

LA RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA COMO PELIGRO PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

José Antonio Tardío Pato

*Profesor titular de Derecho Administrativo.
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don Fernando CALANCHA MARZANA, doña Silvia Díez SASTRE, don Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, don Luis MEDINA ALCOZ y don José Vicente MOROTE SARRIÓN. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El presente trabajo constituye un análisis jurídico del tratamiento de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en el Derecho español, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus Salas de lo Civil, de lo Penal y de lo Contencioso-Administrativo, sin perjuicio de aludir, igualmente, a determinadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Junto a ello se aportan fundamentos jurídicos de las contradicciones de tal jurisprudencia con los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

También se ofrecen propuestas de tratamiento de los cambios jurisprudenciales en el tiempo compatibles con dichos principios constitucionales, para lo cual se incluye previamente un estudio sintético, pero en profundidad, de dichos principios, en los primeros epígrafes de la exposición.

Palabras clave: retroactividad de la jurisprudencia; principio de seguridad jurídica; principio de confianza legítima; principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o de las normas restrictivas de derechos.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

RETROACTIVE CASE LAW AS A THREAT TO BOTH LEGAL CERTAINTY AND LEGITIMATE EXPECTATIONS PRINCIPLES

José Antonio Tardío Pato

ABSTRACT

The present article is a legal analysis of the treatment of retroactive application of case law in Spanish Law, both by the Constitutional Court and by the Supreme Court, in its Civil, Criminal and Judicial Control of Administration Chambers; without detriment to refer also to certain judgments of the European Court of Human Rights.

In addition to this, legal bases of the contradictions of such case law are provided with the principles of legal certainty, legitimate expectation and non-retroactivity of non-favorable sanctioning rules or restrictive rules.

It also offers proposals for treatment of case law changes compatible with these constitutional principles, for which a synthetic but deep study of these principles has been previously included in the first sections of the exposition.

Keywords: retroactive application of case law; legal certainty principle; legitimate expectation principle; principle of non-retroactivity of non-favorable sanctioning rules or restrictive rules.

Sumario

- I. Introducción
- II. La importancia de la seguridad jurídica para el Estado de Derecho y sus exigencias
- III. El principio de confianza legítima y la precisión de los elementos de su supuesto de hecho y de su consecuencia jurídica
- IV. El principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos en nuestro ordenamiento jurídico y sus grados
- V. El carácter normativo de la jurisprudencia
- VI. ¿Lesiona la aplicación retroactiva de la jurisprudencia no favorable el principio de irretroactividad de las normas del artículo 9.3 de la CE, la seguridad jurídica y la confianza legítima?

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Se ha destacado con carácter relativamente reciente que la ordenación de la jurisprudencia (por su continua variación e inestabilidad, con el consiguiente incremento de la dificultad de conocer el Derecho y de la inseguridad jurídica) es, con mucho, uno de los problemas más serios que tienen planteados los sistemas continentales europeos y, desde luego, el nuestro¹. Pues –se añade que– es preciso poder determinar, con suficiente anticipación, cuál es el comportamiento que el Derecho vigente espera de un ciudadano para que su conducta sea válida, adecuada a la legalidad o, en su caso, no sancionable; lo que exige conocer no solo los textos legales, sino preferentemente sus aplicaciones por los tribunales².

Se ha subrayado, además, que, en especial, la problemática de la retroactividad de la jurisprudencia no ha sido tratada suficientemente en España³ y que el debate apenas está iniciándose ahora entre nosotros⁴.

Y se ha culminado resaltando que lo anterior es uno de los grandes retos del Estado constitucional actual⁵.

Lo que se corrobora en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, cuando se resalta que «los ciudadanos siguen percibiendo como un síntoma de falta de seguridad jurídica la existencia de resoluciones diversas sobre una misma materia» y que existe una «falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, lo que, en último término, se proyecta sobre el grado de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento»⁶.

Así pues, entendemos que está plenamente justificada la oportunidad y necesidad de investigar sobre las tensiones existentes entre la jurisprudencia y los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, especialmente las generadas por la imposición retroactiva de los giros jurisprudenciales a demandas interpuestas con anterioridad a tales cambios o a situaciones producidas al amparo de la jurisprudencia anterior. Y todo ello, especialmente, desde la perspectiva del Derecho público, sin

¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015b, pág. 109).

² MUÑOZ MACHADO, S. (2015b, pág. 110).

³ MUÑOZ MACHADO, S. (2015a, pág. 207).

⁴ MUÑOZ MACHADO, S. (2015b, pág. 117).

⁵ MUÑOZ MACHADO, S. (2015b, pág. 116).

⁶ Epígrafe IV de la exposición de motivos.

perjuicio de tener en cuenta determinadas resoluciones judiciales de Derecho privado y aspectos de dicho Derecho, que favorecen una visión más amplia y omnicomprendensiva de los problemas planteados.

II. LA IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PARA EL ESTADO DE DERECHO Y SUS EXIGENCIAS

El Estado de Derecho no solo significa que todos los poderes públicos han de estar limitados en su actuación por las normas (incluido el Poder Legislativo, que está limitado por la Constitución) y que sus decisiones no pueden ser fruto de su capricho (dado que deben tener siempre un fundamento objetivo), sino, también, que *tales decisiones deben ser previsibles, porque se apoyen en normas ciertas fijadas de antemano*, en lugar de ser impredecibles para los ciudadanos.

Por eso, en el Antiguo Régimen, en la Exposición de Agravios (Petition of Grievances) de la Cámara de los Comunes al rey Jacobo I de Inglaterra el 7 de julio de 1610, se destaca que, entre las fuentes de felicidad y de libertad para los súbditos, la que se ha considerado «más querida y preciada» es «la de ser guiados y gobernados por un imperio del Derecho *cierto* (*certain rule of law*) y no por cualquier forma de gobierno arbitrario y *sin certidumbre*»⁷.

Consideración que se conecta con la idea de limitar la discrecionalidad de los jueces a favor de las normas, para garantizar dicha certidumbre. Así, en esa misma época, el juez E. Coke afirmó que los parlamentos tienen que «dejar que todas las causas se midan por medio de la estrecha y dorada vara de medir del Derecho y no mediante el cordón torcido e *incierto* de la discrecionalidad (judicial)»⁸ y que «la función de un juez no es hacer, sino declarar el Derecho, de acuerdo con la dorada vara de medir del Derecho y no mediante el cordón torcido de la discrecionalidad (judicial)»⁹.

Y así se entiende que A. V. DICEY destaque, como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho angloamericano (*the rule of law*), la primacía del Derecho *ordinario*, frente al poder arbitrario y al de la prerrogativa o incluso al *de amplia discrecionalidad*¹⁰.

Lo que más tarde ha sido expresado por F. A. HAYEK y J. RAZ diciendo que la idea esencial del Estado de Derecho es que «los poderes públicos en todas sus acciones están vinculados por

⁷ Lo recoge MARSH, N. S. (1961, pág. 226), que destaca que se está resaltando aquí la seguridad jurídica –*certainty of the law*– (pág. 226), la cual está estrechamente asociada a la supremacía del Derecho, pero que debe deslindarse semánticamente de esta (pág. 249), aludiendo a los aspectos de la tipicidad de la norma penal y a la prohibición de su aplicación retroactiva (pág. 250).

⁸ COKE, E. (1644-1797, págs. 40-41).

⁹ Cita recogida en la Sentencia de los Estados Unidos Anastasoff v. United States de 22 de agosto de 2000 de la «United States Court of appeals for the eighth circuit» (223 F.3d 898, 8th Cir. 08/22/2000).

¹⁰ DICEY, A. V. (1927, pág. 198).

normas fijadas y promulgadas de antemano, normas que hacen posible *prever con razonable certeza cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos* en determinadas circunstancias y planificar cada uno sus propios asuntos sobre la base de dicho conocimiento»¹¹.

En el ámbito continental europeo, en la misma línea, fue criticada la inseguridad generada por la arbitrariedad en el Estado Absoluto, en la influyente obra del ilustrado C. BECCARIA que reprueba la incertidumbre producida por la arbitrariedad de los jueces del Antiguo Régimen, al hacer primar su interpretación sobre la propia ley, postulando que lo que genera seguridad es el sometimiento de los jueces a aquella y su primacía¹².

Por eso, acabará consagrándose la necesidad de que *tanto las prohibiciones como las prescripciones solo puedan establecerse en las leyes*¹³, que no solo tiene el sentido de reserva de ley parlamentaria, que asegura que las restricciones a la libertad únicamente puedan provenir del órgano representativo de los ciudadanos, sino también el sentido de tener que figurar en normas previas y ciertas frente a la impredecibilidad de las decisiones singulares de los poderes públicos¹⁴. Y ello especialmente en el ámbito penal, donde se consagra el principio de tipicidad de los delitos y las penas: que estos figuren en las leyes antes de poder ser aplicados¹⁵.

Como, igualmente, está, en las raíces de las codificaciones de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, tal exigencia de previsibilidad de los comportamientos de los sujetos públicos y privados y la consiguiente estabilidad¹⁶.

Así, la exigencia de la certidumbre jurídica frente a la arbitrariedad de los gobernantes será resaltada, después, como una de las notas esenciales del Estado de Derecho en el sistema jurídi-

¹¹ Lo destaca RAZ, J. (1977, pág. 195; 2012, pág. 210) invocando las palabras de HAYEK, F. (1944, pág. 75), a las que califica como una de las formulaciones más claras y más poderosas del ideal del Estado de Derecho.

¹² BECCARIA, C. (1764-1973, págs. 13-14).

¹³ Primero lo afirma MONTESQUIEU (en *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. IV), diciendo que la Constitución debe ser tal que «nadie sea obligado a hacer lo que la Ley no le obliga, ni a no hacer lo que la Ley le permite». Y, después, fue recogido por el artículo 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (que sigue formando parte del Derecho Constitucional francés vigente): «La Ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer algo que esta no ordene.

¹⁴ A su pluralidad de sentidos se refiere FIGRAVANTI, M. (2007, pág. 59).

¹⁵ El artículo 7 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 dice: «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella». Y el artículo 8 añade que «tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente». Esto mismo se recoge Ley de 21 de enero de 1790, en la Constitución francesa de 1791, en el Código Penal de 6 de octubre de 1791, en el Código Penal de 1795 y en el Código Penal Napoleónico de 1810 (RAMOS VÁZQUEZ, I. 2014, pág. 335 y ss.).

¹⁶ IRTI, N. (1992, pág. 19). Recordemos que los revolucionarios franceses no solo aprueban los códigos penales citados, sino que también contemplan en la Constitución de 1791 (párrafo final de su título I) la aprobación de un Código Civil, que después se fraguará con el Código Napoleónico de 1804.

co continental. En este sentido, R. THOMA destaca que «el carácter específico del Estado de Derecho» (*Rechtsstaat*) viene dado por «la proscripción de la arbitrariedad y el establecimiento de *limitaciones exactas* al poder y *una seguridad inquebrantable*»¹⁷.

Y, más tarde H. KELSEN¹⁸, con una visión más general (que tiene en cuenta tanto el sistema jurídico angloamericano como el continental europeo), invoca, como opuesto al principio de seguridad jurídica propio del Estado de Derecho, «un orden jurídico en el que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio» y «*los individuos no pueden en forma alguna prever las decisiones de los casos concretos* en los que tengan que participar como demandante o demandado, como acusado o como acusador y *no pueden saber nada de antemano sobre qué les está jurídicamente prohibido o permitido y con respecto de para qué están jurídicamente facultados o no*».

Los textos constitucionales han recogido explícita o implícitamente la seguridad jurídica como principio y valor esenciales del Estado de Derecho y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados de Derecho han precisado sus notas características.

En relación con *Alemania* su Tribunal Constitucional Federal ha declarado que dicho principio es una parte esencial del Estado de Derecho proclamado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹⁹ y que junto con el principio de protección de la confianza legítima, en cooperación con los derechos fundamentales, *garantiza la fiabilidad del Ordenamiento jurídico como una condición esencial para la autodeterminación sobre el propio plan de vida de cada uno y su desenvolvimiento*²⁰.

En *España*, se recoge como principio constitucional en el artículo 9.3 de la CE y como valor, junto a la justicia y a la libertad, en el preámbulo (en el que se habla simplemente de seguridad).

Y nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que, en su sentido más específico, la seguridad jurídica exige *certidumbre* de las normas aplicables²¹; *claridad* de las normas y no con-

¹⁷ THOMA, R. (1910, pág. 214).

¹⁸ KELSEN, H. (1960, pág. 257; 1994, pág. 260).

¹⁹ BverfGE 30, 392 (403); 43, 242 (286); 60, 253 (267). También, en las más recientes sentencias de 5 de marzo de 2013 (1 BvR 2457/08, Rn 17) y de 21 de julio de 2016 (1 BvR 3092/15, Rn 5).

²⁰ BverfGE 60, 253 (267 f); 63, 343 (357); BVerfG, Resolución de 10 de octubre de 2012-1 BVL 6/07 - dstr 2012 S. 2322 (2325). Como también, en las más recientes sentencias, ya citadas, de 5 de marzo de 2013 (1 BvR 2457/08, Rn 17) y de 21 de julio de 2016 (1 BvR 3092/15, Rn 5).

²¹ Para que los ciudadanos y poderes públicos sepan cuáles son las normas que rigen su conducta, a qué atenerse de antemano. Se recoge, en la STC 27/1981 (FJ 10.º), con carácter general, cuando dice que la seguridad es certeza, y en la STC 182/1997 (FJ 3.º), cuando consigna que es el «derecho a la certeza y a saber a qué atenerse respecto del Derecho aplicable».

fusión normativa²²; *previsibilidad* de la medida normativa²³ o del cambio normativo²⁴ o de cómo van a ser aplicadas las normas²⁵; *cierta estabilidad* de las normas²⁶; *garantía de «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia* y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes»²⁷; y que no solo opera en el momento de la producción de las normas, sino *también en el de aplicación de las mismas*²⁸.

Si bien, igualmente ha afirmado, en un sentido amplio, que se considera asimismo como la *suma integradora y equilibrada de todos los principios recogidos en el artículo 9.3 del texto constitucional* (suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad)²⁹.

Y ya hemos destacado, en la introducción a este estudio, como es una de las preocupaciones de la reciente Ley Orgánica 7/2015, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la seguridad jurídica (y la certidumbre y predictibilidad que la misma conlleva) opere en el ámbito de las resoluciones judiciales.

²² Dado que, si no, no puede saberse de antemano a qué atenerse (STC 46/1990, FJ.º 487; 150/1990, FJ.º 888; y 142/1993, FJ.º 489). No obstante, se indica también en otras sentencias que no cualquier actuación del legislador contraria a la claridad de las normas o de su aplicación vulnera la seguridad jurídica.

²³ SSTC 182/1997; y 273/2000. Ello ha sido calificado como vertiente subjetiva de la seguridad jurídica y conecta con el principio de confianza legítima, que es un principio derivado del de seguridad jurídica.

²⁴ STC 150/1990, FJ 8.º.

²⁵ Que la STC 36/1991 (FJ 5.º párrafo seis) denomina «expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál va a ser la actuación del poder en aplicación del Derecho».

²⁶ STC 182/1997. Porque un cambio acelerado e irracional de las normas está reñido con la necesidad de saber a qué atenerse de antemano. Tal exigencia no puede impedir los cambios normativos, pero requiere que estos se efectúen según los cauces preestablecidos por nuestro Ordenamiento jurídico y con racionalidad, excluyendo la inestabilidad injustificada. Y tal dimensión se traduce también en el reconocimiento de indemnización por cambios normativos que han sido contrarios a la legalidad (leyes contrarias a la Constitución, declaradas inconstitucionales por el TC, o al Derecho Comunitario, declarado así por el TJUE).

²⁷ Sentido de la seguridad jurídica que acoge la STC 147/1986 (FJ 4.º, letra a).

²⁸ En este punto, aparecen diversas manifestaciones en el ámbito de la aplicación por el Poder Judicial (intangibilidad de las sentencias firmes y efecto de cosa juzgada, con las excepciones derivadas del recurso extraordinario de revisión y de la existencia del recurso de amparo constitucional; vinculación a la jurisprudencia del TS y del TC.; exigencia de motivación para separarse del criterio seguido en sentencias precedentes; prescripción de las acciones y caducidad de los recursos por extemporaneidad en la interposición de los mismos [...]).

Pero también salen a relucir en la aplicación de las normas por el Poder Ejecutivo, en general, y por las Administraciones públicas, en particular (limitaciones de revocabilidad de los actos administrativos del artículo 106 y ss. de la Ley 39/2015; exigencia de motivación para separarse del precedente y que lo sea con carácter general [...]).

²⁹ Se define por el TC, en este sentido amplio, como «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad [...], equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (STC 27/1981, FJ 10.º).

III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA PRECISIÓN DE LOS ELEMENTOS DE SU SUPUESTO DE HECHO Y DE SU CONSECUENCIA JURÍDICA

A) En relación con los orígenes e introducción en el Derecho español del principio de confianza legítima, se ha destacado que el mismo surgió en Alemania y de ahí pasó a países de influencia alemana y después al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia no solo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sino también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Y es la influencia del Derecho comunitario la que genera su recepción por el Derecho español.

En España, se cita, como primera sentencia que lo recoge en el ámbito administrativo, la STS de 28 de febrero de 1989³⁰ y como sentencia-modelo o sentencia-testigo (*leading case*) la de 1 de febrero de 1990³¹, pero pueden encontrarse otras anteriores que también invocan este principio, como la de 23 de noviembre de 1984³² o la de 28 de julio de 1986³³.

Finalmente, se recogió, en el mismo ámbito, en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, junto al principio de buena fe; lo que ha sido reproducido en el artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, del Sector Público.

B) Se trata de un principio vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe e irretroactividad de normas restrictivas de derechos individuales, como ha resaltado la doctrina científica³⁴ y sobre todo en la jurisprudencia. Y, al ser algunos de los anteriores principios constitucionales, su íntima conexión con ellos determina su carácter de principio constitucional implícito.

En el caso del Tribunal Supremo (TS)³⁵, dice que tal principio combina elementos de la doctrina de los actos propios (corolario de la buena fe, según la jurisprudencia –apostillamos nosotros–), de la buena fe y de la misma seguridad jurídica.

Y la jurisprudencia de nuestro TC deriva tal principio de confianza legítima del de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE.

³⁰ RJ 1989\1458, referente a la denegación de una subvención a un centro privado de formación profesional. Como primera sentencia es invocada por CASTILLO BLANCO, F. A. (1998, pág. 286) y GARCÍA LUENGO, J. (2002, pág. 38 y ss.).

³¹ RJ 1990\1258, atinente también a subvenciones a centros docentes.

³² RJ 1984\5956, Cdos. 3.º y 4.º del TS.

³³ RJ 1986\6902, FJ 4.º, punto 2.

³⁴ GARCÍA MACHO, R. (1987, pág. 561 y ss.). CASTILLO BLANCO, F. A. (1998, pág. 115 y ss.). GARCÍA LUENGO, J. (2002, pág. 38 y ss.; 2005, pág. 1.942 y ss.; y 2010, pág. 1.173 y ss.). MUÑOZ MACHADO, Y. S. (2015a, pág. 301).

³⁵ STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009, FJ 3.º), que alude a otras anteriores.

Por un lado, sostiene que el principio de seguridad jurídica protege «la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles»³⁶.

Por otro lado, afirma literalmente que el principio de confianza legítima es derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y lo aplica como fundamento del fallo de la estimación de un recurso de amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva³⁷.

Pero, además, ello constituye base determinante de la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley³⁸.

En el Derecho alemán, el Tribunal Constitucional Federal Alemán extrae la constitucionalidad del principio de confianza legítima del principio de Estado de Derecho del artículo 20.3 de su Constitución³⁹, habida cuenta de que no existe en la Ley Fundamental de Bonn un precepto constitucional que acoja explícitamente el principio de seguridad jurídica, el cual, según hemos visto atrás, también se deduce del principio de Estado de Derecho.

En España podría deducirse también de la cláusula del Estado de Derecho del artículo 1.1 de la CE⁴⁰, pero, al proclamarse expresamente el principio de seguridad jurídica en su artículo 9.1 y asociarse intrínsecamente al mismo, no es necesario aquello y puede afirmarse, en cualquier caso, su *carácter de principio constitucional implícito*, con capacidad para ser parámetro de la constitucionalidad no solo de normas con rango reglamentario, sino también con rango de ley⁴¹; como lo demuestran las mencionadas sentencias del TC, pues anularon, por inconstitucionales, preceptos con rango de ley que contradecían el principio de confianza legítima⁴², apoyado en el de seguridad jurídica⁴³.

³⁶ STC 150/1990 (FJ 8.º). Y, después, lo reproduce en la SSTC 197/1992 (FJ 4.º); 182/1997 (FJ 11.º, letra C); y 273/2000 (FJ 6.º), entre otras.

³⁷ STC 222/2003, FFJJ 4 y 5. Y la STC 178/2004, FJ 12.º, simplemente reitera que el principio de confianza legítima es derivación del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, con referencia a la sentencia anterior.

³⁸ En las SSTC 173/1996 (FJ 5.º) y 89/2009 (FFJJ 5.º y 6.º).

³⁹ LARENZ, K. (1980, págs. 422 y 466-469), que cita las Sentencias BVerfGE 7,89. 92; 11, 64, 73; 13, 261, 271; y 31, 222, 225 y ss.

⁴⁰ Como hemos visto que también invoca la STC 222/2003, FJ 4.º.

⁴¹ Ver sobre ello TARDÍO PATO, J. A. (2011, pág. 91 y ss.).

⁴² SSTC 173/1996 (FJ 5.º) y 89/2009 (FFJJ 5.º y 6.º).

⁴³ Concretamente la STC 173/1996 declaró inconstitucionales el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1990. Y lo hizo por considerar que «la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución» (FJ 5.º, párrafo final).

C) En cuanto a su estructura normativa, como todo principio general del Derecho en sentido estricto, va a contener un supuesto de hecho genérico y una consecuencia jurídica⁴⁴.

Pero lo característico del *supuesto de hecho* del principio de confianza legítima es su complejidad, porque está compuesto de varios elementos.

1. El primer elemento del supuesto de hecho genérico del principio en estudio viene dado porque concurre una *actividad de los poderes públicos que guía al ciudadano en determinada dirección* (con normas legislativas o reglamentarias o con actos aplicativos de las normas) y que, en un momento dado, cambia o se considera defectuosa o errónea.

Esto se produce con los *cambios normativos*⁴⁵ (tanto por el Legislador mediante normas con rango de ley⁴⁶, como por las Administraciones y demás poderes públicos con poder normativo reglamentario, a través de estas últimas normas).

También acontece con *cambios de criterio aplicativo de las normas realizados por la Administración*, mediante actos administrativos⁴⁷. Pero, igualmente, ha sido invocado y aplicado en casos en los que *ha habido meramente una información defectuosa o errónea por parte de la Administración al administrado* (como la referente al medio de impugnación o vía jurídica a utilizar para impugnar los actos

Y la STC 89/2009 (FFJJ 5.º y 6.º) enjuicia la aplicación retroactiva desde el 1 de mayo de 1998 de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por los administradores sociales retribuidos, impuesta a las empresas por el artículo 34.5 de la Ley 50/1998, que modificó el criterio contemplado en la anterior Ley 66/1997, que había entrado en vigor el 1 de mayo de 1998 y que establecía que los trabajadores tenían que cotizar en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos. Mantiene el TC que, en este caso, nos encontramos ante una retroactividad de grado máximo y que no resultaba razonablemente previsible para las empresas afectadas esperar que el régimen de cotización de sus administradores fuese modificado dos veces dentro del mismo año. Y ello le conduce a anular dicho precepto.

⁴⁴ Ver sobre ello ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004, págs. 30 y ss.). También, TARDÍO PATO, J. A. (2011, pág. 159 y ss.).

⁴⁵ GARCÍA MACHO, R. (1987, pág. 571).

⁴⁶ El TJUE ha declarado que «el principio de protección de la confianza legítima se opone a que una modificación de la normativa nacional prive al sujeto pasivo, con efecto retroactivo, del derecho a una deducción que le había sido conferido por la Sexta Directiva (Sentencia Schloßstraße, TJCE 2000\125, apartado 47). E, igualmente, ha manifestado que «el principio de efectividad y el principio de protección de la confianza legítima se oponen a una normativa nacional que reduce, con efecto retroactivo, el plazo para solicitar la devolución de las cantidades pagadas en concepto de IVA cuando en su recaudación se han infringido determinadas disposiciones de la Sexta Directiva que tienen efecto directo» (Sentencia Marks and Spencer, de 11 de julio de 2002, TJCE 2002\224, apartado 47).

Y, como hemos reseñado en nota al pie precedente, nuestro TC. ha anulado preceptos con rango de ley, por contravención de tal principio, implícito en el de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE en las SSTC 173/1996 y 89/2009.

⁴⁷ Puede verse en el voto particular del magistrado del TS Huelin Martínez de Velasco, J. a la STS 18 de noviembre de 2013 (NFJ052892).

que se habían notificado)⁴⁸. Se trata, en general, por tanto, en esta vertiente, de *actuaciones de la Administración incoherentes con las que había mantenido con anterioridad en relación con un particular*⁴⁹.

Y sucede, asimismo, por *cambios interpretativos de las normas efectuados por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, mediante resoluciones judiciales, sobre lo que abundaremos en este trabajo*. Pero también puede predicarse de determinadas actuaciones anómalas de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial a través de sus resoluciones *inconsistentes con las que había mantenido con anterioridad*.

2. Como segundo elemento del supuesto de hecho genérico del principio, se ha declarado que *el particular tiene que haber actuado conforme a Derecho*⁵⁰. Aunque también se dice en otras sentencias que, para que opere el principio de confianza legítima, *el criterio de aplicación de la norma realizado por la Administración no debe considerarse ilegal* y que el ámbito en el que ha de proyectarse el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia es el de la discrecionalidad o de la autonomía, no el de los aspectos reglados o el de las exigencias normativas frente a las que no puede prevalecer dicha confianza, en el Derecho administrativo⁵¹.

Sin embargo, ello no es absolutamente cierto, porque también se ha aplicado en otros supuestos en los que *el criterio de aplicación de la norma no es conforme con la legalidad* y, por ello, la actuación del particular guiado por la Administración tampoco es conforme a la legalidad (como en el caso del cual la Administración ha informado al interesado que puede utilizar un medio de impugnación que no es el previsto por el Ordenamiento jurídico)⁵².

Y se ha invocado que, aunque sea ilegal la actuación en estos casos, puede prevalecer la seguridad jurídica sobre la legalidad, como lo hace en la prescripción y en la inadmisión de recursos extemporáneos (donde se habla de caducidad del recurso), en los que la ilegalidad queda consagrada por la seguridad jurídica⁵³.

⁴⁸ STS de 18 de junio de 2013 (recurso de casación núm. 7028/2009), que invoca las anteriores SSTS de 13 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 3567/2008) y 16 de febrero de 2012 (recurso de casación núm. 4524/2009).

⁴⁹ Como dice la STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009), FJ 3.º, penúltimo párrafo.

⁵⁰ STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009), FJ 3.º que cita otras: 6/10 (casación 31/2003), 27/4 (recurso de casación núm. 7362/2002) y 15/4 (recurso de casación núm. 2900/2002), todas de 2005. Como también, las de 16 de mayo de 2000 (recurso de casación núm. 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (recurso de casación núm. 3440/1993).

⁵¹ SSTS de 1 de febrero de 1999 (recurso de casación núm. 5475/1995); 21 de febrero de 2006 (recurso de casación núm. 5959/2001); de 10 de junio de 2013 (recurso de casación núm. 1461/2012); y de 18 de noviembre de 2013 ([NFJ052892] FJ 5.º), entre otras.

⁵² Así en la STS 18 de junio de 2013 (recurso de casación núm. 7028/2009).

⁵³ J. Huelin Martínez de Velasco, en voto particular a la STS 18 de noviembre de 2013 (NFJ052892).

Porque se añade, además, que si la presunción de validez de los actos administrativos que han generado confianza al particular produce a este la obligación de cumplir actos administrativos de cuya validez discrepa y le obliga a impugnarlos, como contrapartida también esa presunción de validez debe darle cobertura de legitimidad a la confianza generada por la actuación administrativa antecedente⁵⁴.

3. El tercer elemento del supuesto de hecho genérico consiste en el requisito de que el ciudadano *haya tomado decisiones basadas en la confianza*⁵⁵ *generada por la normativa anterior a la modificada o en la actividad administrativa precedente*.

No es necesario que tales decisiones sean de carácter económico. Unas veces tendrán tal carácter, pero otras serán simplemente de conducta personal. Se trata en general *que el ciudadano haya actuado conforme a lo resuelto por la Administración previamente*⁵⁶.

4. Como cuarto elemento del supuesto de hecho genérico del principio, se exige que el interesado *pueda probar que realmente tenía confianza en las normas anteriores o en los anteriores criterios de aplicación de dichas normas* (lo que se viene calificando como «manifestación de la confianza»)⁵⁷, *mediante signos externos acreditativos de ello*, excluyéndose la mera invocación de apreciaciones subjetivas⁵⁸.

Aquí se inserta la prueba de las inversiones realizadas, sobre la base de tal confianza o de las conductas personales guiadas por tal confianza.

5. Un quinto elemento del supuesto de hecho genérico del principio reside en que hay algunas sentencias que exigen en relación con lo anterior la existencia de un derecho adquirido preexistente⁵⁹. Pero este no es ese el criterio prevalente e incluso puede decirse que está fuera de lugar por dos tipos de razones.

Porque hay muchas otras sentencias que no exigen tal cosa, sino simplemente, como hemos visto, *la mera acreditación de la adopción de esas decisiones económicas o*

⁵⁴ J. Huelin Martínez de Velasco, *ibidem*.

⁵⁵ SSTs de 21 de febrero de 2006, recurso de casación núm. 5959/2001, y de 20 de junio de 2006, recurso de casación núm. 9438/2003, FJ 6.º.

⁵⁶ Estos últimos términos son los que recoge la STS de 8 de mayo de 2013, recurso de casación núm. 5562/2009, FJ 3.º.

⁵⁷ GARCÍA LUENGO, J. (2005, pág. 1949).

⁵⁸ STSJE Driessen y otros, de 5 de octubre de 1993 –TJCE 1993\145–, apartado 33, dictada en los asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92. Y SSTs de 15 de noviembre de 1999 (rec. núm. 306/1997, FJ 4.º, letra b) y 22 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 470/2011).

⁵⁹ SSTs de 10 de mayo de 1999 (rec. núm. 594/1995) y 27 de septiembre de 2013 (recurso de casación núm. 5599/2010).

de otro tipo basadas en la confianza⁶⁰, de la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes⁶¹ o en la confianza de que lo contenido en los actos administrativos es conforme con el Ordenamiento jurídico⁶².

Y porque los derechos adquiridos (es decir, aquellos con efectos ya consumados), ciertamente están protegidos por el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la CE (incluso ante el legislador), *pero la jurisprudencia prueba que, incluso en determinados casos de derechos no adquiridos todavía*, porque parten de situaciones de hecho anteriores a la nueva norma que todavía no se han consumado, *se sigue aplicando el principio de confianza legítima como límite a la retroactividad.*

Así, como hemos visto atrás, en el caso de las normas fiscales (respecto de la que ha dicho la jurisprudencia constitucional⁶³ que no existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva), *su legitimidad constitucional puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución⁶⁴* y precisa más adelante que «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo, caso por caso, teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso»⁶⁵.

Pero es que, también en el ámbito urbanístico, sector en el que la propia legislación suele dejar claro cuándo se produce la patrimonialización de los derechos, hay sentencias que explícitamente excluyen la exigencia de derechos consolidados o patrimonializados para aplicar el principio de confianza legítima⁶⁶.

6. Como sexto elemento del supuesto de hecho genérico del principio, se requiere *que quede sorprendida la confianza* de los ciudadanos en la normativa anterior que es modificada o en la actividad administrativa que ahora se pone en tela de juicio.

⁶⁰ STSJE Driessen y otros, de 5 de octubre de 1993 –TJCE 1993\145–, apartado 33, dictada en los asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92. Y SSTS de 15 de noviembre de 1999 (rec. núm. 306/1997, FJ 4.º, letra b) y 22 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 470/2011).

⁶¹ Sentido de la seguridad jurídica según la STC 147/1986, FJ 4.º, letra a.

⁶² Pues incluso gozan de presunción de validez (como nos recuerda J. Huelin Martínez de Velasco en su voto particular a STS 18 de noviembre de 2013, [NFJ052892]).

⁶³ STC 126/1987.

⁶⁴ STC 126/1987, FJ 9.º.

⁶⁵ STC 126/1987, FJ 11.º.

⁶⁶ Es el caso de la SSTS de 20 de mayo de 2014 (recurso de casación núm. 2727/2011); de 1 de febrero de 1982 (RJ 1982\773); de 29 de septiembre de 1980 (RJ 1980\3463); y de 20 de mayo de 1998 (recurso de apelación núm. 94/1992).

Y esto puede ocurrir porque el cambio normativo o la nueva actuación de la Administración vaya contra la fe (confianza) del afectado en que se iban a observar y respetar las normas válidas y vigentes o las situaciones derivadas de la aplicación de las normas válidas y vigentes⁶⁷; o haya imprevisibilidad del cambio normativo⁶⁸; o exista imprevisibilidad del cambio en el modo de aplicación de las normas por la Administración⁶⁹.

7. Un séptimo elemento del supuesto de hecho genérico del principio viene dado porque se pide *que haya generado perjuicio económico o de otro tipo al destinatario el cambio normativo o el criterio aplicativo* de las normas por la Administración o la actividad de la Administración, en general.

*Hay sentencias que dicen que debe tratarse de un perjuicio que el particular no debe soportar*⁷⁰. Pero tal afirmación parece haberse dejado llevar por la inercia del requisito de la responsabilidad patrimonial en general, olvidando que tal requisito no puede ser exigido estrictamente en indemnizaciones por vulneración de la confianza legítima, como asumen las sentencias que no exigen tal cosa o no lo interpretan en sentido que restrinja la indemnización por lesión de la confianza legítima. Y es que, en principio, todo particular tiene el deber legal de soportar un cambio normativo, lo que no se va a admitir después, precisamente por la confianza legítima, que tenga que soportar determinados cambios normativos que han sorprendido su confianza en que se iban a observar y respetar las normas válidas y vigentes o las situaciones derivadas de la aplicación de las normas válidas y vigentes.

Porque, lo mismo que hay sentencias que dicen que la estimación de la vulneración del principio de confianza legítima y su restablecimiento pueden llevar consigo una excepción a la legalidad, por prevalencia de la seguridad jurídica, tras la correspondiente ponderación de ambos⁷¹ debemos concluir que *también puede suponer una excepción al deber legal de soportar el perjuicio*, como ha ocurrido cuando se ha declarado que un incremento de la tasa de juego con un gravamen adicional dentro del mismo ejercicio (siendo el incremento de los tributos el ejemplo más característico de deber legal de soportar un perjuicio) supone una lesión de la confianza legítima.

⁶⁷ Sentido de la seguridad jurídica que recoge la STC 147/1986, FJ 4.º, letra a.

⁶⁸ Infracción del sentido reconocido a la seguridad jurídica por la STC 150/1990, FJ 8.º.

⁶⁹ Infracción del sentido reconocido a la seguridad jurídica por la STC 36/1991 (FJ 5.º, párrafo seis).

⁷⁰ STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009), FJ 3.º, que cita otras: 6/10 (casación 31/2003), 27/4 (recurso de casación núm. 7362/2002) y 15/4 (recurso de casación núm. 2900/2002), todas de 2005. Y, también, las de 16 de mayo de 2000 (recurso de casación núm. 7217/1995) y 17 de febrero de 1999 (recurso de casación núm. 3440/1993).

⁷¹ SSTS de 1 de febrero de 1990, RJ 1990\1258, FJ 2.º, y 22 de mayo de 2013, recurso de casación núm. 470/2011, FJ 7.º, párrafo sexto.

O salvo que la inexistencia del deber legal de soportar el perjuicio se identifique aquí con que su causa no sea imputable al ciudadano, sino al actuar de la Administración⁷², lo que no es muy correcto desde el punto de vista técnico, porque es mezclar el deber legal de soportar el daño con que este sea consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración y haya relación de causalidad entre tal circunstancia y el perjuicio efectivo producido.

8. Como octavo elemento del supuesto de hecho genérico del principio, se invoca que generalmente es necesaria *una ponderación* entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica⁷³ en su sentido de garantía de «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes»⁷⁴.

A lo que podríamos añadir que *la ponderación será igualmente de las exigencias de la legalidad con el principio de buena fe* en la actuación administrativa, en su vertiente de no ir en contra de los actos propios.

Como también se ha destacado *la necesidad de ponderar aquí los intereses en juego*: por un lado, el del ciudadano que confió en la normativa ahora cambiada o de la actividad administrativa ahora puesta en tela de juicio y el interés general *que no sea de una intensidad tal que obligue a darle preeminencia, como ocurre, por ejemplo, con la protección de la salud pública*⁷⁵.

Pero no olvidemos que nuestro Ordenamiento jurídico hace prevalecer en muchos casos la seguridad jurídica sobre la legalidad, como sucede en la prescripción y en la inadmisión de recursos extemporáneos (donde se habla de caducidad del recurso), en los que la ilegalidad queda consagrada por la seguridad jurídica⁷⁶.

9. Y, como noveno elemento del supuesto de hecho genérico del principio, hay que destacar que se ha invocado que es necesario, a su vez, que no se hayan adoptado mecanismos compensadores del impacto sorpresivo de los cambios normativos o del cambio de criterio aplicativo de las normas, cuando ese ha sido el supuesto de hecho, pues se entiende que, entonces, el efecto que se pretende evitar se está asumiendo por la propia nueva norma o nuevo criterio aplicativo y se está cumpliendo con el citado principio de confianza legítima.

⁷² Como hace la STS de 1 de febrero de 1990, RJ 1990\1258, FJ 3.º.

⁷³ SSTS de 1 de febrero de 1990, RJ 1990\1258, FJ 2.º; 23 de febrero de 2000, rec. núm. 2436/1991, FJ 6.º, párrafo primero; y 22 de mayo de 2013, recurso de casación núm. 470/2011, FJ 7.º, párrafo sexto.

⁷⁴ Que recoge la STC 147/1986, FJ 4.º, letra a.

⁷⁵ STSJE Affish, de 17 de julio de 1997 –TJCE 1997\158–, apartado 57, dictada en el asunto C-183/95, y las que en ella se citan; y STS de 22 de mayo de 2013, recurso de casación núm. 470/2011.

⁷⁶ Como nos recuerda J. Huelin Martínez de Velasco en voto particular a la STS 18 de noviembre de 2013 (NFJ052892).

Como mecanismos compensatorios, son mencionados la previsión de periodos transitorios suficientes de mantenimiento de la anterior normativa o del anterior criterio aplicativo de las normas⁷⁷; el establecimiento de indemnizaciones reparadoras del perjuicio generado; u otros distintos (p. ej., no entender incumplido el plazo del recurso que no interpuso en su momento por haber sido alentado a interponer otro distinto).

D) La consecuencia jurídica del principio de confianza legítima, por su parte, puede adoptar diversas manifestaciones.

- a) La anulación de la norma que incorpora el cambio, incluso si tiene rango de ley⁷⁸ o del acto que acoge un nuevo criterio aplicativo⁷⁹ o la conservación de actos que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer⁸⁰.
- b) El reconocimiento de una indemnización⁸¹, que exige precisar previamente si nos encontramos ante situaciones de delimitación del contenido de los derechos por la correspondiente norma (que llevan consigo tal indemnización) o ante supuestos materialmente expropiatorios o supuestos de responsabilidad patrimonial (que conllevan indemnización de diferente carácter), matizando en este segundo caso una u otra naturaleza indemnizatoria.
- c) Otros modos de compensación, como no entender incumplido el plazo de interposición del recurso que no interpuso en su momento por haber sido inducido el ciudadano por la Administración a utilizar una vía impugnatoria inadecuada⁸²; el

⁷⁷ GARCÍA MACHO, R. (1987, pág. 560). En este sentido, OSSENBÜHL, F. (1991, pág. 25) resalta que, en Alemania, el legislador tiene una obligación constitucional, en virtud de los principios de confianza legítima y proporcionalidad, de establecer regulaciones transitorias razonables, con mención de múltiples Sentencias del Tribunal Constitucional Federal en dicha línea (nota al pie 87).

⁷⁸ Ya lo hemos visto atrás, en los casos de las SSTC 173/1996 (FJ 5.º) y 89/2009 (FFJJ 5.º y 6.º), que hemos reseñado en nota al pie.

Y hemos destacado que, aunque no se indica expresamente, se está reconociendo al principio de confianza legítima, por tales anulaciones de normas con rango de ley, el carácter constitucional implícito en el artículo 9.3 de la CE, que consagra el principio de seguridad jurídica.

⁷⁹ Así fallan la STS de 22 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 470/2011, FJ 7.º) y la STS 4 de noviembre de 2013 ([NFJ052680] FJ 2.º).

⁸⁰ STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009), FJ 3.º, penúltimo párrafo, dice que el principio de confianza legítima puede comportar, entre sus efectos, no solo la invalidez de los actos, sino también la conservación de otros que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer.

⁸¹ La STS de 30 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 8016/1995, FJ 8.º) respecto de una Ley de 1991 del Parlamento Balear.

⁸² STS de 18 de junio de 2013, recurso de casación núm. 7028/2009, que invoca las anteriores SSTs de 13 de julio de 2012, recurso de casación núm. 3567/2008, 16 de febrero de 2012, recurso de casación núm. 4524/2009.

aplazamiento de la revisión de la pensión a un momento futuro para facilitar a la persona la adaptación al cambio⁸³; que no pueda oponerse a la adquisición por el apelado de un derecho a edificar⁸⁴; o que no se considere anulada la autorización para que pueda edificarse en la zona de servidumbre de aeropuerto⁸⁵.

E) Podemos obtener, así, una definición del principio basada en la estructura del mismo como síntesis de lo anterior, diciendo que es un principio jurídico en sentido estricto (y no un principio-directriz) con la siguiente estructura.

- a) Su supuesto de hecho genérico viene dado por aquellos casos en los que una actividad del poder público guía clarísimamente en determinada dirección al ciudadano (con normas o con actos) y este toma decisiones basadas en ello, ya sean económicas, ya sean de conducta personal, que después se ven sorprendidas porque el poder público cambia de criterio (cambios normativos del poder legislativo o del poder ejecutivo o cambios de criterio interpretativo o aplicativo de las normas por el poder ejecutivo) o porque dicha actividad del poder público no era conforme con el Ordenamiento jurídico (le indicó una vía impugnatoria inadecuada) y le produjo un perjuicio económico o de otro tipo.
- b) Y su consecuencia jurídica consiste en la compensación mediante la anulación de la norma con rango de ley o reglamentario o la indemnización u otro modo de compensación por lo anterior (como no entender incumplido el plazo del recurso que no interpuso el ciudadano en su momento por haber sido inducido por la Administración a utilizar una vía impugnatoria inadecuada y otros).

IV. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS GRADOS

A) El artículo 9.3 de la CE lo proclama tanto para las normas sancionadoras no favorables, como para las normas restrictivas de derechos individuales.

En relación con las normas sancionadoras no favorables (tanto penales como sancionadoras administrativas), no se han manifestado excesivos problemas interpretativos en la jurisprudencia constitucional. La interpretación más intensa ha girado sobre la retroactividad de las normas

⁸³ Posibilidad que recoge la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán de 28 de octubre de 1959, BVerwGE, 9, 251 y ss. (citada por GARCÍA LUENGO, 2005, pág. 1.951).

⁸⁴ STS de 20 de enero de 1998, recurso de apelación núm. 94/1992, FJ 5.º.

⁸⁵ STS de 20 de enero de 2014, recurso de casación núm. 2727/2011, y las que ella cita.

sancionadoras favorables en relación con dos cuestiones: el tiempo de comisión del delito y la precisión de la entrada en vigor de la norma sancionadora nueva⁸⁶.

B) Donde se han planteado más problemas ha sido con respecto a la retroactividad de las normas *restrictivas de derechos individuales* y de otras que el TC considera que no son restrictivas, pero a las que también cabe aplicar dicho principio (así, en el caso de las normas tributarias), por exigencia, en determinados casos, del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE (emulando al TC alemán, que aplica la irretroactividad desde tal principio) y otros principios que mencionamos *infra*.

Por derechos individuales objeto de las medidas restrictivas, la jurisprudencia del TC ha considerado, en un principio, los *derechos fundamentales del título I de la Constitución*⁸⁷, aunque en sentencias posteriores parece haberlos *extendido a todo tipo de derechos subjetivos*⁸⁸.

Y, en relación con los *reglamentos*, la jurisprudencia del TS, más claramente, ha ampliado el alcance de tal principio *a todo tipo de derechos subjetivos*⁸⁹.

C) Se han distinguido en la jurisprudencia del TC y del TS españoles tres grados de retroactividad, siguiendo el modelo del TC alemán. Este modelo se ha generado sobre un marco constitucional en el que, a diferencia del español, el principio de irretroactividad no se recoge expresamente y con la importación del mismo se ha limitado el alcance de nuestro principio constitucional⁹⁰. Los tres grados son:

- a) El de situaciones nacidas bajo la vigencia de la norma antigua, con efectos empezados a desplegar en el pasado y ya consumados en el pasado, calificada como *retroactividad en sentido propio*. Resalta el TC que *esta es la realmente prohibida* por el artículo 9.3 de la CE⁹¹ y que *solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio*⁹².

⁸⁶ LÓPEZ MENUDO, F. (2010, pág. 159 y ss.). También REBOLLO PUIG, M. y otros, que destacan que las leyes sancionadoras solo podrán ser aplicadas a aquellos hechos ocurridos durante el periodo comprendido entre el momento de su entrada en vigor y el momento de su derogación (2009, pág. 204).

Cuando se ha planteado la cuestión de la cobertura de una ley a la tipificación anterior por vía reglamentaria, se ha excluido tal posibilidad por aplicación rotunda de tal principio. Así en las SSTC 29/1989 y 45/1994.

⁸⁷ SSTC 27/1981, FJ 10.º, párrafo 10 y 6/1983, FJ 3.º, segundo párrafo.

⁸⁸ La STC 42/1986 parece ampliar el radio de acción, al hablar de «limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona». Y han seguido la misma fórmula las SSTC 104/2000 y 131/2001.

⁸⁹ Como nos informa LÓPEZ MENUDO, F. (2002, pág. 96), con invocación de la STS de 8 de noviembre de 1991, rec. núm. 2417/1989.

⁹⁰ GARCÍA LUENGO, J. (2010, pág. 1.178 y ss.).

⁹¹ Así lo afirman contundentemente las SSTC 42/1986 (FJ 3.º) y 97/1990 (FJ 4.º, párrafo sexto) para «incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores».

⁹² STC 126/1987 (FJ 11.º).

- b) El de situaciones recogidas en la norma anterior, con efectos iniciados y consumados en el futuro (la llamada retroactividad de grado mínimo). *Es excluida por el TC y por el TS de la retroactividad en sentido propio*, ya que la norma afecta a efectos de futuro⁹³. Dice nítidamente el TC que el artículo 9.3 de la CE *no prohíbe* «la incidencia de la nueva ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro», pues «sí sería constitucionalmente legítimo una mera proyección hacia el futuro»⁹⁴. Y antes ya había indicado que «la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, *no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*»⁹⁵ y que *la modificación legal restrictiva con efectos ex nunc no quebranta el principio de irretroactividad* del artículo 9.3 de la CE, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución⁹⁶.
- c) Y el de situaciones o relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la norma antigua, con efectos iniciados en el pasado pero aún no concluidos en el presente (la denominada retroactividad de grado medio), respecto de la cual dice el TC que «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso, teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento [...]»⁹⁷, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso»⁹⁸.

Para el caso específico de las normas fiscales, afirma el TC que no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, pero que ello no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, *su legitimidad constitucional*, que *puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, como los principios de capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad*⁹⁹.

Precisamente, en relación con *el principio de seguridad jurídica como límite a la retroactividad en el sector tributario*, ha indicado también el TC que, aun cuando no pueda entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, *sí protege la confianza de los ciudadanos que ajusten su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles*. Y añade que serán, en definitiva, las

⁹³ SSTC 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 391/1998, entre otras muchas.

⁹⁴ STC 97/1990 (FJ 4.º, párrafo sexto).

⁹⁵ STC 42/1986.

⁹⁶ STC 227/1988 (FJ 9.º).

⁹⁷ Se refiere aquí concretamente al Ordenamiento jurídico-tributario.

⁹⁸ STC 126/1987 (FJ 11.º).

⁹⁹ STC 126/1987 (FJ 9.º).

circunstancias específicas que concurren en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad»¹⁰⁰.

D) En el caso particular de las normas reglamentarias, la vulneración del principio en estudio está contemplada, por el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, como determinante de nulidad de pleno derecho.

Pero la jurisprudencia del TS ha pasado de afirmar rotundamente que queda excluida la retroactividad totalmente de la potestad reglamentaria de la Administración¹⁰¹, a excluirla, posteriormente, únicamente (como en el caso de las leyes) en supuestos de situaciones con efectos iniciados y consumados en el pasado, pero no en situaciones que, aunque los efectos se iniciaron antes de la entrada en vigor del nuevo reglamento todavía no se han consumado en el tiempo (o sea, en los casos de la denominada retroactividad intermedia, en los que sí se admite en los términos atrás señalados)¹⁰².

V. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA

Por razones de espacio no vamos a desarrollar aquí el concepto de jurisprudencia y su carácter vinculante tanto para los órganos jurisdiccionales inferiores (con posibilidad, no obstante, de apartamiento de la misma de forma motivada) como para el mismo tribunal que la formuló (en el caso del TS, con carácter general, y en el caso de los tribunales superiores de justicia (TSJ), respecto al Derecho propio de las comunidades autónomas; en el sentido de que el cambio por este de su doctrina es posible, pero debe ser razonable y razonado y con vocación de generalidad y permanencia y no un cambio *ad personam*, para no entender vulnerados los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la tutela judicial efectiva)¹⁰³.

Partimos, pues, como un *datum*, de que la jurisprudencia, la doctrina legal y la doctrina unificada o la doctrina sobre la interpretación de las normas son lo mismo y consisten en un criterio interpretativo y aplicativo de las normas que, con vocación de generalidad y permanencia, esta-

¹⁰⁰ STC 150/1990 (FJ 8.º).

¹⁰¹ SSTS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987\509); 24 de marzo de 1987 (RJ 1987\3806); 13 de febrero de 1989 (RJ 1989\2464, FJ 3.º); y 16 de julio de 1993 (rec. núm. 2592/1991), FJ 4.º.

¹⁰² SSTS de 12 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 35/2011 y recurso contencioso-administrativo núm. 50/2011); 25 de julio de 2013 (recurso contencioso-administrativo núm. 252/2012, FJ 7.º); y 13 de mayo de 2014 (NCJ058213, FJ 7.º), entre otras.

¹⁰³ Pues, en la STC 76/2005, entre otras, se exige que los cambios jurisprudenciales sean conscientes y justificados, con vocación de generalidad suficiente como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado y vulnerador del principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la ley. Como consigna la STC 176/2000, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, no razonado y no razonable constitutivo de resolución *ad personam*.

blece el TS, los TSJ de las comunidades autónomas (exclusivamente en cuanto al Derecho autónomo de estas), el TC, el TEDH y el TJUE¹⁰⁴.

Y, en relación con el controvertido carácter normativo o no de la misma¹⁰⁵, nos decantamos por su afirmación, desde un punto de vista sustantivo, aunque no se le reconozca explícitamente, desde el punto de vista formal.

Recordemos que esto es lo que destacaba H. KELSEN cuando dijo: «Un tribunal de última instancia puede estar facultado [...] para *producir con sus sentencias [...] normas generales*. Así pasa cuando la sentencia judicial [...] se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter [...] puede atribuirse a una sentencia judicial cuando [...] su contenido por una norma general producida por la legislación o la costumbre [...] no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación [...], la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general, funciona el tribunal [...] en forma idéntica al legislador. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone es generalizada»¹⁰⁶.

Y es que este es el resultado al que se llega claramente, si verificamos, analíticamente, si concurren las notas definitorias de las normas jurídicas. Para ello, podemos tomar como ejemplo la jurisprudencia que se produjo, bajo el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992, sobre qué debe entenderse como «intento de notificación debidamente acreditado» a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, del antiguo artículo 58.4 de la Ley 30/1992 (hoy art. 40.4 de la vigente Ley 39/2015), relevante pues a efectos de producción de silencio y caducidad, cuando se ha practicado por medio de correo certificado con acuse de recibo.

En una primera sentencia¹⁰⁷ publicada en el BOE¹⁰⁸, considera el TS que debe entenderse que produce tal efecto el realizado por cualquier medio que cumpla con las exigencias legales del artículo 59.1 de la Ley 30/1992 (por tanto, si es en el domicilio del interesado, la realización de dos intentos de notificación siempre que el segundo se haga en hora distinta, dentro de los tres días siguientes; recogido ahora en el artículo 42.2 de la Ley 39/2015) y si ha sido por correo certificado con acuse de recibo, «*en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar y de ello quede constancia en el expediente*».

Pero, después, en una segunda sentencia¹⁰⁹, dimanante, esta vez, de recurso de casación ordinario, cambia de criterio, sustituyendo «en el momento en que la Administración reciba la de-

¹⁰⁴ Así lo afirma, por ejemplo, RIVERO ORTEGA, R. (2002, pág. 114).

¹⁰⁵ MUÑOZ MACHADO, S. se muestra partidario de tal carácter (2015b, págs. 104, 115 y 116).

¹⁰⁶ KELSEN, H. (1960, pág. 255; 1994, págs. 258-259).

¹⁰⁷ La STS de 17 de noviembre de 2003 (NCJ054348), dictada en interés de ley.

¹⁰⁸ De 5 de enero de 2004 (pág. 187).

¹⁰⁹ La STS de 3 de diciembre de 2013 (recurso núm. 557/2011[NCJ058209]).

volución del envío» por «en la fecha en que se llevó a cabo» el intento de notificación. Y también se publicó en el BOE¹¹⁰, a pesar de no derivar de recurso de casación en interés de ley.

Con dicho criterio interpretativo judicial se precisa algo no recogido en la ley: en qué momento concreto debe entenderse que se ha producido el tal «intento de notificación debidamente acreditado» a los efectos de la duración de los procedimientos.

De modo sintético, podemos decir que la concepción más generalizada en la actualidad de las *normas jurídicas* caracteriza estas por *pertenecer al género normas* (del que las jurídicas serían una especie diferenciada de las normas morales, sociales, religiosas, etc.); por *ser coactivas*; y por estar *institucionalizadas y reconocidas como parte del sistema* por la denominada *regla de reconocimiento*¹¹¹ (normas o conjunto de normas que establecen cuáles otras pertenecen al sistema normativo)¹¹². Como, igualmente, se resalta la cuestión de la *justificación* de las mismas (si deben o no ser seguidas), que nos conduce al ámbito de la conformidad del Derecho con la Moral¹¹³, o a su adecuación a los valores¹¹⁴.

- a) Su pertenecía al género normas significa que pertenecen al ámbito del deber ser y no del ser¹¹⁵. Por otro, implica que son enunciados que tienen una función lingüística directiva, es decir, que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a los que van dirigidas y, en general, se corresponden con las directivas más fuertes, las que se suelen llamar prescripciones¹¹⁶. Y, por otro lado, se resalta que el núcleo normativo viene dado por la caracterización de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas (lo que se califica como su *carácter*); por la acción o acciones afectadas por dicho carácter, o sea, lo prohibido, permitido, etc. (lo que se denomina su *contenido*); y por las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma (lo que se denomina su *condición de aplicación*)¹¹⁷. O, dicho de otro modo, su núcleo supone una correlación entre un caso (una serie de condiciones de aplicación) y una

¹¹⁰ De 10 de enero de 2014 (pág. 1.426).

¹¹¹ HART, H. L. A. (1963, pág. 125 y ss., especialmente, págs. 127 y 136-137; 1994, págs. 100 y ss., especialmente, págs. 101 y 109-110).

¹¹² ATIENZA, M. (1985, pág. 18 y ss.; 2001, pág. 59 y ss.); DEL PÁRAMO, J. R. (1997, pág. 141 y ss.); NAVARRO AZNAR, F. (1999, pág. 111 y ss.); CALVO GARCÍA, M. (2000, pág. 81 y ss.); NINO, C. S. (2003, pág. 101 y ss.); PÉREZ LUÑO, A. E. (2005, 173 y ss.); PRIETO SANCHÍS, L. (2007, 53 y ss.).

¹¹³ ATIENZA, M. (2001, pág. 86).

¹¹⁴ NINO, C. S. (2003, pág. 111).

¹¹⁵ Así ATIENZA, M. (1985, págs. 19-20) invocando a Kelsen, H.

¹¹⁶ ATIENZA, M. (1985, pág. 21; 2001, págs. 62-63).

¹¹⁷ Siguiendo la exposición de WRIGHT, G. H. VON (1970, págs. 87 y ss.).

solución (carácter más contenido)¹¹⁸. O sea, *la correlación entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica*.

Pues bien, si cotejamos con lo anterior el criterio interpretativo jurisprudencial utilizado como ejemplo (el «intento de notificación debidamente acreditado» se entiende realizado «*en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar*» –primera versión– o «*en la fecha en que se llevó a cabo*» –segunda versión–), podemos constatar que pertenece al ámbito del deber ser y no del ser y que posee una función directiva, ya que trata de influir en el comportamiento de aquellos a los que va dirigido. Así, dicho comportamiento puede variar con tal matización, dado que la invocación del silencio o la caducidad por tales destinatarios de la notificación no será igual si se aplica un criterio u otro.

Pero también porque concurre *la correlación entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica*. El «supuesto de hecho» viene dado por lo siguiente: «en aquellos casos en los que se plantea si la Administración ha cumplido con el plazo máximo para resolver y notificar lo resuelto». Y la consecuencia jurídica por esto otro: «se deberá tener en cuenta como día de cómputo final «el momento en que la Administración reciba la devolución del envío de la notificación, por no haberse logrado practicar» (en la primera doctrina legal) y «en la fecha en que se llevó a cabo el intento de notificación» (en la segunda doctrina legal)».

- b) Respecto de la necesaria *coactividad* de las normas jurídicas, también se verifica en el ejemplo citado, pues el cumplimiento del criterio contenido en esa jurisprudencia está respaldado por la fuerza monopolizada en el Estado¹¹⁹. Basta pensar que, en su aplicación por los órganos judiciales a los casos concretos, mediante sentencias singulares, tendrá el respaldo de la ejecución judicial forzosa, ante el incumplimiento voluntario de cualquiera de las partes que no sea la favorecida por dicho criterio en el supuesto dado.

Pero, además, no debe olvidarse que la vulneración de la jurisprudencia por las resoluciones de los órganos judiciales tiene como sanción la casación de las mismas, al estar previsto como motivo de dicho recurso, de un modo u otro, contradecir tal jurisprudencia, como hemos visto atrás¹²⁰.

- c) En cuanto a su carácter *institucionalizado*, no plantea problemas de constatación, pues claramente hay órganos estatales encargados de aplicarla¹²¹: la totalidad de

¹¹⁸ Así, sintetizado en términos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, como dice ATIENZA, M. (1985, págs. 24-25; 2001, págs. 64-67).

¹¹⁹ En esto consiste la coactividad según ATIENZA, M. (1985, págs. 28-32; 2001, págs. 69-71).

¹²⁰ Artículo 477.3 de la LEC 2000. Artículo 88.1 de la Ley 29/1998, en su redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015. Ya destacó OTTO, I. DE (1987) que, si la jurisprudencia no es fuente del Derecho, no es fácil de explicar por qué puede anularse la sentencia que la infrinja.

¹²¹ ATIENZA, M. (1985, pág. 26; 2001, págs. 67-69).

los órganos judiciales de su mismo orden jurisdiccional y los órganos administrativos, en la vía administrativa.

Y lo mismo cabe decir respecto de su reconocimiento por *la denominada regla o norma de reconocimiento* destacada por HART, que se suele invocar, asimismo, como una exigencia del carácter institucionalizado de las normas jurídicas¹²².

Pues, si la regla de reconocimiento se conceptualiza como la práctica o regla social, desplegada por los jueces, funcionarios y ciudadanos, de identificación de las normas propias del sistema jurídico, debe concluirse que la jurisprudencia se entiende como vinculante por el Poder Legislativo, por los órganos judiciales citados, por el Poder Ejecutivo y por el TC.

Por el Poder Legislativo, en las leyes que establecen como motivos de casación la vulneración de los diversas manifestaciones de jurisprudencia atrás descritas (del TS, del TC, del TJUE, del TEDH y de los TSJ, en relación con el Derecho autonómico)¹²³.

Por los propios órganos judiciales, que recogen en muchas de sus resoluciones judiciales el reconocimiento de tal vinculación¹²⁴. Y, en este sentido, algunas sentencias del TS, aunque no asumen expresamente que la jurisprudencia genere normas jurídicas en sentido pleno, invocan una *trascendencia normativa* de la misma¹²⁵.

Y por los órganos del Poder Ejecutivo, que invocan en sus resoluciones tal jurisprudencia, aunque no siempre la aplican o la aplican adecuadamente y, en ello, están sometidos a control judicial.

Aunque, en un sistema como el nuestro, que consta de justicia constitucional no integrada en el Poder Judicial, cobra especial relieve el reconocimiento por el TC. Y, en relación con la cuestión que nos ocupa, tal reconocimiento del valor normativo de la jurisprudencia aparece, por un lado, en la referencia al «*valor normativo com-*

¹²² DEL PÁRAMO, J. R. (1997, pág. 141 y ss.; especialmente pág. 143); NAVARRO AZNAR, F. (1999, pág. 111 y ss.); y NINO C. S. (2003, pág. 101 y ss.).

¹²³ BLASCO GASCÓ, F. (2000, pág. 28) destaca, en principio, que, en nuestro sistema jurídico, el juez solo está sometido al imperio de la ley, de tal modo que la vinculación al precedente no se puede encontrar en este mismo, sino que se debe derivar de las normas jurídicas legales que directamente o indirectamente sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, de los que solo se pueden separar, como en los países del área anglosajona, de manera motivada y razonada. Tales normas jurídicas las podemos hallar en los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica y de igualdad, en cuanto manifestación de la justicia y en preceptos tales como el artículo 1.6 del CC. y artículos 1.692 y 1.718 de la LEC 1881.

¹²⁴ Indica, asimismo, F. BLASCO GASCÓ que no solo deriva la vinculación al precedente de las normas jurídicas legales que directamente o indirectamente sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, sino también de criterios jurisprudenciales tendentes a mantener los pronunciamientos previos (2000, pág. 28).

¹²⁵ Así la SSTS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4472), Cdo. 9; 15 de febrero de 1982 (RJ 1982\689), Cdo. 4; 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4228), Cdo. 3; 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9997), FJ 3.º; 18 de abril de 1995 (rec. núm. 53/1992) FJ 2.º; 7 de marzo de 1998 (recurso de casación núm. 293/1994, FJ 3.º, que hablan no solo de complementar, sino también de remodelar el Ordenamiento.

plementario», que el TC dice derivarse del artículo 1.6 de la CC¹²⁶. Pero, por otro, menos terminológico y más sustancial, por la admisión por el TC de la jurisprudencia para compensar el carácter abierto de términos utilizados por el legislador en materia penal y sancionadora en general, que igualmente ha admitido el TEDH¹²⁷.

- d) Finalmente, como en el resto de normas jurídicas, se plantea el problema de su justificación, de su adecuación a la Moral¹²⁸, de *su conformidad con los valores*¹²⁹.

Lo cual conecta, a su vez, con la explicación de que las normas no solo poseen un aspecto directivo (guiar la conducta de sus destinatarios), sino también un aspecto justificativo (en tanto en cuanto son la expresión de un valor o una serie de valores combinados de cierta forma)¹³⁰.

Y no puede negarse que la jurisprudencia ha de estar sometida a los valores del correspondiente Ordenamiento jurídico, como el resto de las normas del mismo, y que su distanciamiento de tales valores generaría su inconstitucionalidad y, por ende, la anulación por el TC de la correspondiente resolución judicial. Porque, además, en la mayor parte de los casos, tal incompatibilidad se manifestará en la vulneración de los principios constitucionales, traducción normativa de tales valores (el principio de seguridad jurídica, expresión del mismo valor recogido en el preámbulo de la Constitución; el principio de igualdad como expresión del mismo valor, proclamado en el art. 1.1 de la CE; etc.).

- e) Pero a ello debemos añadir el criterio de vocación de vigencia indefinida de una norma hasta que no sea derogada (es decir, sustituida formalmente por otra), como criterio distintivo de los actos generales, que agotan su eficacia con su aplicación a un supuesto específico, que viene utilizando la doctrina científica y la propia jurisprudencia del TS para diferenciar los reglamentos respecto de los actos administrativos generales¹³¹.

¹²⁶ STC 223/1992 (FJ 3.º), después seguido por la STS de 11 de julio de 2000 (recurso de casación núm. 1730/1996, FJ 2.º).

¹²⁷ Sobre ello, FERRERES COMELLA, V. (2002, pág. 153 y ss.). Destaca dicho autor como ejemplo la STC 89/1993, al sostener que las expresiones «elementos terroristas» y «organizaciones terroristas» no eran indeterminadas y, por ello, no contrarias a los principios de tipicidad y taxatividad, porque existía ya jurisprudencia del propio TC y de la jurisdicción ordinaria que permitía una «delimitación suficientemente clara y precisa» de esas expresiones (FJ 3.º).

¹²⁸ ATIENZA, M. (2001, pág. 86).

¹²⁹ NINO, C. S. (2003, pág. 111).

¹³⁰ ATIENZA, M. (2001, pág. 79).

¹³¹ Clarísima y determinante es la STS de 10 de marzo de 1993 (rec. núm. 296/1988, FJ. 2.º), que invoca otras anteriores diciendo lo siguiente: «Según el criterio diferencial entre acto y norma, acogido en nuestra jurisprudencia (así, aparte de las sentencias citadas de nuestra Sección, de 22 enero y 5 de febrero de 1991 [RJ 1991\3172 y RJ 1991\3173], y la asimismo citada de la Sección 4.ª de 14 de noviembre de 1991, las de la antigua Sala 4.ª de 21 de marzo de 1986 [RJ 1986\2321] –F. 4.º–, 19 de mayo de 1987 [RJ 1987\431] –F. 3.º– y de la Sección 2.ª de esta Sala Tercera de 7 de febrero de 1991 –F. 2.º–, entre otras), lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento –acto ordenado– que agota su eficacia en la propia aplicación; o si, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador, que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico, completándolo, y erigiéndose en *pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota en una aplicación, sino*

Pues, precisamente, *lo que distingue a la jurisprudencia en sentido propio o doctrina legal de las simples sentencias judiciales singulares sin carácter jurisprudencial es el carácter de vigencia indefinida de aquella, frente a la mera aplicación de estas al caso concreto, sin perjuicio de que puedan configurar un mero precedente judicial no jurisprudencial, como los actos administrativos pueden determinar un precedente administrativo.*

Así, siguiendo el ejemplo de referencia, la primera jurisprudencia generada en 2003¹³² sobre el momento en que se había entendido hecha la notificación se aplicó una serie sucesiva de veces, con vocación de permanencia, hasta que se sustituyó (se derogó) en 2013, por la nueva jurisprudencia¹³³, que desde entonces se viene aplicando también con vocación de permanencia y carácter indefinido.

De hecho, hay una parte de la jurisprudencia que cumple un papel semejante al de los reglamentos ejecutivos, en tanto que complemento necesario de las leyes en sentido técnico. Y algunos de los criterios interpretativos y aplicativos de las leyes establecidos por la jurisprudencia podrían ser recogidos perfectamente en reglamentos ejecutivos (salvando las distancias, pues estos exigen una habilitación específica, caso por caso). Pero también hay otra parte de la jurisprudencia que se parece más a los reglamentos independientes o a los autónomos, en tanto en cuanto no vienen a completar el contenido de las leyes en sentido técnico, sino a suplir la ausencia de las mismas, operando estas no como algo a ejecutar o complementar (por no existir tales leyes previas), sino como límite a aquella, a la que nunca debería contradecir (salvando también las distancias con estos reglamentos, que se admiten en las materias no reservadas materialmente a la ley en sentido técnico). Porque entendemos que la única que debe excluirse, como inadmisibles, es la jurisprudencia *contra legem*¹³⁴.

Precisamente esta similitud con los reglamentos nos sirve para aclarar la objeción que se hace al carácter normativo de la jurisprudencia basada en que el TS mientras que está totalmente vinculado a la ley, no lo está totalmente a la jurisprudencia, en el sentido de que puede abandonarla¹³⁵. Pues el Poder Ejecutivo también puede abandonar sus reglamentos mediante su derogación o modificación. Pero ello no significa que los reglamentos no tengan carácter normativo y que, como la jurisprudencia, sea vinculante para su autor, mientras no se derogue o modifique. Pues, en el caso de la jurisprudencia, como ya hemos indicado en la cabecera del presente epígrafe, el TS no podrá dejar inaplicada su jurisprudencia en un caso particular, sin motivarlo (y lo mismo los TSJ para el Derecho autonómico), sobre la base de las razones de por qué no es aplicable a ese caso o de que se abandona con carácter general para el futuro o se sustituye por otra,

que permanece, situada en un plano de abstracción, por encima de destinatarios individualizados y en una perspectiva temporal indefinida, como base de una pluralidad indeterminada de cumplimientos futuros».

¹³² STS de 17 de noviembre de 2003 ([NCJ054348], BOE del 4 de mayo de 2004, pág. 187).

¹³³ STS de 3 de diciembre de 2013 ([NCJ058209] BOE del 10 de mayo de 2014, pág. 1.426).

¹³⁴ R. LÓPEZ VILAS distingue en este sentido entre una jurisprudencia *secundum legem*, otra *praeter legem* y otra *contra legem* (2002, pág. 177). La primera es la de ejecución de la ley (que nosotros hemos destacado que presenta similitud con los reglamentos ejecutivos), la segunda la que se produce en espacios huérfanos de ley y la tercera la que entra en contradicción con la propia ley.

¹³⁵ Este argumento es manejado por REQUEJO PAGÉS, J. L. (1990, pág. 238).

ya que, en caso contrario, según la jurisprudencia constitucional, se estaría incurriendo en arbitrariedad por falta de motivación y por discriminación y en lesión de la tutela judicial efectiva¹³⁶.

En el origen de la justificación del carácter normativo de la jurisprudencia se encuentra la constatación de que es imposible que el legislador agote con total compleción la materia que regula y que acote con total precisión todas las cuestiones que pretende acometer, estableciendo normas-regla para todo tipo de supuestos de hecho posibles. Por eso, cobran uno de sus sentidos los principios generales del Derecho¹³⁷ y también se justifican las normas complementarias a las leyes en sentido técnico, tanto las reglamentarias como la jurisprudencia.

Especialmente tiene importancia la jurisprudencia en aquellos casos en los que se exige suficiente precisión normativa, como ocurre en el ámbito penal o sancionador administrativo, pero en el que también se contempla la posibilidad de que tal precisión sea cumplida por una jurisprudencia cierta, concreta y precisa¹³⁸.

Pero, asimismo, en los demás ámbitos, en los que siempre pueden faltar normas-regla reguladoras de determinados casos o estas incluyen lagunas que integrar, para lo cual el Ordenamiento jurídico dispone del mecanismo jurisprudencial; el cual actúa igualmente como vía de aplicación uniforme de principios generales del Derecho, favoreciendo una mayor precisión y certidumbre en la aplicación de los mismos¹³⁹.

Así pues, la previsión del artículo 1.6 del CC, según la cual la jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico, no está reñida con el posible contenido normativo de esta en sentido estricto.

Y, en cualquier caso, cobra pleno sentido que la misma tenga que cumplir con todas las exigencias de la seguridad jurídica, de la confianza legítima y de la irretroactividad proscrita, además de con los requerimientos de otros principios constitucionales tales como el de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, el de igualdad o el de reserva de ley (que impedirá que la jurisprudencia imponga algo más restrictivo o desfavorable que lo establecido en la ley)¹⁴⁰, entre otros, con los que también tendrían que cumplir los reglamentos.

¹³⁶ SSTC 76/2005 y 176/2000, arriba reseñadas.

¹³⁷ TARDÍO PATO, J. A. (2011, págs. 163 y ss. y 325).

¹³⁸ MUÑOZ MACHADO, S. (2015b, pág. 113) se refiere aquí a la jurisprudencia del TEDH que, por un lado, ha afirmado que, en los ámbitos penitenciario, penal y sancionador administrativo, una norma no puede considerarse ley a menos que esté redactada con suficiente precisión (Sentencias Muller y otros v. Suiza, de 24 de mayo de 1988, y las demás que señala), pero, por otro, que por ley no tiene por qué entenderse ley escrita, bastando que exista una jurisprudencia cierta, concreta y precisa sobre la materia o que las determinaciones legales hayan sido suficientemente concretadas o precisadas por la jurisprudencia (Sentencia Sunday Times, de 26 de abril de 1979, y demás que consigna).

¹³⁹ Como ocurre, por ejemplo, en relación con el principio de confianza legítima, en el que la jurisprudencia matiza el contenido de su supuesto de hecho y de su consecuencia jurídica. Nos remitimos a lo atrás expuesto sobre el mismo.

¹⁴⁰ Viene a indicar la STC 99/1985, en su FJ. 4.º, que no pueden aplicarse criterios interpretativos desfavorables para los ciudadanos «por decisiones judiciales no apoyadas en normas legales». La difusión de la proclamación de tal principio fue realizada después por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en su conocido artículo en esta materia (1985). Y, en la juris-

VI. ¿LESIONA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA NO FAVORABLE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS DEL ARTÍCULO 9.3 DE LA CE, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA?

Ya hemos apuntado en la introducción a este estudio, y en ello abundaremos en este epígrafe, que se está aplicando retroactivamente la jurisprudencia y los cambios de esta, aun en casos de impacto desfavorable en las partes, y que ello incurre en contradicción con el grupo de principios vinculados a la seguridad jurídica cuyo contenido hemos expuesto *supra*.

Con el principio de retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos del artículo 9.3 de la CE, pues este debe ser aplicable, consecuentemente, si se admite el carácter normativo de la jurisprudencia en sentido propio o si se afirma que no hace más que aclarar la voluntad de la ley, porque entonces debe seguir las mismas exigencias que esta en cuanto a su retroactividad.

Con el principio de seguridad jurídica, con el que conecta el de irretroactividad citado y amplía el ámbito de este a determinadas normas no consideradas restrictivas en sentido estricto, pero sí desfavorables (como hemos visto atrás que sucede con las tributarias), pues cuando presentaron su demanda o recurso lo hicieron fundados en una jurisprudencia, que después resulta cambiada antes de la sentencia de su caso. Pero también, porque tal principio opera en supuestos de mera aplicación de las normas (como recoge la jurisprudencia arriba citada)¹⁴¹, lo que afecta a la jurisprudencia, en cualquier caso, incluso si no se considera que posea carácter normativo.

Y con el principio de confianza legítima, en tanto en cuanto la antigua jurisprudencia generó en las partes que la invocaron en sus demandas o contestaciones a la demanda una legítima expectativa de que la resolución judicial de su caso aplicase dicha jurisprudencia y no otra distinta, imprevisible en aquel momento para ellas, supuestos en el que se ha afirmado incluso frente a normas con rango de ley.

Desde luego, *quedan fuera y a salvo de una posible retroactividad los supuestos en los que ha recaído cosa juzgada*, es decir, a situaciones jurídicas iniciadas antes del cambio de jurisprudencia y objeto de sentencia judicial firme antes de dicho cambio; cuando además no es susceptible de recurso extraordinario de revisión. La jurisprudencia constitucional sobre la protección de la integridad de las sentencias firmes las deja a salvo¹⁴² y el Auto del TS de 26 de abril de 2012 también¹⁴³.

prudencia del TS, ello aparece recogido en las SSTs de 16 de febrero de 1999 (recurso de casación núm. 5554/1994, FJ 4.º, D, b) y en las sentencias que allí cita. Y, después, en las SSTs de 28 de febrero de 2002 (recurso de casación núm. 2173/1994, FJ 4.º, letra A, párrafo 3); 27 de marzo de 2002 (recurso de casación núm. 8338/1996, FJ 3.º, b, párrafo 7); y 25 de febrero de 2003 (recurso de casación núm. 9679/1998, FJ 5.º, letra D).

¹⁴¹ Pues la STC 36/1991 (FJ 5.º, párrafo seis) denomina «expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál va a ser la actuación del poder en aplicación del Derecho».

¹⁴² SSTC 119/1988, FJ 2.º; 174/1989, FJ 4.º; y 314/1994, FJ 2.º, entre otras.

¹⁴³ Recurso de casación núm. 5583/2011.

Como, asimismo, quedan fuera los supuestos de situaciones cuyos efectos se inician una vez producido el cambio jurisprudencial, pues en realidad aquí no cabe hablar de retroactividad.

Pero, en los demás casos, podemos diferenciar dos grandes grupos de supuestos en los que cabe matizar la aplicación de los referidos principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad. Veamos cuál ha sido la respuesta del TS, del TC y del TEDH y cuáles son nuestras propuestas *de lege lata* al respecto.

A) Casos en los que el Tribunal Supremo cambia de criterio interpretativo sin modificarse la legalidad sobre la que se formuló el anterior criterio; a los que se pueden equiparar aquellos otros casos en los que, aun habiendo cambiado la legislación, pretende aplicarse la nueva doctrina no para hechos producidos tras la entrada en vigor de la nueva legislación, sino incluso para hechos anteriores a esta

- a) Una primera Sentencia del TC, la 95/1993, admitió la retroactividad de una nueva jurisprudencia de efecto desfavorable para el interesado llevada a cabo por la Sala de lo Social del TS y ante un cambio normativo posterior a los hechos (la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980), en la que el TC sigue el argumento de que no es que «el órgano judicial haya optado por la interpretación menos favorecedora del más pleno ejercicio del derecho fundamental, sino que *ha hecho decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice*. Por consiguiente, ha de rechazarse que haya existido violación del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse aplicado una norma que no estaba en vigor en el momento de la reclamación»¹⁴⁴.

Sin embargo, el magistrado C. de la Vega Benayas formuló un voto particular en sentido totalmente contrario y muy lúcido a nuestro entender.

Recuerda que el TC aquí está entrando en contradicción con el criterio que siguió con su jurisprudencia formulada en sus SSTC 130/1992, 131/1992 y 156/1992, en las que vino a declarar que la generada en su Sentencia 185/1990 solo sería *aplicable –eficaz– a los casos posteriores, rigiéndose los anteriores por el criterio rechazado o abandonado por esa resolución*».

Y afirma que «*el cambio de jurisprudencia, en términos generales, solo debe ser prospectivo*. Parece evidente que *atenta contra el derecho al acceso a la jurisdicción el aplicar retroactivamente un presupuesto no existente en el momento en el que se ejercitó el derecho de acción a través de un determinado procedimiento*. Si el actor ejercitó en su momento el derecho de acción en la forma entonces común-

¹⁴⁴ FJ 3.º de la STC 95/1993.

mente aceptada por los Tribunales, no pueden exigírsele en un momento posterior condiciones nuevas que, por desconocidas, nunca pudo satisfacer. Si el plazo de prescripción discutido nunca fue el de un año, todo cambio jurisprudencial en el sentido de fijar en ese tiempo el plazo en cuestión solo puede proyectarse sobre los supuestos de hecho acaecidos con posterioridad al cambio. A estos efectos, *el cambio de jurisprudencia actúa en realidad como un cambio de norma en sentido estricto*, de manera que una mínima exigencia de seguridad –indudablemente ínsita en el derecho mismo a la tutela judicial del art. 24 CE– *obliga a no exigir del recurrente –a los efectos de verificar si ha satisfecho las condiciones necesarias para acceder al proceso– más de lo que este pudo cabalmente cumplir*».

Pero el citado primer pronunciamiento de la mayoría del TC lógicamente ha generado determinada inercia en los posteriores del propio TC y en los del TS.

- b) La Sala de lo Civil del TS asumió dicha línea de tratamiento de la retroactividad en la STS de 11 de diciembre de 1997 (recurso de casación núm. 1791/1994, FJ 1.º), pues dice que «el cambio de criterio jurisprudencial es permitido por la reiterada jurisprudencia del TC, siempre que no sea arbitrario y esté motivado». Añade que ello *«sin exigir nunca que previamente se anuncie, ni limitar sus efectos para el futuro, no para resolver el caso en que se produce el cambio ni los iniciados rigiendo criterio que se modifica»*. Pero esto no lo dicen las SSTC que cita, sino que es un añadido propio. Y finaliza diciendo que «no menos inconsistente es el recurso al principio de no retroactividad, pues el cambio de criterio *no está contenido en ninguna disposición legal, ya que no lo es una sentencia, y el artículo 9.3 de la Constitución abarca a "disposiciones"*».

Y ha sido reiterada en la STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2011 (NCJ055782, FJ 5.º B).

- c) La Sala de lo Penal de nuestro TS se movió inicialmente influida por la citada Sentencia del TC, pero después no ha tenido más remedio que tener en cuenta la Sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013, caso Ríos Prada v. España, en la que dicho tribunal europeo rechaza la aplicación de la denominada doctrina Parot con efectos retroactivos; mostrándose un antes y un después de dicha sentencia.

El criterio anterior a tal sentencia se expresa en la STS 611/2011 de 9 de junio, de la Sección Primera de dicha sala, que cita las anteriores con las que establece continuidad¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Recurso de casación núm. 2561/2010. Se pronuncia en los siguientes términos, en su FJ 2.º, punto 2: «Sobre la aplicabilidad de las nuevas líneas jurisprudenciales a los hechos ocurridos con anterioridad a la modificación interpretativa de los tribunales, esta Sala tiene establecida una consolidada jurisprudencia en la que distingue claramente entre la interpretación retroactiva de la ley desfavorable al reo y la jurisprudencia que presenta las mismas consecuencias desfavorables, no extendiendo a esta la prohibición de aplicación a hechos anteriores que sí rige con respecto a la ley penal».

Y cita como antecedentes las SSTs, Sala de lo Penal, de 11 de mayo de 1994 (rec. núm. 1327/1993); 1179/2001, de 20/7 (recurso de casación núm. 491/2000-P); 801/2010, de 23 de septiembre (recurso de casación núm. 10035/2010);

En tales sentencias, especialmente las aplicativas de la doctrina Parot, se utiliza el argumento de que «*la jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables; se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica*».

Y, además, añade el argumento de que «en cuanto a las objeciones que se apuntan desde la perspectiva del principio de igualdad, el TC tiene declarado que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen tal derecho del artículo 14»¹⁴⁶.

Por el contrario, la STEDH de 21 de octubre de 2013, caso Ríos Prada v. España, refuta la aplicación de una nueva jurisprudencia con efectos retroactivos en casos en los que dicho cambio no era suficiente y razonablemente previsible (concretamente la generada por la STS de 28 de febrero de 2006, creadora de la citada doctrina Parot)¹⁴⁷, como ya lo había hecho en casos anteriores la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁴⁸.

Y el TS adopta, primero, un Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 12 de noviembre de 2013, en el que se asume lo declarado en la STEDH de 21 de octubre de 2013 citada, de manera que el criterio jurisprudencial de la STS de 28 de febrero de 2006 en la que se modificó la jurisprudencia anterior solo sería aplicable a partir de la fecha de dicha sentencia y no a supuestos anteriores al mismo. Y, posterior-

y las sentencias aplicativas de la doctrina Parot: SSTS 197/2006, de 28 de febrero (NCJ053314), 898/2008, de 11 de diciembre (recurso de casación núm. 11329/2008) y 1076/2009, de 29 de octubre (NCJ053377).

¹⁴⁶ Y en este apartado se citan las SSTC 42/1993 y 71/1998.

¹⁴⁷ Aranzadi TEDH\2013\73. El tribunal considera que se había incumplido el artículo 7 del convenio, porque la demandante «no pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia [...] y que el nuevo criterio jurisprudencial sería aplicable a su caso» (punto 130 de la Sentencia, pero también los puntos 60, 115, 117, 118 y 120).

¹⁴⁸ Decisiones de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (órgano intermedio que examinaba las demandas presentadas por los individuos, como filtro del TEDH y, ocasionalmente, efectuaba una labor de mediación entre ellos y los Estados denunciados) de 22 de julio de 1970 y 12 de marzo de 1981 (Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention of Human Rights, volume 3, 1984, págs. 13 y 16, respectivamente).

También la irretroactividad de la jurisprudencia no favorable fue el criterio mantenido por el TS de los Estados Unidos en el caso Bouie v. City of Columbia, 378 US 347 (1964), matizado en la Sentencia Rogers v. Tennessee, 532 US 451 (2001), en el sentido de que la irretroactividad de la jurisprudencia solo es predicable de la que es inesperada. Y, en esta última sentencia, es aquella en la que se produce el tan citado voto particular del juez Scalia de que es absurdo que se permita a los jueces lo que se prohíbe al Legislador.

Sobre ello, con defensa de la irretroactividad de la jurisprudencia FERRERES COMELLA, V. (2002, pág. 190 y ss.) y MUÑOZ MACHADO, S. (2015a, págs. 206-209; 2015b, págs. 115), que resalta que «se estime o no que la jurisprudencia puede crear Derecho [...] la certeza y la previsibilidad del Derecho dependen esencialmente de las posiciones que adopten los tribunales al aplicarlo [...]. Por tanto, la conclusión tiene que ser que la prohibición de retroactividad ha de concebirse como absoluta, se entienda o no que la jurisprudencia crea Derecho» (2015a, pág. 207).

mente, dicta la STS 883/2013, de 14 de noviembre, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal, que aplica el citado acuerdo del TS al asunto enjuiciado¹⁴⁹.

- d) La Sala de lo Contencioso-Administrativo, por el contrario, ha aplicado con efectos retroactivos los cambios jurisprudenciales que ha venido realizando, crudamente, sin paliativo alguno.
1. Así, en su Auto de 10 de noviembre de 2011¹⁵⁰, en relación con el cambio de criterios con respecto al escrito de preparación del recurso de casación¹⁵¹ Y lo justifica en lo siguiente.

Por un lado, destaca que es reiterada la doctrina constitucional que «admite sin reservas el cambio de criterio jurisprudencial, siempre que este no sea arbitrario y esté motivado, sin que quepa pretender de la jurisprudencia un carácter monolítico y estático, puesto que su valor reside precisamente en su dinámica adaptativa y motivada a las nuevas realidades en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, teniendo en cuenta la libertad de apreciación de todo órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (de conformidad con el art. 117.3 CE) y la consecuencia de una diferente concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho de los supuestos sometidos a su decisión».

Añade que el TC viene entendiendo (entre otras, STC 76/2005) que «los cambios jurisprudenciales han de ser conscientes y justificados, con vocación de generalidad suficiente como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado, de modo que, cumpliéndose esos requisi-

¹⁴⁹ Recurso núm. 599/2013.

¹⁵⁰ Recurso núm. 5162/2010.

¹⁵¹ En el Auto de 14 de octubre de 2010 había expuesto sistemáticamente los criterios necesarios para la presentación del escrito de preparación del recurso de casación y, en el Auto de 10 de febrero de 2011 ([NFJ042284] recurso núm. 29Z27/2010), incorpora nuevas exigencias al escrito de preparación del recurso de casación, modificando pues la doctrina jurisprudencial anterior.

Una entidad recurrente presentó en junio de 2010 escrito de preparación de dicho recurso, con base en la interpretación que se venía realizando antes del nuevo Auto de 2011 y dicho escrito fue admitido por el tribunal de la sentencia recurrida. Emplazado para ello, interpuso el recurso de casación ante el TS en septiembre de 2010, o sea también antes del cambio de doctrina por el TS. Y, en marzo de 2011, presentó escrito ante el tribunal recurrido, con comunicación al TS, en el que manifestó que había tenido conocimiento del Auto dictado por el TS el 10 de febrero de 2011 (por el que modificaba su doctrina en cuanto a los requisitos exigibles en el escrito de preparación del recurso de casación) y que solicitaba que tuviera por redactado el escrito de preparación en los términos que seguidamente desarrollaba, interesando la unión del escrito al recurso de casación. Pero, además, presentó otro escrito ante el TS en el que solicitó la aplicación de la doctrina mantenida en la STS de 30 de marzo de 2011, que admitió un recurso de casación preparado contra una sentencia del mismo tribunal requerido, pero sin cumplir con los nuevos requisitos procesales exigidos por el cambio de doctrina del Auto de 10 de febrero de 2011.

Sin embargo, en el citado Auto de 10 de noviembre de 2011, el TS declaró la inadmisión del recurso de casación remitiéndose al Auto del TS de 10 de febrero de 2011, del que transcribió varios de sus fundamentos.

tos, no podría estimarse vulnerado el principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la ley. Efectivamente, el Alto Tribunal considera que los cambios de criterio jurisprudenciales son legítimos cuando son razonados y razonables (STC 29/2005). En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam* (por todas, STC 176/2000). De este modo, los cambios de criterio jurisprudenciales no erosionan los principios constitucionales de igualdad ni de seguridad jurídica. En los mismos términos se ha pronunciado esta Sala 3.^a del TS en numerosas sentencias, por todas ellas STS de 5 de julio de 2002 (recurso de casación núm. 5552/1997) y STS de 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación núm. 5455/1998)».

Recuerda que ha declarado en numerosos pronunciamientos que «el juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante» (por todas, STC 242/1992).

Concluye diciendo que el TS «*puede aplicar la nueva doctrina jurisprudencial a todo supuesto o situación jurídica que tenga ante sí para resolver, tanto las surgidas en el pasado como las que son objeto actual del proceso, con independencia del momento temporal en que se interpuso el recurso.* Es lo que el TC ha entendido como el "mínimo efecto retroactivo". En caso contrario, quedaría petrificada la nueva interpretación jurisprudencial a aquellos escritos de interposición de recursos que fueran presentados debidamente ante los tribunales de justicia a partir del momento del "anuncio" del cambio de criterio, "anuncio" a que no están obligados los órganos jurisdiccionales, tal y como tiene asentada la doctrina constitucional referida».

A lo que añade el argumento de que, «asimismo, hay que tener en cuenta que una resolución judicial que incorpora un cambio de criterio jurisprudencial y cuya eficacia fuese meramente prospectiva sería un mero *obiter dictum*, amén de que se frustraría la finalidad del proceso porque la resolución no afectaría a las partes».

Y culmina lo anterior precisando que «el único límite temporal a que se limitan los cambios de criterio jurisprudenciales, de conformidad con la doctrina del TC, es a las situaciones jurídicas que gozan de la protección de la cosa juzgada, como no podía ser menos como garantía de salvaguardia de la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución Española».

Más adelante, otros autos posteriores reprodujeron el sentido y contenido de dicho auto, para otros supuestos semejantes, en los que el TS siguió im-

poniendo su nueva doctrina con carácter retroactivo aunque fuese desfavorable al recurrente, con el resultado de inadmisión del recurso¹⁵².

2. Pero fue recurrido en amparo, ante el TC, el Auto de 10 de noviembre de 2011 que acabamos de reseñar, por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, al exigírsele algo que no era predecible en el momento de la preparación del recurso, y el mismo fue estimado por la *STC 7/2015*.

La respuesta del TC puede resumirse en lo siguiente: «El TS no dio una respuesta racional adaptada al caso sometido a su enjuiciamiento», por inadmitir el recurso «sin ponderar las circunstancias concurrentes: la diligencia con la que actuó la recurrente, la imposibilidad de cumplir con los requisitos procesales en el momento precedente, la satisfacción de las finalidades del escrito de preparación a través del escrito de adecuación presentado».

Pero a ello añade la apostilla de que «ciertamente, si el demandante no hubiera satisfecho dicha carga procesal, acomodándose al cambio jurisprudencial con la presentación del referido escrito, la conclusión que habríamos alcanzado sería precisamente la contraria, desestimando la invocada vulneración».

Por lo tanto, estima el recurso por la vulneración de la racionalidad exigida por el principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no por vulneración de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de las normas no favorables, en relación con tal derecho.

3. Precisamente, en sentencias posteriores, como la *STC 16/2015* (que resuelve el recurso de amparo frente al Auto del TS de 22 de septiembre de 2011, recurso de casación núm. 310/2011, similar a los anteriores) y la *STC 85/2015* (que resuelve el recurso de amparo frente al Auto del TS de 10 de mayo de 2012), como no se había dado la circunstancia del caso anterior, consistente en que el recurrente trató de cumplir con los nuevos requisitos exigidos por el TS en su nueva doctrina, esta vez el TC desestima los recursos de amparo con los siguientes argumentos¹⁵³.

¹⁵² Es el caso del Auto del TS de 26 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 5583/2011). En este apostilló, además, a lo anterior que «la doctrina que establece el TS con sus resoluciones es aplicable –como no podía ser de otra manera– a todo proceso que tiene ante sí en el momento de su admisión o resolución, con independencia de la fecha en que se presentase o interpusiese el recurso de casación, sin que sea posible el otorgamiento de una suerte de *vacatio iuris* a los nuevos criterios que consagre este Alto Tribunal». Y no solo inadmitió el recurso de casación por no cumplir los nuevos criterios jurisprudenciales alumbrados tras su interposición, sino que condenó en costas al recurrente, con una cantidad tasada de honorarios de letrado.

Otros autos en la misma línea fueron dictados y enjuiciados en amparo por el TC en las sentencias de este que mencionamos en notas a pie ulteriores.

¹⁵³ También, en casos similares, las *SSTC 40/2015*, *70/2015*, *75/201*, y *179/2015*, entre otras.

En primer término, invoca que «el TEDH ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, demanda núm. 20153/2004, caso Unédic contra Francia, § 74), pues la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, demanda núm. 36815/2003, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38)».

En segundo término, dice que «a lo anterior debemos añadir que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al TS español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho "las sentencias no crean la norma", por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law*, en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling*, rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de su excepción por disposición legal que establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la sentencia, como el artículo 100.7 de la LJCA en el recurso de casación en interés de ley)».

En tercer término, recuerda que, en su STC 95/1993, ya subrayó que «la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (FJ 3.º)».

En cuarto lugar, afirma que, «por lo demás, no concurren las excepcionales circunstancias apreciadas en el caso resuelto en la STC 7/2015 [...] en el que la parte, con notoria diligencia, procedió a complementar el escrito de preparación inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial tan pronto como tuvo conocimiento de ello, conducta procesal que el TS no ponderó, lesionando así el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE», pues «en este caso, sin embargo, la parte no procedió del modo expuesto, ni siquiera después de que le fuera notificada la providencia mediante la que el TS abría el trámite de alegaciones sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión derivada del defecto advertido».

Y, finalmente, concluye que «por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y en lo que al presente caso importa [...] el Auto del TS impugnado "lejos de ser una decisión particularizada y adoptada *ad hoc* por el órgano judicial para resolver ese solo caso o para aplicarlo exclu-

sivamente a la persona del recurrente" constituye la plasmación de un criterio jurisprudencial previamente adoptado con carácter general y con vocación de permanencia para resolver todos los supuestos de las mismas características».

- e) A nuestro entender, sorprende que nuestro TC en estas sentencias de 2015, para admitir la aplicación retroactiva del cambio de jurisprudencia del TS, invoque una sentencia del TEDH de 2008 (caso Unédic c. France) en lugar de las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2012 (caso Alimuçaj v. Albania, §150 y §156) y de 21 de octubre de 2013 (caso Ríos Prada v. España, § 93), cuando las de 2012 y 2013 son posteriores en el tiempo, más próximas a la fecha de la sentencia del TC y determinante del cambio de postura de la Sala de lo Penal del TS. Y lo hace además sin mencionar siquiera esas dos sentencias, cuando las mismas son destacadas como aplicables por los magistrados del voto discrepante¹⁵⁴ y sin explicar por qué aplica el criterio de aquella de 2008 y no el de estas de 2012 y 2013, que excluyen la aplicación retroactiva.

Pero todavía es más sorprendente que TC mezcle retroactividad de lo favorable con retroactividad de lo desfavorable. Pues, la STEDH de 2008 (caso Unédic c. France) constituía un caso de aplicación retroactiva de la jurisprudencia más favorable (dado que el cambio jurisprudencial suponía una mejor indemnización del trabajador despedido, que resultaba favorecido por tal modificación jurisprudencial)¹⁵⁵

¹⁵⁴ J. A. XIOL RÍOS, al que se adhiere el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez.

¹⁵⁵ UNÉDIC (Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce) es una asociación responsable del mecanismo de garantía salarial y de la gestión del seguro de desempleo en Francia. La AGS (L'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés) es un organismo patronal basado en la solidaridad interprofesional de los empleadores y financiado por sus cotizaciones. Y la Delegación Unédic AGS tiene encomendada la gestión del régimen de garantía, de tal modo que, cuando una empresa es objeto de lo que en España se denomina procedimiento concursal, dicho organismo paga, a las personas vinculadas por un contrato, todo o parte del salario debido.

En una sentencia de 1998 el TS francés modificó el criterio jurisprudencial que había venido aplicando anteriormente, ampliando los beneficios del sistema de garantía salarial a favor de los trabajadores, pero generando una mayor carga financiera de AGS, que invocó que tal retroactividad era contraria al principio de seguridad jurídica.

Cuando presentó AGS demanda ante el TEDH, el Gobierno francés objetó que AGS se trataba de una «organización gubernamental», por entrar dentro de la categoría de «personas jurídicas que participaban del ejercicio de los poderes públicos o gestionaban un servicio público bajo el control de las autoridades», pero el TEDH rechazó la objeción de admisibilidad, porque consideró que la AGS tenía la condición de persona jurídica de Derecho privado, de asociación sometida exclusivamente al Derecho privado y que, a pesar de participar en una misión de servicio público, no detentaba prerrogativas de poder público. Y porque el régimen estaba financiado primariamente por las cotizaciones patronales y el hecho de que podía estar financiado excepcionalmente por el Estado no cambiaba nada.

Pero al juzgar el fondo, su *ratio decidendi* fue que el cambio jurisprudencial, si bien tendría consecuencias financieras más pesadas para AGS, estarían contenidas en un contexto limitado, mientras que el mantenimiento de la anterior jurisprudencia conducía a graves desigualdades entre asalariados de la misma empresa, de modo que el equilibrio de intereses decantaba la solución de la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial a favor de los asalariados (parágrafos 76 y 77).

La afirmación de que las exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza legítima de los justiciables no consagran derechos adquiridos a una jurisprudencia constante (parágrafo 74) no aparece como razón definitiva del fallo, pues lo que está diciendo exactamente es que tales principios no se oponen al cambio de la jurisprudencia

y las SSTEDH de 2012 (caso Alimuçaj v. Albania) y de 2013 (caso Ríos Prada v. España), casos de rechazo a la aplicación retroactiva de una jurisprudencia más desfavorable, cuando los supuestos enjuiciados por el TC son de aplicación de una jurisprudencia del TS más desfavorable que la anterior para los ciudadanos, en relación con los criterios de admisibilidad del recurso de casación, o sea, supuestos de retroactividad de lo desfavorable.

Y creemos que no es admisible afirmar aquí que, en el caso de la Sentencia de 2008, aunque tal cambio jurisprudencial era favorable para el trabajador despedido, era desfavorable para la entidad aseguradora de las deudas salariales (I'A.G.S. Unédic), pues también cabría decir que, en la sentencia de 2013, el cambio jurisprudencial perjudicial para el recluso era favorable para Instituciones Penitenciarias o para el Estado español o para el conjunto de la sociedad, en tanto en cuanto comportaba mantener en prisión, en lugar de liberar antes de tiempo, a asesinos que tantas vidas humanas habían segado. La perspectiva en ambos casos debe ser la más esencial, centrada en el individuo (en el primer caso, el trabajador y, en el segundo caso, el recluso), pues, si no, va a ser difícil de aislar casos que sean absolutamente favorables, sin perjuicio para nadie o desfavorables, sin beneficio o ventaja para otra parte.

Por lo tanto, podemos afirmar que la jurisprudencia del TC recogida en la STC 16/2015 y concordantes no es conforme al artículo 10 de la CE, por no aplicar debidamente la jurisprudencia del TEDH.

Y es que lo más conforme con el artículo 10 de la CE, por la jurisprudencia del TEDH citada, y con los artículos 1.1 (cláusula del Estado de Derecho) y 9.3 de la CE (principio de seguridad jurídica y la certidumbre y previsibilidad jurídicas que el mismo exige), es que la respuesta del TC hubiese sido similar a la de la Sala de lo Penal del TS, en las resoluciones que se asume lo declarado en la STEDH de 21 de octubre de 2013 (casos Ríos Prada v. España) citada, que rechazó la aplicación de una nueva jurisprudencia con efectos retroactivos en casos en los que dicho cambio no era suficiente y razonablemente previsible (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 12 de noviembre de 2013 y la STS 833/2013, de 14 de noviembre), de manera que el nuevo criterio jurisprudencial solo debería ser aplicable a partir de la fecha de la resolución en la que se incorpora y no a supuestos anteriores al mismo.

Porque, como también destaca el voto particular a las citadas sentencias del TC, «si el cambio de jurisprudencia solo hace decir a la norma lo que esta desde un principio decía, debe concluirse que lo que hubiera estado vedado al legislador, por respeto al principio de seguridad jurídica, también debe estar vedado a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos». O sea, que si está vedada al legislador la retroactividad en tales casos, también lo estará a la jurisprudencia.

(lo cual es una obviedad), pero no está señalando que tales principios no se opongan a la aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial no favorable y no previsible, que es lo que invoca años más tarde en la Sentencia de 21 de octubre de 2013 (caso Ríos Prada v. España).

Además, con la argumentación que recogen los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que imponían su doctrina de modo retroactivo, se está vulnerando la seguridad jurídica y la confianza legítima, pues el recurrente, cuando interpuso su recurso, las únicas normas ciertas que podía tener en cuenta eran los preceptos legales reguladores del recurso de casación y la doctrina jurisprudencial vigente en aquel momento¹⁵⁶, y lo redactó apoyado en los criterios de tal doctrina del TS que existía al tiempo de su redacción y con la confianza de que, al redactarse el recurso con arreglo a tales requisitos, el mismo se admitiría y no puede exigírsele que tenga que haber predicho en aquel momento, como si de un adivino se tratase, qué otros requisitos impondría el TS en el futuro.

Porque, a su vez, como hemos visto atrás al exponer la doctrina del TC y del TS sobre la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, pero también sobre normas desfavorables en general no consideradas estrictamente como restrictivas (caso de las tributarias, por ejemplo), dicha doctrina no impone la retroactividad automáticamente, sino que exige la ponderación en cada caso enjuiciado de principios constitucionales como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (o capacidad económica, en el caso de las normas tributarias); lo que debería suponer que la nueva jurisprudencia solo se aplicase plenamente pro futuro (para los recursos o demandas interpuestos una vez publicada la nueva jurisprudencia e incluso a partir de hechos producidos con posterioridad a la nueva jurisprudencia, aunque los recursos y demandas basados en esos hechos se interpusiesen con posterioridad a la nueva jurisprudencia) y no con efectos retroactivos.

Porque, aunque no se admitiese el carácter normativo de la jurisprudencia, la aplicación retroactiva estaría yendo contra la certidumbre del criterio aplicable en el momento de presentar el recurso y la previsibilidad del criterio a aplicar, exigidas por el principio de seguridad jurídica. Recuérdese que la STC 36/1991¹⁵⁷ destaca como exigencia del principio de seguridad jurídica lo que denomina «expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál va a ser la actuación del poder en aplicación del Derecho», y sobre dicha base afirma la vulneración de tal principio constitucional.

Y, por otro lado, en respuesta al argumento de que con la jurisprudencia no se crea Derecho sino que se aclara cuál es el verdadero sentido de la norma, que debe prevalecer en cualquier caso y por eso debe aplicarse a supuestos incluso anteriores al momento en que ha sido alumbrado ese verdadero espíritu del texto normativo, cabe concluir que entonces el criterio jurisprudencial revisado era erróneo y que dicho error fue provocado por el TS al formularlo.

Por eso, en relación con la jurisprudencia penal, en casos en que no se ha admitido la irretroactividad de la jurisprudencia, se ha invocado y aplicado como elemento excluyente de la culpabilidad el error de prohibición¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Este es en suma el criterio defendido por C. de la Vega Benayas en su voto particular a la STC 95/1993 y el que también defiende BLASCO GASCÓ, F. (2000, págs. 125-126).

¹⁵⁷ FJ 5.º, párrafo seis.

¹⁵⁸ FERRERES COMELLA, V. (2002, pág. 197).

Precisamente, hemos comprobado atrás, al exponer las consecuencias jurídicas del principio de confianza legítima, que existen sentencias del TS que, por aplicación de dicho principio, no han entendido incumplido un requisito procesal (el plazo de interposición del recurso) cuando el ciudadano fue inducido por la Administración a utilizar una vía impugnatoria inadecuada¹⁵⁹. En el caso ahora analizado, se impone la misma solución, porque, si el escrito de interposición del recurso de casación se considera ahora que está mal planteado (siguiendo con el supuesto enjuiciado por las sentencias del TC atrás indicadas), es porque ha sido inducido a error por la doctrina anterior del TS, que es lo mismo que no aplicar la nueva doctrina judicial sobre los requisitos del escrito de preparación del recurso de casación de modo retroactivo, sino solo para el futuro, desde que se ha hecho pública la nueva doctrina¹⁶⁰.

Y, si también hemos verificado *supra* que, en aplicación del principio de confianza legítima, se ha sentenciado la conservación de actos que, de no mediar la confianza legítima, deberían desaparecer¹⁶¹; el reconocimiento de una indemnización, por cambios normativos con rango de ley¹⁶²; y que no solo se han anulado por el TS actos administrativos que acogen un nuevo criterio interpretativo y aplicativo¹⁶³, sino que incluso se han anulado por el TC normas con rango de ley que incorporan cambios contrarios frontalmente a las legítimas expectativas que la anterior legislación había generado¹⁶⁴. Así pues, con mayor razón debería considerarse que la nueva jurisprudencia, sin ser anulada, al menos debería aplicarse solo con carácter prospectivo para casos distintos del supuesto enjuiciado por la sentencia que la incorpora y que, en este, se atenúen las consecuencias perjudiciales para la parte que actuó amparándose en la jurisprudencia revisada.

Un factor especialmente significativo es el clarísimo reconocimiento por la nueva jurisprudencia del *error judicial en que incurrió la jurisprudencia anterior que ahora se modifica* (o si se quiere, *el funcionamiento anormal de la Administración de justicia*)¹⁶⁵, que, aunque difícilmente será considerado indemnizable en aplicación del artículo 121 de la CE y de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985 (que contemplan expresamente la indemnización por error judicial o

¹⁵⁹ STS de 18 de junio de 2013, recurso de casación núm. 7028/2009, que invoca las anteriores SSTS de 13 de julio de 2012, recurso de casación núm. 3567/2008, y 16 de febrero de 2012, recurso de casación núm. 4524/2009.

¹⁶⁰ J. A. XIOL RÍOS argumenta a favor del mismo resultado, aunque con matices distintos, diciendo que la incidencia del cambio de la jurisprudencia en la confianza consolidada debería tenerse en cuenta no para la no aplicación de la nueva jurisprudencia, sino para el reconocimiento de efectos derivados de los actos o conductas correspondientes, como, por ejemplo, en el cumplimiento de los requisitos formales para interponer un recurso o realizar válidamente un acto procesal (2007, pág. 554; 2009, pág. 94).

¹⁶¹ STS de 8 de mayo de 2013 (recurso de casación núm. 5562/2009), FJ 3.º penúltimo párrafo.

¹⁶² STS de 30 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 8016/1995, FJ 8.º).

¹⁶³ SSTs de 22 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 470/2011, FJ 7.º) y de 4 de noviembre de 2013 ([NFJ052680], FJ 2.º).

¹⁶⁴ SSTC 173/1996 (FJ 5.º) y 89/2009 (FFJJ 5.º y 6.º).

¹⁶⁵ Así lo afirma J. A. XIOL RÍOS, que dice que los perjuicios que plantea para los ciudadanos la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial fruto de su cambio se deben no tanto a dicha aplicación inmediata, sino al retraso como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (2007, pág. 554; 2009, pág. 94).

dicho funcionamiento anormal), por el carácter restrictivo de la jurisprudencia sobre el mismo¹⁶⁶, sin embargo sí que podría considerarse resarcible, como consecuencia jurídica del principio de confianza legítima, según hemos visto. Si bien, cabe plantearse aquí, de nuevo, si no es más racional que, en lugar de plantearse la compensación económica, se aplique la nueva jurisprudencia solo con carácter prospectivo, con las matizaciones indicadas, para el proceso concreto en que se alumbra.

Y, por otra parte, deberá quedar excluida, como mínimo, la condena en costas para la parte perjudicada por la nueva jurisprudencia¹⁶⁷, porque, a nuestro entender, constituye claramente un caso de *serias dudas de derecho*, previsto en el artículo 394.1 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y 139.1 de la Ley 29/1998 (redacción dada por la Ley 37/2011), puesto que consigna, precisamente, el segundo párrafo del artículo 394.1 de la citada LEC 2000 que, «para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Pues, ¿cómo se va a negar que en tales casos no hay *serias dudas de derecho*, cuando el mismo TS antes mantenía un criterio interpretativo y ahora lo ha cambiado por otro distinto, al considerar que se había equivocado con su criterio anterior?

B) Casos en los que la nueva jurisprudencia sea la primera en aplicar nuevas previsiones del legislador a hechos posteriores a la entrada en vigor de la nueva legislación y tenga efectos desfavorables para las partes¹⁶⁸

Aquí la jurisprudencia debe estar, en primer término, al resultado de la adecuación de la nueva ley a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, con los requisitos que hemos expuesto arriba.

¹⁶⁶ STS 324/2013, de 16 de mayo (recurso de casación núm. 17/2010), FJ 3.º y las que allí se citan, que requieren que «no solamente que se demuestre el desacierto de la resolución contra la que aquella se dirige, sino que esta sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con arbitrariedad».

¹⁶⁷ Dicha idea también es apuntada por J. A. XIOL RÍOS, sin mayor argumentación (2009, pág. 94).

¹⁶⁸ Con arreglo a la legislación anterior a la Ley 8/2007, era jurisprudencia reiterada que el suelo destinado a sistemas generales (suelo dotacional público que sirviese a más de un sector urbanístico) y que fuese «creador de ciudad» fuese valorado como suelo urbanizable programado, con independencia de que el plan urbanístico lo hubiese clasificado como suelo no urbanizable o no lo hubiese siquiera clasificado.

La nueva Ley del Suelo 8/2007 y el Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/2008 previó que todo suelo que no estuviese en situación real de urbanizado se valorase como suelo rural y se estableció un periodo transitorio, por la disposición transitoria tercera, en virtud de la cual «los terrenos que, a la entrada en vigor de esta Ley, formasen parte del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998».

Antes de llegar el TS a pronunciarse sobre la aplicación del sistema de valoración de la nueva ley a los sistemas generales creadores de ciudad para las fincas expropiadas a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, los propietarios podrían tener esperanza de que el TS aplicase su antigua doctrina a la nueva regulación, pero desde luego no era imprevisible de que el TS cambiase de criterio interpretativo al comenzar a aplicar la nueva ley a expropiaciones realizadas dentro del ámbito de aplicación de dicha ley.

Y, en segundo lugar, se tendrá que acomodar a la retroactividad o irretroactividad de la ley que aplica y, si se cumple con ello, entonces los ciudadanos y sus abogados no podrán llamarse a engaño, puesto que, al presentar su demanda o recurso, pudieron intuir que el TS cambiaría de criterio jurisprudencial, al haberse modificado el sustrato legal de la misma. Tal jurisprudencia debe ser aplicable a los supuestos de hecho producidos dentro del ámbito temporal de la nueva ley y, si dicha ley ha establecido un periodo transitorio, también deberá la jurisprudencia respetar dicho periodo transitorio.

Ahora bien, lo mismo que entraba dentro de lo previsible un cambio de jurisprudencia por aplicación de la nueva ley, también podría entrar dentro de lo posible que el TS siguiese aplicando su doctrina, incluso como una interpretación de los preceptos de la nueva ley de acuerdo con los principios en que sustentaba la anterior¹⁶⁹. Por lo tanto, este es un caso claro de *serias dudas de derecho*, contemplado en el artículo 394.1 de la LEC 2000 y 139.1 de la Ley 29/1998 (redacción dada por la Ley 37/2011), en el que no debería haber condena en costas procesales, habida cuenta de que precisamente dice el segundo párrafo del artículo 394.1 de la LEC 2000 que «para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Pero esto es algo que no se está respetando siempre, poniendo de manifiesto la aleatoriedad de las resoluciones judiciales, contraria a la seguridad jurídica e incluso a su sometimiento a la ley (en este caso, al citado artículo 394.1 de la Ley 1/2000, segundo párrafo)¹⁷⁰.

Bibliografía

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. [2001]: *El sentido del Derecho*, Ariel.

– [1985]: *Introducción al Derecho*, Barcanova.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. [2004]: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.^a ed., Ariel.

BECCARIA, C. [1764-1973]: «Dei delitti e delle pene», *Letteratura italiana Einaudi*, Milano.

BLASCO GASCÓ, F. de P. [2000]: *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch.

¹⁶⁹ En el ejemplo expuesto en la nota al pie anterior, algunos TSJ realizaron una interpretación de la nueva ley conforme al criterio jurisprudencial anterior al considerarlo también aplicable a tal ley, antes de que se pronunciase el TS sobre la aplicación de esos nuevos preceptos. Es el caso de la STSJ de Extremadura 1008/2013, de 26 de septiembre (recurso núm. 749/2010, FFJJ 1.º y 3.º), y de la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 4.ª, núm. 160/2014, de 30 de abril (recurso núm. 318/2013).

¹⁷⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 4.ª, núm. 395/2017, de 6 de marzo (recurso núm. 615/2015), pues condena en costas, a pesar de que, en su anterior sentencia citada (núm. 160/2014, de 30 de abril, recurso núm. 318/2013), aplicaba tal tribunal la antigua doctrina del TS a un supuesto que entraba dentro del ámbito de aplicación temporal de la nueva ley.

- CALVO GARCÍA, M. [2000]: *Teoría del Derecho*, 2.^a ed., Tecnos.
- CASTILLO BLANCO, F. A. [1998]: *La protección de confianza en Derecho Administrativo*, Marcial Pons.
- COKE, E. [1644-1797]: *The fourth part of the Institutes of the laws of England. Concerning the jurisdiction of courts*, London: E. and R. Brooke, Bell-Yard, near Temple Bar. (La 1.^a edición es de 1644. La citamos por la de 1797).
- DICEY, A. V. [1927]: *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8.^a ed. London: McMillan and co.
- FERRERES COMELLA, V. [2002]: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas.
- FIORAVANTI, M. [2007]: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [1985]: «La interdicción del criterio interpretativo contra cives. Sobre las supuestas cargas implícitas de los administrados para hacer valer sus derechos: los límites constitucionales de los Tribunales para la invención de tales cargas. En particular, el caso del derecho a la retasación expropiatoria», *REDA*, núm. 46.
- GARCÍA LUENGO, J. [2010]: «El principio de la protección de la confianza», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, págs. 1.167 y ss.
- [2005]: «Principio de protección de la confianza», en *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, Iustel, págs. 1.942-1.951.
 - [2002]: *El principio de la protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas.
- GARCÍA MACHO, R. [1987]: «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *REDA*, núm. 56.
- HART, H. L. A. [1994]: *The concept of law*. 2.^a ed., with a *postscript* edited by Penelope A. Bulloch and J. Raz, Oxford: Clarendon Press.
- [1963]: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HAYEK, F. [1944]: *The road to serfdom*, Routledge Press.
- IRTI, N. [1992]: «La edad de la descodificación», José María Bosch editor.
- KELSEN, H. [1960]: *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag. *Zweite vollständig und erweiterte Auflage*, Wien. Traducción por R. J. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa-UNAM, 1991
- LARENZ, K. [1980]: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed., Ariel.
- LÓPEZ MENUDO, F. [2010]: «El principio de irretroactividad», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, págs. 141 y ss.
- [2002]: «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *DA*, núms. 263-264.
- LÓPEZ VILAS, R. [2002]: *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas.
- MARSH, N. S. [1961]: «The rule of law as a supra-national concept», en A. G. Guest, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press.
- MONTESQUIEU [1750]: *Défense de l'esprit des lois*, Genève: Barillot, edición electrónica.

- MUÑOZ MACHADO, S. [2015a]: «Los principios de constitucionalidad y legalidad», en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. III, BOE.
- [2015b]: «El Ordenamiento jurídico», en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. IV, BOE.
- NAVARRO AZNAR, F. [1999]: «Teoría de la norma y del Ordenamiento Jurídico», en A. López Moreno y F. Puy Muñoz (coords.), *Manual de Teoría del Derecho* (capítulos VII a XVI), Colex.
- NINO, C. S. [2003]: *Introducción al análisis del Derecho*, 11.ª ed., Ariel.
- OSSENBÜHL, F. [1991]: «Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn», *REDC*, núm. 32.
- OTTO, I. DE [1987]: *Derecho Constitucional*, Ariel.
- PÁRAMO, J. R. DEL [1997]: *Lecciones de Teoría del Derecho*, escritas conjuntamente con J. Betegón, M. Gascón Abellán y L. Prieto Sanchís, McGraw-Hill.
- PÉREZ LUÑO, A. E. [2005]: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 4.ª ed., Tecnos.
- PRIETO SANCHÍS, L. [2007]: *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2.ª ed., Trotta.
- RAMOS VÁZQUEZ, I. [2014]: «La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXIV.
- RAZ, J. [1977]: «The rule of law and its virtue», *Law Quarterly Review*, v. 93.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMJO, A. M.ª [2009]: *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. [1990]: «Juridicidad, precedente y jurisprudencia», *REDC*, núm. 29.
- RIVERO ORTEGA, R. [2002]: «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho», *RAP*, núm. 157.
- TARDÍO PATO, J. A. [2011]: *Los Principios Generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Bosch.
- THOMA, R. [1910]: «Rechtsstaats Idee und Verwaltungsrechtswissenschaft», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 4, págs. 196-218.
- WRIGHT, G. H. VON [1970]: *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción por P. García Ferrero, Tecnos.
- XIOL RÍOS, J. A. [2009]: «Notas sobre la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- [2007]: «La jurisprudencia según distintos paradigmas de la ciencia jurídica», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Madrid: Iustel.