non favorables ou restritivas dos dereitos fundamentais, tales principios deben ser igualmente aplicables á xurisprudencia e, máis en concreto, aos cambios de criterios xurisprudenciais *in peius*».

A este criterio, tal como está formulado, non se lle poden facer obxeccións. E non só polas razóns que apunta, senón tamén por elementais razóns de seguridade xurídica. Hai que ter en conta, ademais, que a conformidade a dereito de calquera actuación administrativa ten que axuizarse a teor da normativa vixente cando se dita²⁶, como non pode ser doutro xeito, dado o carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa, que impide que poidan considerarse no litixio —a menos que previamente se formule ás partes polo trámite do artigo 33.2 LXCA— feitos ou cuestións novas sobre os que non houberse oportunidade de pronunciarse en vía administrativa (cfr. Sentenza do Tribunal Constitucional 8/1992, 160/2001 e 158/2005, así como as sentenzas do Tribunal Supremo do 18 de xuño de 1993, 2 de xullo de 1994, 20 de xaneiro de 1996, 27 de febreiro de 1999 e 25 de maio de 2000). E a publicación

24 Conforme a reiterada xurisprudencia, a interpretación que, no exercicio da competencia que lle confire o artigo 177, fai o Tribunal de Xustiza dunha norma de dereito comunitario aclara e precisa, cando é necesario, o significado e o alcance da dita norma, tal como debe ou debería ser entendida e aplicada desde o momento da súa entrada en vigor. Diso resulta que a norma así interpretada pode e debe ser aplicada polo xuíz mesmo a relacións xurídicas nadas e constituídas antes da sentenza que resolve sobre a petición de interpretación, se ademais se reúnen os requisitos que permiten someter aos órganos xurisdiccionais competentes un litixio relativo á aplicación da dita norma (Sentenza do 2 de febreiro de 1988, caso Blaizot, 24/1986, Rec. p. 379, apartado 27)».

25 OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 245 e ss.

26 Cfr. Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, n.º 763/2008, ditada no P.O. 4222/2006.

no BOE dunha nova doutrina legal, ou a fixación dun criterio interpretativo distinto daquel sobre a base do cal se formulou o litixio, non deixa de ser unha cuestión nova sobre a que non tiveron oportunidade de pronunciarse as partes na vía administrativa previa.

En materia de aplicación retroactiva de normas sancionadoras existe unha copiosa xurisprudencia, tanto do Tribunal Supremo como do Tribunal Constitucional.

A Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo ten declarado reiteradamente, con base no artigo 25 da Constitución, que a norma aplicable a unha infracción administrativa ha de ser a que estea vixente no momento da comisión da infracción, salvo que a posterior resulte máis favorable, téndose positivizado este criterio, para todas as infraccións administrativas, na lexislación ordinaria, no artigo 128 da Lei 30/1992, segundo o cal “serán de aplicación as disposicións sancionadoras vixentes no momento de producirse os feitos que constitúan infracción administrativa, disposicións sancionadoras que non se aplicarán con efecto retroactivo agás cando favorezan o presunto infractor”.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional, razoando *sensu contrario*, a partir da prohibición de irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables, plasmada no artigo 9.3 da Constitución, elaborou o principio da retroactividade das normas sancionadoras posteriores máis favorables, criterio que hoxe se atopa asumido, a nivel xeral, polo artigo 128 da Lei 30/1992, como se dixo.

Abundando no dito, en relación coa cuestión da norma aplicable en materia sancionadora, cómpre lembrar que, no ámbito procesual e procedemental, a sentenza do Tribunal Supremo do 22 de marzo de 1989 resolve de xeito moi sinxelo o vello problema de cal é a norma aplicable, se a vixente no momento de producirse a infracción ou de ditarse a resolución (ou a sentenza), pois desde a perspectiva da retroactividade sempre se aplicará a máis favorable.

Aínda máis, a sentenza do TS do 13 de decembro de 1991 admite a aplicación retroactiva da norma sancionadora favorable mesmo cando o “procedemento sancionador se atope en fase de impugnación xurisdiccional”, “posto que –apostila a do 26 de maio de 1992– posibilita a aplicación da nova normativa sen retroacción de procedemento, sendo ademais aconsellable por razóns de economía procesual, sempre que se faga sen menosprezo do dereito de defensa”.

E a Sentenza do Tribunal Supremo do 22 de xaneiro de 1991, de xeito expreso, declara que a aplicación do principio de retroactividade da norma posterior máis favorable ao inculpado se refire non só á tipificación da infracción e sanción, senón tamén ao novo prazo de prescripción, se resulta ser inferior (favorable ao infractor), sinalando que: «É criterio constante da xurisprudencia do Tribunal Supremo que o dereito administrativo sancionador participa, con certos matices, da mesma natureza e principios do dereito penal, que en canto interesa a este recurso se manifesta en tres aspectos: 1. Aplicación do principio de retroactividade da norma posterior máis favorable ao inculpado, que para as infraccións penais establece expresamente o artigo 24 do Código penal e, co seu carácter xeral, *a sensu contrario*, no artigo 9.3 CE, ao establecer a irretroactividade unicamente para as disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais, aplicación retroactiva da norma posterior máis favorable que implicitamente admite tamén a Sentenza da Sala Primeira do Tribunal Constitucional do 20 de abril de 1989, de forma que a norma posterior máis favorable ao inculpado deberá serlle de aplicación, ben por tipificar o feito como infracción de menor

gravidade, impor unha sanción máis benigna, establecer un prazo inferior de prescrición que o favorece».

Pola súa banda, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (asunto Regina c. Kirk) sinalou que «o principio de irretroactividade da norma penal é un principio común a todos os ordenamentos xurídicos dos Estados membros, recoñecido como dereito fundamental polo artigo 7 do Convenio de Roma e que forma parte dos principios xerais do dereito, cuxa observancia debe garantir o tribunal».

Por iso, partindo de que, tal como sinalou reiteradamente a xurisprudencia, resultan de aplicación os principios do dereito penal ao dereito administrativo sancionador, deberá converterse en que a doutrina da retroactividade das disposicións sancionadoras favorables ha de referirse a unhas e outras, debéndose recordar a STC do 30 de marzo de 1981, que destaca como o artigo 9.3 da Constitución garante a irretroactividade das normas sancionadoras, dentro de cuxo título han de entenderse incluídas as administrativas sancionadoras, e declara que a norma 9.3 ha de interpretarse tamén *contrario sensu*, entendendo que a Constitución garante a retroactividade da lei penal máis favorable, principio xa consagrado no Código penal. O Tribunal Constitucional recoñece que o principio recoñecido no artigo 9.3 da Constitución non ten cabida no artigo 25.1 da CE, polo que non cabería fundar nel un recurso de amparo. Non obstante, prosperaron recursos de amparo invocando o artigo 17.1 e 24 da Constitución española.

As exixencias do principio de seguridade xurídica deben levar a que todas estas consideracións sobre a retroactividade das normas sancionadoras ou desfavorables sexan igualmente aplicables aos cambios de criterio xurisprudenciais, cando se trate de litixios que versen sobre o exercicio desta clase de potestades. E iso porque, parafraseando de novo o Sr. Moliner²⁷, a aplicación dun cambio de criterio a un litixio que se iniciou baixo a vixencia do criterio anterior, converte de feito en retroactiva a aplicación do novo criterio a feitos producidos con anterioridade á súa adopción, o que sen dúbida choca coa seguridade xurídica e infrinxe claramente os seus límites, xa que a nova interpretación permitiría defender que quen actuou na confianza dunha interpretación determinada, que expresamente era tida por correcta, pode verse afectado na súa seguridade xurídica, ou mesmo no dereito a recibir un trato igual ao que foi aplicado aos que actuaron con anterioridade baixo a protección da antiga interpretación. Todo iso referido, claro está, a un auténtico cambio de criterio, entendendo por tal o que se produce sen modificación legislativa e con novos argumentos, como está claramente admitido de acordo coa doutrina constitucional e coa necesaria e permitida evolución xurisprudencial (por todas, SSTC 8/1991, do 30 de marzo, 48/1987, do 22 de abril, 200/1990, do 10 de decembro, 59/1996, do 26 de marzo, 145/1997, do 15 de setembro).

E iso, como dicimos, a prol da seguridade xurídica en canto principio garantido pola Constitución no artigo 9.3, CE, pois non cabe dúbida de que quen está a respectar o sentido dunha norma, de acordo coa interpretación ofrecida pola xurisprudencia, se vai ver afectado no seu dereito por unha interpretación xurisprudencial distinta da que o moveu a actuar dun determinado xeito. E a cuestión vólvese especialmente grave cando quen cre estar a cumprir unha norma, segundo o sentido da xurisprudencia do Tribunal Supremo, se atopa

27 MOLINER TAMBORERO, G., "Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina", *cit.*

cun cambio de doutrina xurisprudencial que leva a que aquela primeira actuación non se considere ao final axeitada a dereito.

E máis cando a fronteira entre “completar” e “complementar” o ordenamento xurídico é tan difusa.

Volvendo ao caso concreto que antes citabamos, relativo ao cambio de criterio do Tribunal Supremo en materia de acreditación do intento de notificación, non cabe dúbida de que a partir da fixación da nova doutrina legal pola Sentenza do 3.12.14, existe un novo aspecto, definido xudicialmente, que complementa o artigo 58.4 da Lei 30/92, respecto a cando debe entenderse efectuado e acreditado o intento de notificación do acto que pon fin ao procedemento, para os efectos do cómputo do prazo máximo de duración legalmente establecido, determinante da incursión en caducidade do procedemento, que non resulta directamente extraíble do propio texto legal, senón que foi froito do labor de complemento da norma que a xurisprudencia do Tribunal Supremo ten legalmente encomendada.

En tal suposto en concreto, a cuestión presenta uns aspectos que distan de ser claros e que imponen actuar con especial prudencia e rigor, xa que o texto literal da norma nada aclara, e tan razoable resulta a interpretación establecida pola doutrina legal sentada polo TS na súa Sentenza do 17.11.03 como a que acaba de establecer dez anos máis tarde na nova Sentenza do 3.12.13, e non pode negarse que despois de terse asentado en garantía da seguridade xurídica dos cidadáns unha determinada interpretación máis exixente que o que resulta do propio texto legal –como é a obrigaón de que non só se producise o intento de notificación no prazo procedente, senón tamén que quede acreditado no expediente, por rexistro de entrada, dentro do dito prazo–, pasar a dulcificar esta exixencia fixando agora unha doutrina máis laxa e favorable á Administración non parece que poida razoablemente aplicarse con carácter retroactivo, e menos cando se trata de procedementos sancionadores ou restritivos de dereitos individuais.

Nestes casos, non parece razoable que o novo criterio poida aplicarse retroactivamente se prexudica o interesado, pois iso iría directamente en contra do principio constitucional de seguridade xurídica e de irretroactividade das normas –carácter do que en certo modo participa a doutrina legal, como vimos– desfavorables ou restritivas de dereitos individuais, a menos que o novo criterio favorecese o interesado, caso en que a súa aplicación sería obrigada.

O contrario sería tanto como facer depender o acollemento ou non da demanda da eventualidade da maior ou menor duración do proceso ou a maior ou menor présa con que se ditase a sentenza de instancia, pois en función de tales circunstancias pode que cambie o criterio xurisprudencial sobre a cuestión obxecto de debate. E os cidadáns non poden quedar ao azar de que se lles aplique unha ou outra interpretación do dereito de forma diferente en función do tempo de tramitación do litixio.

Non o entender así sería como utilizar a indebida dilación do procedemento como unha arma arreboladiza en contra do cidadán.

A cuestión adquire matices moi interesantes cando se trata de procedementos en que se tramita conxuntamente a reposición da legalidade e a sanción correspondente, como é o caso dos supostos en materia de infraccións á Lei 22/88 de costas. Nestes casos, a diferenza do que acontece cos expedientes de disciplina urbanística, nos que se tramitan separadamente

os expedientes sancionadores e os de reposición da legalidade, o exercicio das potestades relativas ao procedemento sancionador e de reposición da legalidade encádranse nun único procedemento, que está regulado nos artigos 101 e seguintes da Lei de costas e 192 e seguintes do seu regulamento.

Así o lembrou, precisamente, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, entre outras na súa Sentenza 692/2009 do 25 xuño²⁸.

E en relación coa duración máxima do procedemento, coa consecuencia de caducidade en caso de exceso, o artigo 102 da Lei 22/88 establece que o prazo para a notificación da resolución dos procedementos sancionadores será de doce meses, transcorrido o cal sen que se produza aquela, dítarase resolución na que se declare a caducidade do procedemento e ordene o arquivo das actuacións, cos efectos previstos na lexislación vixente.

A cuestión é que, para os efectos anteditos, non cabe distinguir entre unha duración máxima do procedemento en canto á súa vertente sancionadora e outra distinta para a súa vertente de reposición das cousas ao seu estado anterior, xa que o lexislador non o decidiu así, e ambos os dous aspectos están equiparados legalmente para os efectos de caducidade, pois o artigo 44.2 da Lei 30/1992 refírese tanto aos procedementos sancionadores como a aqueles en que a Administración exerza potestades susceptibles de produciren efectos desfavorables, como é a relativa á reposición das cousas ao seu estado anterior.

Por iso, neste tipo de supostos non parece equivocado soste que, se cando se comete a infracción, e tamén cando se tramita o procedemento administrativo sancionador, e mesmo o posterior procedemento xurisdiccional, a doutrina legal sobre o *dies ad quem* para o cómputo do prazo establecido de duración máximo do procedemento, era a da Sentenza do Tribunal Supremo do 17.11.03²⁹, e dáse a circunstancia de que a devolución do envío frustrado ten entrada no rexistro do órgano administrativo despois de vencido o prazo máximo de duración do procedemento polo que, conforme a dita doutrina, non se pode entender cumprido en prazo o intento de notificación se resulta que durante a pendencia do litixio se produce o cambio de criterio coa publicación no BOE da nova doutrina legal plasmada na Sentenza do TS do 3.12.13, e se dá a circunstancia de que, aínda que, como se dixo, non consta a entrada en prazo da devolución do envío, si consta, aínda que de forma tardía, que o intento de notificación se produciu dentro do prazo máximo, a solución ha de ser, de todos os xeitos, a aplicación do criterio vixente no momento de ocorreren os feitos e, polo tanto, a caducidade do procedemento, en razón a que quen tiña que ter acreditado o intento de notificación antes dunha determinada data non o fixo (cfr. Sentenza da Sala do Contencioso-administrativo, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 3 de marzo de 2011, recurso de apelación 4281/2010), e sen que poida resolverse a cuestión aplicando o cambio de criterio establecido tras a citada Sentenza do 3.12.13, aplicación que debe entenderse improcedente en función de todas as consideracións que se realizaron sobre o carácter cuase-normativo da doutrina legal, a irretroactividade das disposicións desfavorables e, en último termo, do principio xeral de seguridade xurídica.

28 EDX 2009/172468.

29 Segundo o dito criterio, debíase entender producida a caducidade do procedemento porque o relevante para que se entenda cumprido en prazo o intento de notificación e evitar a caducidade é que quede constancia do “momento en que a Administración reciba a devolución do envío”, o que é coherente coa constante xurisprudencia que preconiza que as notificacións son actos administrativos de trámite que teñen que constar necesariamente no expediente, de maneira que a súa acreditación lle incumbe ao respectivo órgano administrativo, sen que poida facerse cargar aos administrados coa probanza do feito negativo de non practicarse (Sentenza TS do 17.11.97 e 17.11.01).

6 O interesante caso da Sentenza do Pleno do TC 7/2015, do 22 de xaneiro

Por último, non podemos pechar estas reflexións sen facer referencia a unha recente sentenza do Tribunal Constitucional que, aínda que referida a cuestións formais e non substantivas, representa un fito en materia de aplicación retroactiva da xurisprudencia.

E é que dentro do panorama cada vez máis sombrío, complexo e exigente para o acceso ao recurso de casación, que chegou a converterse nunha esgotadora carreira de obstáculos, mesmo para o xurista máis avezado que exige, ademais, un adestramento intenso e unha posta ao día constante, brillan fulgores que fan manter viva a esperanza na xustiza material, á marxe de formalismos, e un deles é a recente e positivamente sorprendente Sentenza do Pleno do TC 7/2015³⁰, na que, contra todo prognóstico, se veu admitir que, polo menos, cando se trata de cuestións formais derivadas de cambios de criterio en materia de admisibilidade de recursos, cabe a posibilidade de que os defectos en que, segundo eses novos criterios, se puidese incorrer, sexan emendados *a posteriori* cumprindo, aínda que sexa extemporaneamente, os novos requisitos que se exixan de forma sobrevida e que, non obstante, non se exixían cando se iniciou o recurso.

Así o declarou o Tribunal Constitucional na dita sentenza, admitindo a posibilidade de emendar o escrito preparatorio do recurso de casación cando non se axustaba aos criterios de admisibilidade sobrevidos establecidos polo Tribunal Supremo despois da preparación do recurso.

É certo que non é unha postura pacificamente asumida, xa que a sentenza conta co voto particular de catro maxistrados (un deles, por certo, o propio relator, Sr. Xiol Ríos) que advirten que a solución dada ao caso concreto leva consigo “riscos imprevisibles para o tratamento procesual futuro dos recursos de casación en todas as ordes xurisdiccionais (...) pois dela parece seguirse a consecuencia de que os defectos dos escritos de iniciación do recurso de casación son emendables con carácter xeral, en contra da xurisprudencia ordinaria e constitucional seguida ata o momento”.

Pero polo menos ofrece unha vía para remediar, en parte –ben que referida só a requisitos formais– as consecuencias da aplicación retroactiva dos cambios de criterio dos tribunais e eses si que, por desgraza –e non tanto os riscos a que fai referencia o voto particular– son verdadeiramente imprevisibles.

7 Conclusión

Nos supostos de cambios de criterio xurisprudencial sobre a interpretación de normas relativas ao exercicio de potestades sancionadoras ou susceptibles de lles causaren efectos desfavorables aos cidadáns, debería impedirse a aplicación retroactiva dos novos criterios a situacións xurdidas ou consolidadas ao abeiro dos criterios anteriores, a menos que fosen máis favorables para o particular.

30 EDX 2015/2256.

Nestes casos debería admitirse, polo tanto, como excepción ao principio xeral, que as sentenzas que recollasen cambios de criterio en tales supostos só poderían ter efecto prospectivo, nunca retroactivo, coa única excepción indicada de que o novo criterio resultase máis favorable ao cidadán.

Con iso non se estaría a dotar as sentenzas dun efecto normativo que non posúen, senón simplemente atendendo ás máis elementais exixencias que derivan do principio de seguridade xurídica.

8 Bibliografía

BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley" (www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413).

FERRERES COMELLA, V. e XIOL RÍOS, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

MOLINER TAMBORERO, G., "Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina", *magistrado presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Revista del Poder Judicial*, n.º 93, diciembre 2012.

OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.

Regap



NOTAS