

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

Abogado (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 devanditos 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 jurisprudencial 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 El principio de seguridad jurídica. 3 La unificación de la jurisprudencia a través del recurso de casación. 4 Los cambios de criterio jurisprudenciales. 5 La aplicación retroactiva de los cambios de criterio en la jurisprudencia. 6 El interesante caso de la Sentencia del Pleno del TC 7/2015 de 22 de enero. 7 Conclusiones. 8 Bibliografía.

1 Introducción

La mayoría de las situaciones jurídicas encierran un conflicto entre los principios de seguridad jurídica y de justicia.

En las soluciones que el ordenamiento jurídico da para la resolución de dichos conflictos unas veces se priman las exigencias del primero y otras las del segundo. Lo ideal sería alcanzar un razonable equilibrio entre ambos, aunque a menudo no es fácil decantarse por la primacía de uno u otro.

Pero una de las materias en las que la seguridad jurídica constituye un factor clave es la relativa a la aplicación de los criterios jurisprudenciales de interpretación de las normas: para los ciudadanos resulta esencial tener la certeza de que las reglas de juego no se van a cambiar a mitad de litigio, a menos, claro está, que le resulten más favorables. Esto es una exigencia básica del principio de seguridad jurídica.

Ocurre, sin embargo, que con frecuencia los tribunales cambian de criterio en este aspecto, muchas veces a peor –al menos desde la perspectiva del ciudadano– y aplican los nuevos criterios, de forma retroactiva, a situaciones surgidas al amparo de criterios anteriores más favorables.

En la medida en que la jurisprudencia no tiene eficacia normativa, no es una fuente del derecho, sino que solo lo complementa; se ha venido negando tradicionalmente por parte de la jurisprudencia la imposibilidad de evitar que los cambios de criterio puedan dejar de ser aplicados a situaciones jurídicas nacidas o consolidadas al amparo de las interpretaciones judiciales anteriores sobre las normas aplicables.

Sin embargo, y frente a tal principio general, algunos autores abogan por entender que en determinados supuestos, y precisamente en aras del principio de seguridad jurídica, la jurisprudencia ha de tener exclusivamente eficacia prospectiva, sin que puedan aplicarse cambios de criterio jurisprudencial *in peius*.

Uno de los supuestos en que con más intensidad se percibe esta necesidad es, sin duda, cuando lo que está en juego es la aplicación de potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables a los ciudadanos. En estos casos los cambios de criterio en la jurisprudencia no deberían tener carácter retroactivo, sino solo prospectivo, a menos, claro está, que fuesen más favorables al ciudadano. El presente artículo se propone, precisamente, abundar en esta idea.

2 El principio de seguridad jurídica

Los principios generales del derecho –en expresión célebre, acuñada en diversas sentencias del Tribunal Supremo de los años 90, de las que fue ponente don Javier Delgado Barrio– “son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas”¹.

Y de entre estos principios generales destaca el de seguridad jurídica, que suele definirse como la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación,

1 Entre muchas otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 (EDJ 1990/5139).

que expresa la seguridad de que se conozca, o pueda conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

Es un principio general que en España ha sido elevado a rango constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución, y del que, en una fecha tan temprana como 1981, el Tribunal Constitucional llegó a decir que constituye la suma equilibrada del resto de los principios que se enumeran en ese mismo artículo (“certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”) que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad².

Más recientemente, el Tribunal Constitucional, en su STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, ha señalado que el principio de seguridad jurídica debe entenderse como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero) y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del derecho (STC 37/1991, de 14 de febrero)³».

En relación con la actividad jurisdiccional, el principio de seguridad jurídica descansa, en general, sobre la base de la vinculación de los jueces y tribunales con los precedentes conformados por las decisiones adoptadas a la hora de resolver casos análogos, que es, precisamente, lo que conocemos como jurisprudencia.

La ley no enumera la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, aunque sí señala que tiene por misión complementar el ordenamiento jurídico (artículo 1 Cc).

La aplicación práctica del principio de seguridad jurídica en la actividad jurisdiccional alcanza su máxima expresión en la institución de la cosa juzgada, recogida en el artículo 222 de la LEC, que excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (cfr. artículo 222.1 LEC) y que vincula a los tribunales a lo ya resuelto con fuerza de cosa juzgada en las sentencias firmes que hayan puesto fin a procesos anteriores que constituya un antecedente lógico de lo que sea su objeto, y siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (cfr. artículo 222.4 LEC).

El principio de seguridad jurídica en la aplicación del derecho exige que, ante el planteamiento de problemas semejantes, las respuestas judiciales sean igualmente parecidas. La dificultad que existe para ello es que, debido al principio de independencia judicial (artículo 117.1 de la Constitución), los diferentes órganos de la Administración de Justicia, unipersonales y colegiados, desplegados a lo largo y ancho del territorio nacional, no actúan de forma coordinada, y por tanto pueden tener, y de hecho tienen en la práctica, respuestas no coincidentes sobre las mismas cuestiones.

Además, los mismos juzgados y tribunales pueden ir cambiando de criterio a lo largo del tiempo, y es lógico e incluso deseable que así sea: de un lado, porque los tribunales no tienen por qué conformarse con asumir los postulados establecidos por otros, sino que pueden apartarse de ellos razonándolo debidamente; y de otro porque la jurisprudencia debe ser algo

² STC 27/1981, de 20 de julio.

³ STC 37/91, de 14 febrero, fundamento jurídico 5 (EDJ 1991/1563).

vivo y ha de evolucionar junto con la realidad social –el propio artículo 3.1. Cc dice que las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas–, buscando en todo momento la interpretación de la norma que resulte más justa. Y no cabe evolución, como es lógico, sin la ruptura con los precedentes jurisprudenciales, tanto propios como ajenos.

Y aquí está el conflicto, que late casi siempre en cualquier situación jurídica, entre el principio de justicia, que los juzgados y tribunales deben intentar satisfacer al resolver las concretas controversias jurídicas que se les plantean, y el principio de seguridad jurídica que exige, en principio, esa identidad de respuestas judiciales ante las mismas situaciones.

De ahí que sea necesario, en aras del principio de seguridad jurídica, uniformizar los criterios aplicables por juzgados y tribunales.

3 La unificación de la jurisprudencia a través del recurso de casación

La tarea de uniformizar la jurisprudencia corresponde, precisamente, al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, que tiene por finalidad revisar la aplicación del derecho, tanto sustantivo como procesal, que realizan los tribunales de inferior grado, y depurar los criterios interpretativos de las normas, estableciendo, en su caso, la interpretación que resulte correcta.

La vigente ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, que, a pesar de haber sido derogada en este aspecto por la Ley orgánica 7/2015, pero que aún estará en vigor hasta el 22 de julio de 2016⁴, recoge la modalidad del recurso de casación en interés de la ley, como ya lo hacía su antecesora, la Ley de 27 de diciembre de 1956⁵, y también el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ambos recursos responden a supuestos diversos pero, aun bajo criterios y circunstancias distintas, tienen por objeto en último término la búsqueda de esa necesaria uniformidad de la jurisprudencia que demandan las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Y así dice la ley aún vigente que la sentencia que se dicte en los recursos de casación en interés de la ley, “cuando sea estimatoria fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y a partir de su inserción en él vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional” (cfr. artículo 100.7 LJCA).

La reforma operada por la Ley orgánica 7/2015⁶ suprime tanto la modalidad del recurso de casación en interés de la ley como también el recurso de casación para unificación de doctrina que, de alguna manera, viene a subsumir en la única modalidad unificada que se crea de recurso de casación, y que cabe solo por infracciones del ordenamiento jurídico, eso sí, tanto por motivos procesales como sustantivos, siempre que exista, a juicio del tribunal al que le corresponde conocer de este recurso, interés casacional, que es el elemento que se

4 Véase la disposición final décima de la LO 7/2015.

5 Véase el artículo 101 de la derogada Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE de 28 de diciembre de 1956).

6 Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial.

erige en el presupuesto básico de admisibilidad del recurso y que se presume que concurre, entre otros supuestos, cuando la sentencia se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente para casos similares.

Y además, el recurso de casación cabrá no solo, como hasta ahora, contra las sentencias dictadas en única instancia por los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional, sino incluso contra sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo⁷ y por las que resuelvan los recursos de apelación, lo que resulta muy positivo, por cuanto va a permitir que el Tribunal Supremo realice su labor hermenéutica también en relación con asuntos que hasta ahora estaban excluidos de su conocimiento.

Y, aunque la nueva regulación del recurso de casación no define la creación de la doctrina legal en los mismos términos en que lo hace la ley aún vigente, esto es, con las exigencias de publicidad y vinculación de los jueces y tribunales inferiores, sí establece que la sentencia que se dicte al resolver los recursos de casación habrá de fijar la interpretación de la norma que proceda, y que dicha interpretación podrá ser alegada como fundamento de posteriores recursos de casación cuando se aparten de ella las resoluciones judiciales que dicten los juzgados y tribunales de inferior grado.

En el anteproyecto de reforma de la LOPJ se preveía (disposición final cuarta) la creación de un recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina, con el que se mantuvo muy crítico el CGPJ en su informe a dicho anteproyecto, y que finalmente ha sido abandonado, al menos de momento⁸.

Se supone que la reforma legal recientemente aprobada pretende facilitar la formación de jurisprudencia aplicable en todo el territorio nacional y reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Eso, al menos, es lo que expresa el propio preámbulo de la ley.

Por eso, aunque la regulación de la LO 7/2015 sea distinta, los principios que la orientan, en lo que se refiere a reserva de la tarea hermenéutica al Tribunal Supremo, son los mismos que en la legislación que se deroga.

Y en relación con ella decía don Gonzalo Moliner Tamborero, presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, en un conocido artículo⁹, que la doctrina legal establecida en los recursos de casación en interés de la ley tiene un carácter cuasi-legislativo, por cuanto viene a colmar una laguna del ordenamiento, su eficacia pende de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y resulta vinculante para los jueces y tribunales de inferior grado, como expresamente señala el artículo 100.7 LJCA.

Añadía, además, que, en cuanto que cualquier sentencia aplicativa de una norma constituye en sí misma una “pequeña novedad adherida a aquella” o “una determinada interpretación de la misma”, ha de convenirse en que estas sentencias tienen un carácter “quasi normativo”, pues complementan al texto de la norma, pasando, de alguna manera, a formar parte de ella.

7 Las de cuantía inferior a 30.000 euros.

8 Puede consultarse el texto del informe del CGPJ al anteproyecto en la página web del Consejo (www.poderjudicial.es).

9 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.

Otros autores –algunos muy críticos, por cierto, con la regulación del recurso de casación en interés de la ley– han defendido, incluso, que la doctrina legal definida por el Tribunal Supremo a través de estos recursos tiene un carácter claramente normativo, como es el caso del catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, cuando señala que «el legislador confiere al Tribunal Supremo un auténtico poder normativo, al permitirle declarar, con carácter vinculante, cuál sea la única interpretación correcta de una norma; y tal declaración, se vea como se vea, constituye una auténtica norma jurídica, que complementa el texto literal de la disposición objeto del proceso»¹⁰. También puede citarse entre ellos al profesor de derecho administrativo de la Universidad de Valencia Dr. D. Gabriel Doménech Pascual¹¹.

Y ciertamente así es, ya que estas sentencias que crean doctrina legal poseen la misma fuerza de ley que la norma interpretada tiene reconocida, y en tal sentido la vinculación que en ellas se establece es máxima, ya que una vez publicadas pasan a tener el reconocimiento más intenso que en materia de seguridad jurídica se puede ofrecer, en cuanto que los demás jueces y tribunales del mismo orden jurisdiccional sólo podrán apartarse de ellas previo planeamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –aunque, claro está, no contra la sentencia, sino contra la norma que interpreta, como ha dicho el TC en su Sentencia 37/12 (BOE 12.04.12)–, que es, precisamente, el mismo régimen que el ordenamiento jurídico tiene establecido para que los juzgados y tribunales puedan dejar de aplicar una norma legal, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 163 CE, artículos 35 y 36 LOTC y artículo 5.2 LOPJ.

Ya no ocurrirá lo mismo, en el futuro, con el recurso de casación que se regula en la reforma operada por la Ley orgánica 7/2015, ya que ni existirá el recurso de casación en interés de la ley, ni las sentencias resolutorias de recursos de casación han de ser publicadas en el BOE, ni se dice expresamente que resulten vinculantes para los jueces y tribunales de inferior grado, lo que probablemente sea considerado como algo positivo por quienes veían en tal regulación del artículo 100.7 LJCA un ataque al principio de independencia judicial consagrado en el artículo 117.1 de la Constitución, que no obstante había sido ya descartada por el Tribunal Constitucional¹².

4 Los cambios de criterio jurisprudenciales

Aunque, como antes se ha dicho, a partir de ahora los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no estén obligados a seguir la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, sino que podrán apartarse de ella, razonándolo debidamente, nótese que lo que motiva objetivamente el recurso de casación no es el mero apartamiento por los jueces y magistrados de la doctrina del Tribunal Supremo –por ignorancia, equivocación o despiste–, sino el apartamiento deliberado y consciente por considerar errónea su doctrina¹³. A nadie se le escapa que en la inmensa mayoría de las ocasiones, a la hora de dictar

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

11 Merece la pena leer el excelente trabajo 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 Véase la Sentencia TC 37/12, en la que se rechaza la inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Elche en relación con el artículo 100.7 LJCA, por entenderla contraria al principio de independencia judicial.

13 Véase el artículo 88.3.b LJCA, en la redacción dada por la Ley orgánica 7/2015.

sentencia, los juzgados y tribunales asumirán casi siempre los postulados establecidos por el Tribunal Supremo de forma acrítica, maquinal y automática, y probablemente serán muy pocas las ocasiones en las que tendrán el tiempo, los argumentos, la motivación y, por qué no decirlo, la valentía suficiente como para razonar una determinada postura contraria a la interpretación establecida por dicho tribunal. También, hay que reconocerlo, por la especial *auctoritas* de que goza su jurisprudencia.

Ocurre, sin embargo, que la jurisprudencia –incluida la del Tribunal Supremo– no siempre es uniforme y, unas veces, tras años de interpretaciones asumidas por los diferentes tribunales, el Tribunal Supremo acaba estableciendo un criterio específico en sentido distinto al establecido por tribunales de inferior grado. Otras veces el propio Tribunal Supremo cambia bruscamente de criterio y rectifica su propia doctrina.

En todas estas situaciones, especialmente en las segundas, como luego se verá, se plantean conflictos entre los principios de seguridad jurídica y de justicia.

Existen numerosos ejemplos de unas y otras.

Así ocurrió, por ejemplo, en relación con los efectos del silencio administrativo en la solicitud de licencias. Tras la diversidad de opiniones y pronunciamientos judiciales al respecto, el Tribunal Supremo acabó fijando doctrina legal en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (BOE 30.03.09), estableciendo que no pueden entenderse adquiridas por silencio licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística¹⁴. Pero hasta ese momento no habían sido pocos los juzgados y tribunales que habían sostenido que el mero transcurso del plazo para resolver, sin haber recibido notificación alguna, conllevaba la automática obtención de la licencia de acuerdo con el proyecto que se hubiese presentado para ello, incluso en los casos en que su contenido contradijese la normativa o el planeamiento urbanístico, sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de la Administración de proceder a su revisión aunque, eso sí, con las correspondientes consecuencias indemnizatorias.

Algo parecido ocurrió cuando el Tribunal Supremo, rectificando el criterio establecido por el TSJ de la Comunidad Valenciana, estableció como doctrina legal en su Sentencia de 19 de noviembre de 2012 que la Administración tributaria puede reiterar los actos de gestión tributaria anulados jurisdiccionalmente, tanto si lo habían sido por motivos de forma como de fondo.

Pero incluso, como decimos, el Tribunal Supremo ha modificado sus criterios. Baste citar, entre otras, la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014 (Recurso de Casación 2314/02), que declaró, sin establecer doctrina legal, que los planes de ordenación de recursos humanos no tienen la consideración de disposiciones de carácter general, rectificando expresamente la doctrina que anteriormente había establecido en sentido contrario en las sentencias de 9 de abril de 2013 (Casación 209/2012), de 8 de enero de 2013 (Casación 1635/2012), 23 de septiembre de 2013 (Casación 2655/2012) y de 5 de marzo de 2012 (Casación 6439/2010).

¹⁴ Esta sentencia ha recibido innumerables críticas por quienes entienden que vacía por completo el sentido de la institución del silencio administrativo.

Pero sin duda el caso más célebre y polémico de rectificación de criterios se ha dado en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012¹⁵, que modificó por completo el criterio sobre la forma en que ha de acreditarse el intento de notificación del artículo 58.4 de la Ley 30/92, que el propio tribunal había establecido diez años antes en la anterior Sentencia de 17 de noviembre de 2003¹⁶.

En esa anterior sentencia del año 2003, en efecto, se había fijado como doctrina legal que, a los efectos de tener por cumplida la obligación de notificar a que se refiere el artículo 58.4 de la Ley 30/92¹⁷, el intento de notificación efectuado por la Administración queda culminado con el momento en que el órgano administrativo en cuestión recibe la devolución del envío y se debía acreditar mediante el registro de entrada en el órgano administrativo dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, lo que revestía una indudable trascendencia práctica en los procedimientos con efectos desfavorables para el ciudadano, ya que la caducidad, que la Ley 30/92 anuda al transcurso del plazo máximo, se entendía producida si, dentro del plazo máximo fijado por la norma, no constaba que hubiese tenido entrada, a través del registro del concreto órgano administrativo, la acreditación del intento de notificación, normalmente la devolución del servicio de Correos.

Esta doctrina propició, todo hay que decirlo, maniobras de todas clases tendentes a dilatar la recogida de las notificaciones, con el fin de provocar la caducidad del procedimiento, en bastantes casos con éxito.

Pero, más allá de lo anecdótico, lo importante es que, al amparo de esa doctrina legal del año 2003, se había formado un cuerpo de jurisprudencia absolutamente consolidada en los tribunales superiores de justicia sobre el cómputo del *dies ad quem* del plazo de caducidad en los procedimientos con efectos desfavorables para los ciudadanos, tales como los expedientes de reposición de la legalidad urbanística, expedientes sancionadores, etc.

Según esa jurisprudencia, para que pudiese entenderse cumplida en plazo la obligación de notificar la resolución que ponga fin al expediente, no era suficiente con que la notificación se produjese dentro del plazo máximo establecido en la norma, sino que también se exigía que la acreditación de ésta tuviese entrada en el registro del órgano administrativo antes de la finalización de aquél.

Sin embargo, en su Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013, se rectifica la anterior doctrina y ya no se exige, a los efectos de tener por cumplida la obligación de notificar, que el intento de notificación tenga entrada en el órgano administrativo dentro del plazo máximo fijado por la norma, sino que pasa a entenderse que es suficiente con que dentro de ese plazo se lleve a cabo el intento de notificación, con independencia de que la entrada en el registro del órgano administrativo tenga lugar más tarde.

Otras veces los cambios de criterio no vienen por la vía de la fijación de doctrina legal sobre la interpretación de ciertas normas, sino por el establecimiento de criterios sobre requisitos procesales de admisibilidad de los recursos, como por ejemplo ocurrió con el célebre Auto

15 BOE de 10 de enero de 2014.

16 BOE de 5 de enero de 2004.

17 "Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado".

del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011, que puso fin a los escritos de preparación del recurso de casación meramente formularios y pasó a exigir una mayor concreción y anticipación en la explicación de los motivos de casación, las normas estatales vulneradas y su relevancia en el fallo.

Algo semejante ocurrió en materia de error judicial cuando, a partir de su Sentencia de 23 de septiembre de 2013¹⁸, el Tribunal Supremo comenzó a exigir, como requisito formal de admisibilidad de la demanda de error, el previo planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ, criterio, por cierto, más que discutible, puesto que hay determinados errores de derecho de las sentencias, cuando derivan de posiciones jurídicamente razonadas, aunque erróneas, que no pueden ser combatidos por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, que solo procede cuando la sentencia incurra en arbitrariedad, incongruencia, etc.

En suma, en todos estos supuestos el Tribunal Supremo ha cambiado su criterio sobre la interpretación de normas concretas y, normalmente, para establecer interpretaciones más estrictas y desfavorables para los ciudadanos. Y la cuestión que se plantea, y que se verá en el siguiente apartado, es en qué medida tales cambios de criterio pueden aplicarse a litigios en curso que se hubiesen iniciado bajo la vigencia de los criterios anteriores.

Como antes se vio, la misión de la jurisprudencia es complementar el ordenamiento jurídico, pero no completarlo, expresión esta última de la que el legislador quiso huir expresamente. La frontera entre “complementar” y “completar” es muy difusa, pero qué duda cabe de que en ocasiones es fácil que se invada, en cierto modo, la actividad del legislador, dando un paso atrás en la protección del ciudadano en materia de seguridad jurídica, como sin duda ocurrió con el cambio de criterio en materia de caducidad de los procedimientos.

Y no podríamos finalizar este análisis sin hacer mención a los casos en los que el tribunal definió doctrina legal palmariamente ilegal y errónea, como ocurrió en la Sentencia del TS de 24 de abril de 1999¹⁹, en la que señaló que el exceso en el plazo de duración máxima del procedimiento administrativo no lleva consigo la caducidad del mismo, desconociendo lo que expresamente disponía ya entonces el artículo de la Ley 30/92 al respecto. Curiosamente, los juzgados y tribunales de inferior grado optaron, directamente, por no aplicar esta doctrina, a la vista de su manifiesta y flagrante incorrección.

Algo parecido ocurrió cuando en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003 se desconoció directamente el ordenamiento comunitario en materia de IVA.

5 La aplicación retroactiva de los cambios de criterio en la jurisprudencia

Si los cambios de criterio en la jurisprudencia son lógicos y deseables, ocurre que en muchas ocasiones tales cambios provocan situaciones problemáticas cuando se aplican a litigios que se encuentran en curso y que se habían planteado al amparo de la jurisprudencia existente al tiempo en que se inician.

¹⁸ Procedimiento de error judicial n.º 9/2013 (EDJ 2013/197263).

¹⁹ EDJ 1999/11618.

Así ocurre cuando, después de plantearse litigios con base en una determinada doctrina del Tribunal Supremo, vigente al tiempo de ocurrir los hechos e iniciarse el pleito, se da luego la circunstancia de que, antes de recaer sentencia, el Tribunal Supremo cambia de criterio –casi siempre con interpretaciones más estrictas y menos favorables a los particulares– y el juzgado o tribunal que está conociendo del asunto decide aplicar entonces el nuevo criterio para resolver el litigio, dejando por completo desprevénidas a las partes afectadas por tales cambios.

Esta situación se ha dado, por ejemplo, en todos los procedimientos en los que se planteaba la caducidad del procedimiento administrativo sobre la base de la doctrina legal fijada en la STS de 17 de noviembre de 2003, y en los que no había recaído sentencia en el momento; el Tribunal Supremo rectificó esa doctrina en su Sentencia de 3 de diciembre de 2013. En ellos, los tribunales ante los que pendían dichos recursos aplicaron la nueva doctrina legal, sin consideración alguna a su posible aplicación retroactiva.

La cuestión que se planteaba, entonces, y nos planteamos ahora, es si ese nuevo criterio, o esa nueva doctrina legal, resultaba aplicable para resolver litigios que se encontraban en curso cuando se cambió el criterio. O si el principio de seguridad jurídica debería haber evitado la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial a situaciones surgidas con anterioridad a su formulación.

En algunos de esos casos se acudió en amparo al Tribunal Constitucional, que normalmente se sacudió de encima la cuestión con el argumento de que se trataba de “asuntos de legalidad ordinaria”.

La interpretación oficial y ortodoxa en esos supuestos pasaba y pasa por entender que a los cambios de criterio jurisprudencial no les resulta aplicable el principio general de irretroactividad que sí se establece en el artículo 2.3 Cc solo para las normas, y ello en la medida en que la jurisprudencia no tiene la condición de norma, que las sentencias no crean derecho, sino que simplemente lo aplican, que los criterios asumidos como doctrina legal o jurisprudencial no tienen carácter normativo, sino que únicamente interpretan la ley, haciéndole decir lo que ya está en su texto y, en último término, que los jueces y tribunales pueden cambiar de criterio en cualquier momento sobre cualquier interpretación de las normas, siempre que lo razonen debidamente.

La Sala IV del TS analizó esta cuestión en varias sentencias, de 30 de abril, 13, 18 y 26 de junio de 2002, en las que recoge la tesis que se acaba de señalar y, por lo tanto, niega que se pueda hablar siquiera de aplicación retroactiva de la jurisprudencia, ya que ésta no tiene el carácter de norma jurídica ni de fuente del derecho²⁰.

20 La doctrina común a todas estas sentencias se condensa así: “El problema que ahora se suscita consiste en esclarecer si la doctrina sentada en la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1997, a la que acabamos de hacer referencia, debe ser aplicable a hechos que se hayan producido antes de la indicada fecha –tesis de la resolución combatida–, o si, como sostiene la de contraste, solamente a partir de dicha fecha debe aplicarse la aludida doctrina, de tal manera que únicamente desde ese momento podría acordarse el alta en el RETA de aquellos subagentes a quienes esta dedicación haya reportado ingresos en la cuantía ya aludida, aun cuando el inicio de la actividad hubiera tenido lugar con anterioridad. La sentencia recurrida entiende que la aludida doctrina, en cuanto meramente interpreta un precepto legal, debe aplicarse a todas las situaciones existentes a partir de la vigencia del precepto interpretado, mientras que la referencial atribuye a la aludida doctrina un carácter “cuasi normativo”, por cuanto considera que ha venido a colmar una laguna del ordenamiento, y de ello deduce que, tal como sucede, en opinión de los juzgadores, respecto de las normas jurídicas, no puede atribuirse a la repetida Sentencia de 29 de octubre de 1997 EDJ 1997/8174 efecto retroactivo; octavo.- La regla general acerca de la irretroactividad de toda norma jurídica (“ley” en sentido lato) que no disponga lo contrario viene expresamente consagrada en el artículo 2.3 del Código civil EDL 1889/1, pero esta irretroactividad no puede predicarse tampoco respecto de la jurisprudencia, porque ésta no tiene el carácter de tal norma jurídica, y no constituye tan siquiera una verdadera fuente del ordenamiento, sino que únicamente “complementa” a éste (artículo 1.6 del mismo código), lo que significa que los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos, sino meramente declarativos, de tal suerte que

Y el TSJ de Galicia, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2008 EDJ 2008/324259), señala que “un último punto sobre el que queremos incidir es el relativo al efecto retroactivo de la doctrina jurisprudencial, al alegar el recurrente que su actuación fue la correcta al adaptarse a la vigente en su momento, sin que le pueda ser aplicable la dictada con posterioridad. Nada más lejos de la realidad, porque, a diferencia de las leyes, que normalmente tienen efecto prospectivo, las sentencias tienen naturaleza declarativa y retroactiva, por no crear derecho, sino aplicarlo (STS 07/02/02)”.

Sin embargo, cabe también otra interpretación más ambiciosa que, aunque se aparta de la línea oficial, debería ser posible defender en ciertos casos, y de la que se derivaría la imposibilidad de aplicación de la nueva doctrina legal y los nuevos criterios jurisprudenciales a los supuestos nacidos antes de su entrada en vigor, proyectándose solo como una aplicación a futuro, para los supuestos de hecho que nazcan con posterioridad.

Especialmente cuando se trate de litigios relativos al ejercicio de potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables en los ciudadanos, que son, precisamente, los supuestos en los que está constitucionalmente garantizada la irretroactividad de las normas (cfr. artículo 9 de la Constitución).

Cuando se trata de la definición de doctrina legal al amparo del artículo 100.7 LJCA, que como antes se vio tiene un carácter cuasi-normativo, por las especiales características que la rodean, su publicación en el BOE y los efectos vinculantes que a partir de su publicación produce para los juzgados y tribunales de inferior grado, parece que la tesis sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva adquiere tintes más relevantes.

Pero, más allá de estos supuestos de definición de doctrina legal –llamados por cierto a desaparecer con la nueva regulación del recurso de casación en la LO 7/2015, como antes se vio–, la cuestión puede plantearse en términos más amplios, ya que en el futuro, de acuerdo con dicha reforma, el Tribunal Supremo, al resolver esta clase de recursos, está obligado a fijar la interpretación correcta de la norma, introduciendo con ello esa “novedad adherida a la norma” de que antes hablábamos, por lo que no debería resultar descabellado sostener que tal interpretación, en lo novedoso, vendría a suponer un nuevo aspecto de la norma interpretada que, como tal, debería gozar de irretroactividad, como la propia norma, a menos que se diga lo contrario (artículo 2.3 Cc) y ello precisamente en virtud del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

En el derecho anglosajón existe una institución específica, denominada *prospective overruling*, que permite al juez limitar los efectos de los nuevos criterios a las decisiones que se adopten en el futuro. Aunque en nuestro ordenamiento no está previsto, nada debería impedir que así se acordase caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes.

La cuestión es, sin duda, polémica y muy discutible. De hecho, en el artículo al que ya nos hemos referido unas cuantas veces, del Sr. Moliner Tamborero, después de realizar una

el precepto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ve en modo alguno modificado o alterado por virtud de la doctrina que lo interpreta, sino que el significado y el alcance del precepto interpretado ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquél forma parte se promulgó, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique. Las sentencias sólo pueden tener eficacia constitutiva con carácter general cuando así venga establecido por excepción, como es el caso del control de constitucionalidad de las leyes, o de la legalidad de los reglamentos, o de los convenios colectivos; pero, aun en estos casos, no se reemplaza la norma anulada, sino que se declara la nulidad de ésta, de acuerdo con otra norma (la Constitución o la ley), y lo único que se preserva son los casos anteriores decididos por sentencias firmes (artículo 40 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional)”.

exposición valiente y decidida, poniendo el acento en las consecuencias del principio de seguridad jurídica, y haciendo presagiar una conclusión favorable a la eficacia únicamente prospectiva de las sentencias que definen doctrina legal, finalmente se decanta por entender que el principio general ha de ser la aplicación de los cambios de criterio jurisprudencial a todos los hechos acaecidos durante la vigencia de las normas que interpretan, aunque sean anteriores al cambio de criterio, con la única excepción de las sentencias con eficacia constitutiva (por ejemplo, sobre el control de constitucionalidad de las leyes o la legalidad de los reglamentos²¹), y siempre con el respeto a los límites y exigencias que se derivan del principio de cosa juzgada.

Sin embargo, hay autores que asumen una posición más decidida en este aspecto.

Así, el catedrático de derecho civil de la Universidad de Valencia Dr. Blanco Gascó señala que la eficacia retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial debe ser atemperada en los siguientes supuestos: “1. Cuando el cambio de criterio introduzca un obstáculo o un requisito procesal o sustantivo no exigido por la doctrina jurisprudencial en el momento de presentar la demanda o de producirse la situación (relación) jurídico-material; 2. Cuando el cambio de criterio se refiera a relaciones jurídicas duraderas o de trato sucesivo –para el autor la nueva doctrina jurisprudencial no se puede extender a las prestaciones y situaciones que sean debidas o nazcan después del cambio de criterio–; 3. Cuando el cambio de criterio suponga una situación objetivamente menos beneficiosa para el sujeto en el sentido de limitar o restringir un derecho o facultad que, de acuerdo con el criterio anterior, había sido declarado válido y que el nuevo criterio, sin mediar modificación legislativa, declara nulo; 4. Cuando el cambio de criterio obedezca a una interpretación de una norma nacional con base en una directiva comunitaria aún no transpuesta y en periodo de serlo”²².

En todos estos casos, este autor señala que, a su entender, las sentencias no pueden afectar a supuestos nacidos antes de ser dictadas.

A su vez, el magistrado del Tribunal Constitucional D. Juan Antonio Xiol Ríos ha afirmado «que, cuando el cambio de criterio jurisprudencial comporta una vulneración de principios constitucionales de garantía, produce efectos discriminatorios o conlleva la modificación de la situación de confianza consolidada en función de la cual se ha podido actuar, se deberá tener en cuenta esta circunstancia no para la no aplicación de la nueva jurisprudencia, sino para la valoración que la actuación de buena fe apoyada en una jurisprudencia errónea y después modificada pueda tener para el reconocimiento de efectos derivados de los actos o conductas correspondientes en aplicación de principios constitucionales como los de garantía, seguridad jurídica, retroactividad de la norma posterior más favorable, prohibición de la arbitrariedad (por ejemplo, en el cumplimiento de los requisitos formales para interponer

21 Véase, entre otras, la Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) de 20 de julio de 2015 (EDJ 2015/196538): «Así como no puede mantenerse que, mientras otra cosa no se establezca, los fallos de inconstitucionalidad tienen eficacia prospectiva o de futuro, pues el principio o regla general es la afirmación contraria, como recuerda la STS de 2 de junio de 2010, a salvo siempre los supuestos en que el Tribunal Constitucional ejerza la facultad que le corresponde de limitar por exigencias o por razones de índole constitucional la natural eficacia retroactiva de dichos fallos, e incluso la de atribuir a su declaración de inconstitucionalidad, por iguales exigencias, sólo una eficacia prospectiva o de futuro, también los efectos de las STS de 13 y 14 de junio de 2011, a la luz de lo dispuesto en el artículo 73, conducen a la misma conclusión, pues en nuestro ordenamiento jurídico, la contravención de una norma jurídica de superior rango determina para la de rango inferior que la contraviene la sanción de nulidad radical o de pleno derecho; y los efectos de ésta, de este grado sumo de invalidez, son como regla y en principio efectos *ex tunc*, que se retrotraen al momento mismo en que entró en vigor la norma ilegal (STS de 2 de junio de 2010)».

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

un recurso, eximirse de la condena en costas o realizar válidamente un acto procesal o en la aplicación de una norma penal con arreglo a varias etapas en su interpretación jurisprudencial respetando el principio de certeza de la ley penal y el efecto retroactivo de la norma penal posterior más favorable)»²³.

El propio TJCE ha admitido que el principio de seguridad jurídica constituye un límite a la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales interpretativos de las normas a supuestos nacidos antes de su declaración. Así lo ha declarado, entre otras, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1995 (caso Bosman), en la que, tras comenzar sentando el principio general de aplicación de los criterios interpretativos de una norma a todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la misma, aunque fuesen anteriores a la sentencia²⁴, a continuación excepciona tal declaración general, por exigencias del principio general de seguridad jurídica, en los siguientes términos: «Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de cualquier interesado de invocar una disposición que el tribunal ha interpretado con el fin de cuestionar unas relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tal limitación únicamente puede ser admitida por el Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada (véanse, en especial, las sentencias Blaizot, antes citada, apartado 28, y Legros y otros, antes citada, apartado 30)».

En todo caso, en estas notas queremos centrarnos en los supuestos en que lo que está en juego es el ejercicio de potestades sancionadoras, o susceptibles de producir efectos desfavorables para el ciudadano, ya que en tal caso la prohibición de irretroactividad, como expresión del principio de seguridad jurídica, adquiere unas connotaciones mucho más intensas.

No puede dejar de recordarse que en estos supuestos la irretroactividad, en cuanto se refiere a la aplicación de nuevas normas, salvo que sean más favorables que las vigentes, se eleva a principio constitucional (artículos 9.3 y 25 de la Constitución), y ello en virtud del principio de seguridad jurídica, que está en la base de las necesarias limitaciones que han de aplicarse a la aplicación retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial.

Hay autores, como el abogado del Estado en excedencia D. Martín Orozco Muñoz²⁵, que han señalado de forma valiente y decidida que, «de la misma manera que existe un principio general de no retroactividad de la ley y una prohibición de la retroactividad *in peius* de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de los derechos fundamentales, tales principios deben ser igualmente aplicables a la jurisprudencia y, más en concreto, a los cambios de criterios jurisprudenciales *in peius*».

Este criterio, tal como está formulado, resulta intachable. Y no solo por las razones que apunta, sino también por elementales razones de seguridad jurídica. Hay que tener en cuen-

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

24 "Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, hace el Tribunal de Justicia de una norma de derecho comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (Sentencia de 2 de febrero 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 y ss.

ta, además, que la conformidad a derecho de cualquier actuación administrativa tiene que enjuiciarse a tenor de la normativa vigente cuando se dicta²⁶, como no puede ser de otra manera, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impide que puedan considerarse en el litigio –a menos que previamente se plantee a las partes por el trámite del artículo 33.2 LJCA– hechos o cuestiones nuevas sobre los que no haya habido oportunidad de pronunciarse en vía administrativa (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992, 160/2001 y 158/2005, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993, 2 de julio de 1994, 20 de enero de 1996, 27 de febrero de 1999 y 25 de mayo de 2000). Y la publicación en el BOE de una nueva doctrina legal, o la fijación de un criterio interpretativo distinto de aquel sobre cuya base se planteó el litigio, no deja de ser una cuestión nueva sobre la que no han tenido oportunidad de pronunciarse las partes en la vía administrativa previa.

En materia de aplicación retroactiva de normas sancionadoras existe una copiosa jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente, con base en el artículo 25 de la Constitución, que la norma aplicable a una infracción administrativa ha de ser la que esté vigente en el momento de la comisión de la infracción, salvo que la posterior resulte más favorable, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas, en la legislación ordinaria, en el artículo 128 de la Ley 30/1992, según el cual “serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa, disposiciones sancionadoras que no se aplicarán con efecto retroactivo salvo cuando favorezcan al presunto infractor”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando *sensu contrario*, a partir de la prohibición de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el artículo 9.3 de la Constitución, ha elaborado el principio de la retroactividad de las normas sancionadoras posteriores más favorables, criterio que hoy se encuentra asumido, a nivel general, por el artículo 128 de la Ley 30/1992, como se ha dicho.

Abundando en lo dicho, en relación con la cuestión de la norma aplicable en materia sancionadora, debe recordarse que, en el ámbito procesal y procedimental, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1989 resuelve de manera muy sencilla el viejo problema de cuál es la norma aplicable, si la vigente en el momento de producirse la infracción o de dictarse la resolución (o la sentencia), pues desde la perspectiva de la retroactividad siempre se aplicará la más favorable.

Más aún, la sentencia del TS de 13 de diciembre de 1991 admite la aplicación retroactiva de la norma sancionadora favorable incluso cuando el “procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional”, “puesto que –apostilla la de 26 de mayo de 1992– posibilita la aplicación de la nueva normativa sin retroacción de procedimiento, siendo además aconsejable por razones de economía procesal, siempre que se haga sin menosprecio del derecho de defensa”.

26 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, n.º 763/2008, recaída en el P.O. 4222/2006.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991, de modo expreso, declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no solo a la tipificación de la infracción y sanción, sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior (favorable al infractor), señalando que: «Es criterio constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el derecho administrativo sancionador participa, con ciertos matices, de la misma naturaleza y principios del derecho penal, que en cuanto interesa a este recurso se manifiesta en tres aspectos: 1. Aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado, que para las infracciones penales establece expresamente el artículo 24 del Código penal y, con su carácter general, *a sensu contrario*, en el artículo 9.3 CE, al establecer la irretroactividad únicamente para las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, aplicación retroactiva de la norma posterior más favorable que implícitamente admite también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1989, de forma que la norma posterior más favorable al inculpado deberá serle de aplicación, bien por tipificar el hecho como infracción de menor gravedad, imponer una sanción más benigna, establecer un plazo inferior de prescripción que le favorece».

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto Regina c. Kirk) ha señalado que «el principio de irretroactividad de la norma penal es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, reconocido como derecho fundamental por el artículo 7 del Convenio de Roma y que forma parte de los principios generales del derecho, cuya observancia debe garantizar el tribunal».

Por eso, partiendo de que, tal como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, resultan de aplicación los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, habrá de convenirse en que la doctrina de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables ha de referirse a unas y otras, debiéndose recordar la STC de 30 de marzo de 1981, que destaca cómo el artículo 9.3 de la Constitución garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras, dentro de cuya rúbrica han de entenderse incluidas las administrativas sancionadoras, y declara que la norma 9.3 ha de interpretarse también *contrario sensu*, entendiéndose que la Constitución garantiza la retroactividad de la ley penal más favorable, principio ya consagrado en el Código penal. El Tribunal Constitucional reconoce que el principio reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución no tiene cabida en el artículo 25.1 de la CE, por lo que no cabría fundar en él un recurso de amparo. Sin embargo, han prosperado recursos de amparo invocando el artículo 17.1 y 24 de la Constitución española.

Las exigencias del principio de seguridad jurídica deben llevar a que todas estas consideraciones sobre la retroactividad de las normas sancionadoras o desfavorables sean igualmente aplicables a los cambios de criterio jurisprudenciales, cuando se trate de litigios que versen sobre el ejercicio de esta clase de potestades. Y ello porque, parafraseando de nuevo al Sr. Moliner²⁷, la aplicación de un cambio de criterio a un litigio que se inició bajo la vigencia del criterio anterior, convierte de hecho en retroactiva la aplicación del nuevo criterio a hechos producidos con anterioridad a su adopción, lo que sin duda choca con la seguridad jurídica e infringe claramente sus límites, ya que la nueva interpretación permitiría defender que quien actuó en la confianza de una interpretación determinada, que expresamente era tenida por

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

correcta, puede verse afectado en su seguridad jurídica, o incluso en el derecho a recibir un trato igual al que fue aplicado a quienes actuaron con anterioridad bajo la protección de la antigua interpretación. Todo ello referido, claro está, a un auténtico cambio de criterio, entendiendo por tal el que se produce sin modificación legislativa y con nuevos argumentos, como está claramente admitido de acuerdo con la doctrina constitucional y con la necesaria y permitida evolución jurisprudencial (por todas, SSTC 8/1991, de 30 de marzo, 48/1987, de 22 de abril, 200/1990, de 10 de diciembre, 59/1996, de 26 de marzo, 145/1997, de 15 de septiembre).

Y ello, como decimos, en aras de la seguridad jurídica en cuanto principio garantizado por la Constitución en el artículo 9.3, CE, pues no cabe duda de que quien está respetando el sentido de una norma, de acuerdo con la interpretación ofrecida por la jurisprudencia, se va a ver afectado en su derecho por una interpretación jurisprudencial distinta de la que lo movió a actuar de una determinada manera. Y la cuestión se vuelve especialmente grave cuando quien cree estar cumpliendo una norma, según el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra con un cambio de doctrina jurisprudencial que lleva a que aquella primera actuación no se considere a la postre adecuada a derecho.

Y más cuando la frontera entre “completar” y “complementar” el ordenamiento jurídico es tan difusa.

Volviendo al caso concreto que antes citábamos, relativo al cambio de criterio del Tribunal Supremo en materia de acreditación del intento de notificación, no cabe duda de que, a partir de la fijación de la nueva doctrina legal por la Sentencia de 3.12.14, existe un nuevo aspecto, definido judicialmente, que complementa el artículo 58.4 de la Ley 30/92, respecto a cuándo debe entenderse efectuado y acreditado el intento de notificación del acto que pone fin al procedimiento, a efectos del cómputo del plazo máximo de duración legalmente establecido, determinante de la incursión en caducidad del procedimiento, que no resulta directamente extraíble del propio texto legal, sino que ha sido fruto de la labor de complemento de la norma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene legalmente encomendada.

En tal supuesto en concreto, la cuestión presenta unos aspectos que distan de ser claros y que imponen actuar con especial prudencia y rigor, ya que el texto literal de la norma nada aclara, y tan razonable resulta la interpretación establecida por la doctrina legal sentada por el TS en su Sentencia de 17.11.03 como la que acaba de establecer diez años más tarde en la nueva Sentencia de 3.12.13, y no puede negarse que, después de haberse asentado en garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos una determinada interpretación más exigente que lo que resulta del propio texto legal –como es la obligación de que no solo se haya producido el intento de notificación en plazo, sino también que quede acreditado en el expediente, por registro de entrada, dentro de dicho plazo–, pasar a dulcificar esta exigencia fijando ahora una doctrina más laxa y favorable a la Administración no parece que pueda razonablemente aplicarse con carácter retroactivo, y menos cuando se trata de procedimientos sancionadores o restrictivos de derechos individuales.

En estos casos, no parece razonable que el nuevo criterio pueda aplicarse retroactivamente si perjudica al interesado, pues ello iría directamente en contra del principio constitucional de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas –carácter del que en cierto modo participa la doctrina legal, como hemos visto– desfavorables o restrictivas de derechos indi-

viduales, a menos que el nuevo criterio favoreciese al interesado, en cuyo caso su aplicación sería obligada.

Lo contrario sería tanto como hacer depender el acogimiento o no de la demanda de la eventualidad de la mayor o menor duración del proceso o la mayor o menor premura con que se hubiese dictado la sentencia de instancia, pues en función de tales circunstancias puede que cambie el criterio jurisprudencial sobre la cuestión objeto de debate. Y los ciudadanos no pueden quedar al albur de que se les aplique una u otra interpretación del derecho de forma diferente en función del tiempo de tramitación del litigio.

No entenderlo así sería como utilizar la indebida dilación del procedimiento como un arma arrojadiza en contra del ciudadano.

La cuestión adquiere tintes muy interesantes cuando se trata de procedimientos en los que se tramita conjuntamente la reposición de la legalidad y la sanción correspondiente, como es el caso de los supuestos en materia de infracciones a la Ley 22/88 de costas. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con los expedientes de disciplina urbanística, en los que se tramitan separadamente los expedientes sancionadores y los de reposición de la legalidad, el ejercicio de las potestades relativas al procedimiento sancionador y de reposición de la legalidad se encuadran en un único procedimiento, que está regulado en los artículos 101 y siguientes de la Ley de costas y 192 y siguientes de su reglamento.

Así lo ha recordado, precisamente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, entre otras en su Sentencia 692/2009 de 25 junio²⁸.

Y en relación con la duración máxima del procedimiento, con la consecuencia de caducidad en caso de exceso, el artículo 102 de la Ley 22/88 establece que el plazo para notificación de la resolución de los procedimientos sancionadores será de doce meses, transcurrido el cual sin que se produzca aquélla se dictará resolución en la que se declare la caducidad del procedimiento y ordene el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en la legislación vigente.

La cuestión es que, a los efectos antedichos, no cabe distinguir entre una duración máxima del procedimiento en cuanto a su vertiente sancionadora y otra distinta para su vertiente de reposición de las cosas a su estado anterior, ya que el legislador no lo ha decidido así, y ambos aspectos están equiparados legalmente a efectos de caducidad, pues el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 se refiere tanto a los procedimientos sancionadores como a aquéllos en los que la Administración ejerce potestades susceptibles de producir efectos desfavorables, como es la relativa a la reposición de las cosas a su estado anterior.

Por eso, en este tipo de supuestos no parece equivocado sostener que, si cuando se comete la infracción, y también cuando se tramita el procedimiento administrativo sancionador, e incluso el posterior procedimiento jurisdiccional, la doctrina legal sobre el *dies ad quem* para el cómputo del plazo establecido de duración máximo del procedimiento, era la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17.11.03²⁹, y se da la circunstancia de que la devolución

28 EDJ 2009/172468.

29 Según dicho criterio, se debía entender producida la caducidad del procedimiento porque lo relevante para que se entienda cumplido en plazo el intento de notificación y evitar la caducidad es que quede constancia del "momento en que la Administración reciba la devolución del envío", lo que es coherente con la constante jurisprudencia que preconiza que las notificaciones son actos administrativos

del envío frustrado tiene entrada en el registro del órgano administrativo después de vencido el plazo máximo de duración del procedimiento por lo que, con arreglo a dicha doctrina, no se puede entender cumplido en plazo el intento de notificación, si resulta que durante la pendencia del litigio se produce el cambio de criterio con la publicación en el BOE de la nueva doctrina legal plasmada en la Sentencia del TS de 3.12.13, y se da la circunstancia de que, aunque, como se ha dicho, no consta la entrada en plazo de la devolución del envío, sí consta, aunque de forma tardía, que el intento de notificación se produjo dentro del plazo máximo, la solución ha de ser, de todas formas, la aplicación del criterio vigente al tiempo de ocurrir los hechos y, por tanto, la caducidad del procedimiento, en razón a que quien tenía que haber acreditado el intento de notificación antes de una determinada fecha no lo hizo (cfr. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de marzo de 2011, recurso de apelación 4281/2010), y sin que pueda resolverse la cuestión aplicando el cambio de criterio establecido tras la citada Sentencia de 3.12.13, aplicación que debe entenderse improcedente en función de todas las consideraciones que se han realizado sobre el carácter cuasi-normativo de la doctrina legal, la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y, en último término, del principio general de seguridad jurídica.

6 El interesante caso de la Sentencia del Pleno del TC 7/2015, de 22 de enero

Por último, no podemos cerrar estas reflexiones sin hacer referencia a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que, aunque referida a cuestiones formales y no sustantivas, representa un hito en materia de aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

Y es que dentro del panorama cada vez más sombrío, complejo y exigente para el acceso al recurso de casación, que ha llegado a convertirse en una agotadora carrera de obstáculos, incluso para el jurista más avezado que exige, además, un entrenamiento intenso y una puesta al día constante, brillan destellos que hacen mantener viva la esperanza en la justicia material, al margen de formalismos, y uno de ellos es la reciente y positivamente sorprendente Sentencia del Pleno del TC 7/2015³⁰, en la que, contra todo pronóstico, se ha venido a admitir que, al menos, cuando se trata de cuestiones formales derivadas de cambios de criterio en materia de admisibilidad de recursos, cabe la posibilidad de que los defectos en que, según esos nuevos criterios, se hubiese podido incurrir, sean subsanados *a posteriori* cumpliendo, aunque sea extemporáneamente, los nuevos requisitos que se exijan de forma sobrevenida y que, sin embargo, no se exigían cuando se inició el recurso.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, admitiendo la posibilidad de subsanar el escrito preparatorio del recurso de casación cuando no se ajustaba a los criterios de admisibilidad sobrevenidos establecidos por el Tribunal Supremo después de la preparación del recurso.

Es cierto que no es una postura pacíficamente asumida, ya que la sentencia cuenta con el voto particular de cuatro magistrados (uno de ellos, por cierto, el propio ponente, Sr. Xiol

de trámite que tienen que constar, necesariamente, en el expediente, de manera que su acreditación le incumbe al respectivo órgano administrativo, sin que pueda hacerse cargar a los administrados con la probanza del hecho negativo de no haberse practicado (Sentencia TS de 17.11.97 y 17.11.01).

30 EDJ 2015/2256.

Ríos) que advierten que la solución dada al caso concreto conlleva “riesgos imprevisibles para el tratamiento procesal futuro de los recursos de casación en todos los órdenes jurisdiccionales (...) pues de ella parece seguirse la consecuencia de que los defectos de los escritos de iniciación del recurso de casación son subsanables con carácter general, en contra de la jurisprudencia ordinaria y constitucional seguida hasta el momento”.

Pero al menos ofrece una vía para remediar, en parte –bien que referida solo a requisitos formales– las consecuencias de la aplicación retroactiva de los cambios de criterio de los tribunales y esos sí que, por desgracia –y no tanto los riesgos a los que hace referencia el voto particular– son verdaderamente imprevisibles.

7 Conclusión

En los supuestos de cambios de criterio jurisprudencial sobre la interpretación de normas relativas al ejercicio de potestades sancionadoras o susceptibles de causar efectos desfavorables a los ciudadanos, debería impedirse la aplicación retroactiva de los nuevos criterios a situaciones surgidas o consolidadas al amparo de los criterios anteriores, a menos que fuesen más favorables para el particular.

En estos casos debería admitirse, por tanto, como excepción al principio general, que las sentencias que recogiesen cambios de criterio en tales supuestos solo podrían tener efecto prospectivo, nunca retroactivo, con la única excepción indicada de que el nuevo criterio resultase más favorable al ciudadano.

Con ello no se estaría dotando a las sentencias de un efecto normativo que no poseen, sino simplemente atendiendo a las más elementales exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica.

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. y 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