

## ¿Puede ser el cambio de la jurisprudencia una responsabilidad patrimonial del Estado?

**Juan Ramón Fernández Trujillo**

*Departamento Jurídico.  
Ilustre Ayuntamiento de la Villa de Ingenio*

---

### EXTRACTO

La seguridad jurídica es un principio básico en todo Estado social y de derecho. La reinterpretación de una norma con retroactividad supera el equilibrio que ha de operar toda norma con la seguridad jurídica. Esta ruptura debiera traer consigo una responsabilidad patrimonial del Estado.

**Palabras clave:** retroactividad de la jurisprudencia; responsabilidad patrimonial del Estado.

---

*Fecha de entrada: 17-09-2018 / Fecha de aceptación: 17-09-2018*

## Can the change of jurisprudence be a patrimonial responsibility of the State?

Juan Ramón Fernández Trujillo

---

### ABSTRACT

Legal security is a basic principle in every social State and law. The reinterpretation of a norm with retroactivity exceeds the equilibrium that every norm must operate with legal certainty. This rupture should bring with it a patrimonial responsibility of the State.

**Keywords:** retroactivity of jurisprudence; patrimonial responsibility of the State.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Jurisprudencia como fuente del derecho: ¿qué dicen los tribunales a estos efectos?
3. Responsabilidad patrimonial del Estado
  - 3.1. Regulación actual
  - 3.2. Requisitos generales para que opere la responsabilidad patrimonial
4. Crítica a la posición del TS en cuanto a no considerar el cambio de criterio jurisprudencial como una cuestión motivadora de responsabilidad patrimonial
5. Ejemplos de cambios jurisprudenciales susceptibles de ser generadores de responsabilidad patrimonial del Estado
  - 5.1. Umbrales para el despido objetivo o colectivo
  - 5.2. Indefinidos no fijos en las Administraciones públicas
  - 5.3. Indemnización por contratos «temporales». Doctrina Diego Porras I y II del TJUE

Referencias bibliográficas

## NOTA DE REDACCIÓN

### La seguridad jurídica ¿un valor constitucional confiable?

Cerrado ya para edición el sugerente análisis del abogado don Juan Ramón Fernández titulado «¿Puede ser el cambio de la jurisprudencia una responsabilidad patrimonial del Estado?», que incluimos como crónica y crítica de actualidad sociolaboral asociada a una cuestión constitucional, dado el objeto esencialmente monográfico de este número, tuvieron lugar los acontecimientos que tan perplejo ha dejado al mundo jurídico en general, no solo al ámbito contencioso-administrativo. Aunque el bochornoso espectáculo dado por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo es suficientemente conocido por todos, lo sintetizaremos aquí a través del «relato oficial». Esto, en virtud de «la palabra del legislador» que pretendía devolver el orden tras el caos. Como se conoce, el [Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre](#), por el que se modifica el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, cuenta que:

- La «Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus Sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018, de 23 de octubre», anuló el artículo 68.2 del reglamento relativo al referido impuesto. Con ello creó una profunda situación de incertidumbre.
- Pero apenas tres semanas después, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de dicha sala acordó volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto.
- «Esta sucesión de acontecimientos ha generado una situación de inseguridad jurídica (...) que es preciso abordar con carácter inmediato».

No es nuestro interés aquí llamar la atención sobre los muchos defectos que crea esta vía de «autoridad del nuevo príncipe» (Ejecutivo), contribuyendo a promover problemas nuevos de [inseguridad jurídica](#), que obligará a una nueva intervención jurídica correctora, en una cadena sin fin, sino poner de manifiesto dos cosas, al menos. De un lado, qué sucede con quienes se han visto perjudicados por este imprevisible actuar jurisprudencial –al margen de las cuestiones populistas, esto es, partidistas o ideológico-demagógicas–, cuyos derechos e intereses no quedan protegidos con esta norma de autoridad gubernamental, debiéndose esperar al desarrollo que tenga este asunto en otras instancias judiciales, nacionales –Tribunal Constitucional– e internacionales –Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos–. De otro, que en la realidad jurídica, estas situaciones, aunque con menor dramatismo, claro, están a la orden del día, también en el orden sociolaboral de la jurisdicción, y cabe preguntarse qué hacer desde el Estado constitucional de derecho. Pues bien, la brillante –y valiente– aportación de un abogado de reconocida competencia, como es don Juan Ramón Fernández, ofrece algunas vías para tomarse en serio el problema.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende abordar las consecuencias de los cambios de criterios jurisprudenciales en cuanto a la reinterpretación de las normas jurídicas y su conexión con la propia seguridad jurídica. Para ello, hemos de partir de que la norma fundamental establece unos principios constitucionales básicos para cualquier convivencia, como son el principio de legalidad, es decir, que debe existir una norma que autorice o desautorice determinadas pautas de comportamiento, dejando claro lo que está o no permitido, que además esta ley deba ser conocida por todos o, cuando menos, se ponga a disposición de que pueda ser conocida por todos los ciudadanos; en definitiva, lo que se podría denominar como la seguridad jurídica, la cual es aquella cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es el derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente, será en el futuro. La seguridad jurídica, como apunta Pérez (1991), «establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de derecho y [prohíbe] la arbitrariedad de los poderes públicos».

Con este propósito pretendo analizar varios aspectos que inciden en ello, tales como si la jurisprudencia ha de ser tomada como fuente del derecho, así como la responsabilidad patrimonial del Estado, sus requisitos y su encaje en la actuación del Tribunal Supremo (TS) cuando reinterpreta las normas, exponiéndose en último lugar tres supuestos especialmente controvertidos en los que la oscilación jurisprudencial ha sido plena y de la que también ha participado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

## 2. JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO: ¿QUÉ DICEN LOS TRIBUNALES A ESTOS EFECTOS?

A diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, donde el juez cuenta con una especial importancia en lo que a creación de derecho se refiere, las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y en especial las del propio TS carecen de efectos reconocidos *erga omnes*, pues en nuestro derecho lo que opera es que se resuelve el contenido de un litigio concreto y, derivado de ello, solo sería aplicable al caso que se somete a deliberación, sin que el hecho de que se resuelva de una concreta manera signifique que la misma pueda servir para resolver otro problema distinto, dado que, necesariamente, este nuevo proceso tendrá su propio planteamiento y sus propios condicionantes fácticos y jurídicos. Pese a todo esto, como indica Moliner (2009):

(...) En la actualidad, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva de la Constitución (art. 24), dicha fuerza vinculante se extiende al propio Tribunal que dictó la sentencia, en cuanto que solo podrá modificar en una sentencia posterior la interpretación y aplicación normativa que en ella haya hecho, fundado en una motivación que justifique la separación de aquel precedente y siempre que se trate de casos idénticos (TCo 268/2005; 54/2006, entre otras), pues si no se produce tal identidad cualquier Tribunal está muy claro que puede salirse de sus propios precedentes como se recoge en aquella doctrina constitucional (TCo 2/2007; 147/2007).

Moliner (2009), magistrado del TS, destaca la importancia de la interpretación de las normas y el impacto de esta actuación sobre la convivencia de los ciudadanos, señalándose a estos efectos que la jurisprudencia *stricto sensu* ha sido tomada como referencia para declarar una responsabilidad patrimonial del Estado versus error judicial. Es decir, este operador jurídico pone de manifiesto que desviarse de los criterios jurisprudenciales precedentes y existentes pudiera ser considerado como un error judicial y, consecuentemente, merecedor de una compensación por tal actuación. En concreto, se señala:

Esta mayor fuerza pretendida se ha aplicado por la propia Sala 3.<sup>a</sup> en algún supuesto para declarar como error judicial a los efectos de la responsabilidad prevista para los errores judiciales en la Ley orgánica del Poder Judicial (art. 292) una sentencia que se apartaba frontalmente de la doctrina mantenida por dicha Sala en una previa sentencia dictada en interés de ley (TS Sala 3.<sup>a</sup> 18-1-05, rec. 8/2003), en la que se entendió que esa desviación respecto de aquel precedente anterior debía por eso solo considerarse error craso evidente e injustificado (14), fundándose en que la sentencia en interés de ley está basada en una exigencia de seguridad jurídica que todos los Tribunales deben respetar.

También en relación con ello, y salvando las distancias cabe recordar cómo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera también erróneas a efectos indemnizatorios las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo o equivalente de cada Estado Comunitario cuando infringen la doctrina emanada de dicho Tribunal, como puede apreciarse en TJCE 3-9-03, Köbler, asunto C-C 224/01; 13-6-06, Traghetti del Mediterráneo/Italia, asunto C-C 173/03.

De alguna forma, vemos como la realidad social ha operado un cambio disfuncional para aquellas sentencias reiteradas y consideradas como propiamente jurisprudencia, asumiendo fuerza vinculante frente a terceros y con carácter general o *erga omnes*.

No podemos pasar por alto que para que una resolución judicial tenga la condición de jurisprudencia ha de reunir una serie de requisitos que la adornan de un plus de importancia para la sociedad en su conjunto, por lo que, para que tenga acceso al recurso de casación de unificación de doctrina, no basta exclusivamente que exista un gravamen legitimador, sino que ha de atender

a un interés general superior y público, que es el que habilita o se conoce como «de interés casacional», vinculándose por tanto a la seguridad jurídica.

Aunque pudiera parecer que un cambio de criterio jurisprudencial pudiera colisionar de forma frontal con el principio de seguridad jurídica, el Alto Tribunal, en una reciente sentencia, ha venido a negar quiebra alguna de la seguridad jurídica en este tipo de cambios. Así se pone de manifiesto en la [Sentencia de la Sala 4.ª del TS de 6 de abril de 2017 \(rec. 3566/2015\)](#), argumentándose que no se vulnera la tutela judicial efectiva (art. 24), y tampoco se infringe el principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 de la [Constitución española](#), por el hecho de que se modifique la doctrina de la Sala 4.ª y haya que resolver un caso con arreglo a la doctrina vigente cuando se decide el mismo, señalando el contenido de una sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (TEDH) por la que las exigencias del principio 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, caso Unedic contra Francia](#)), y que la evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes. El Alto Tribunal no dio acogida a las pretensiones, tanto de la empresa como del propio Ministerio Fiscal, que apelaban a la seguridad jurídica.

Esta postura del TS, amparándose en resoluciones del TEDH, colisiona frontalmente con otra jurisprudencia comunitaria europea que recoge algunas excepciones para aplicar el carácter retroactivo de determinada jurisprudencia. Así tenemos, a título de ejemplo, la que reproduce el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de junio de 2015 (rec. 27/2015), reiterada en el Auto de la misma Audiencia de 16 de noviembre de 2015 (rec. 124/2015), en los que se había planteado la cuestión:

A propósito de este problema de la eficacia retroactiva de la jurisprudencia, si quiera a efectos dialécticos, debemos recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «por consideraciones imperiosas de seguridad jurídica» y a «título excepcional» permite que la solución nueva sea aplicada solo a los recursos presentados después de la fecha de la sentencia y a las situaciones y actos jurídicos posteriores (TJCE, 22 de marzo de 1961, SNUPAT/Alta Autoridad 42/59 y 49/59, también las que afectan el Reino de España de 14 de marzo de 2013 [asunto C-415/11] y 17 de julio de 2014 [asunto C-169/14] relativas a la protección de deudores en procedimientos de ejecución y, sobre todo, por afectar a materia tributaria, la sentencia de 27 de febrero de 2014 [asunto C -82-12]). También el artículo 231 del Tratado de la Unión y los arts. 260 y 267 TFUE consagran esta facultad.

Quien fuera presidente de la Sala 1.ª del TS y en la actualidad magistrado del Tribunal Constitucional (TC), Xiol Ríos, vino a considerar en una de sus muchas obras (2010, p. 94) que un cambio jurisprudencial vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica y conforme a esta situación es generador de discriminación entre unos y otros supuestos, quebrando la confianza legítima que los ciudadanos hemos de tener sobre las actuaciones de nuestros administradores.

La postura de este magistrado se ha visto reflejada en un voto particular, que sumó dos apoyos más, tal como se recoge en la [Sentencia del TC 7/2015](#), viniendo a indicar las consecuencias de aplicar un cambio de criterio jurídico a una situación producida en el marco de una interpretación sentada con anterioridad. Por tanto, pese a ser una posición minoritaria, no es nada descabellada y es igualmente motivada, aplicar la tesis de los que defendemos que un cambio de jurisprudencia ha de ser merecedor de compensación a las partes afectadas por parte del Estado.

Parece inadmisibile que aquello que está vetado al legislador y en general a los «poderes públicos» (art. 9.3 [CE](#)) se permitiera a los intérpretores de la ley.

Como se puede observar, la aplicación de la retroactividad de la jurisprudencia ha sido muy analizada por la doctrina, sumándose a ella el trabajo de la abogada del Estado doña Belén Triana Reyes (2016).

Quizás en España el profesor que más haya analizado esta especial problemática sea el catedrático de derecho civil don Francisco de P. Blasco Gascó, que ha tenido acogida mediante varias publicaciones entre las que señalo la que venía a analizar la Sentencia del TS de 11 de septiembre de 2009, en lo que se refiere a la eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial (Blasco, 2009).

El TS, en defensa de sus argumentos, sacrifica —a criterio de quien suscribe—, el principio de seguridad jurídica desde el punto de vista de la retroactividad, por la necesidad de independencia judicial y evolución jurídica atendiendo a la nueva realidad. Sin embargo, este sacrificio, a mi juicio, no debiera ser soportado por los administrados y, de producirse tal situación, debiera ser resarcido por los poderes públicos, como parte del Estado que son, pues ellos son poder judicial. Hemos de incidir en que la redacción de la norma es la misma *ab initio*, luego lo que se cambia es su interpretación, ya que lo que se enjuicia con posterioridad es la conducta de unos ciudadanos que habían adoptado una posición en función de lo que decía la norma en aquel momento, no debiendo afectar a estos una interpretación posterior conforme a una realidad distinta al momento en el que se adoptó. Esta quiebra del principio de seguridad jurídica sería mínima y asumible por parte de la sociedad sin ningún problema, si la resolución de los pleitos no se dilatara en el tiempo, haciendo que se adopten multitud de negocios jurídicos conforme a una interpretación que, con el paso de los años, luego se modifica, produciendo un perjuicio en el que nada han tenido que ver y, por ende, no debieran soportar sus consecuencias.

### 3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

#### 3.1. REGULACIÓN ACTUAL

Es preciso iniciar la descripción de este concepto señalando que el Estado como ente jurídico abstracto comprende los distintos poderes que lo componen: legislativo, ejecutivo y judicial.

De entrada, es preciso indicar que esta responsabilidad parte del mandato constitucional que el legislador constituyente estableció en su artículo 106 en conexión estrecha con el 103 de la norma fundamental.

Fruto de todo ello, tenemos dos normas que son las que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado. Por un lado, la [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, y, por otro, la [Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio](#), del Poder Judicial, norma esta última que no comprende el cambio de criterio jurisprudencial como presupuesto necesario para acceder a una compensación.

Sin embargo, vemos que la filosofía del legislador siempre ha sido instaurar el derecho a ser resarcido por aquellos daños que los ciudadanos no tengan la obligación de soportar, sin que ello lo sea por deficiente funcionamiento, sino que también abarca los del funcionamiento normal; en definitiva, estaríamos en el caso de una responsabilidad objetiva siempre que no exista el deber de soportar estas consecuencias por parte del administrado o administrada y la actuación no pudiera ser imputada al propio ciudadano.

Hemos de realizar una lectura diferenciada para el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado versus poder judicial. Así lo ha querido también el legislador, pues es la [Ley orgánica del Poder Judicial](#) la que ha venido a regular esta situación dentro del título V. La explicación de esta responsabilidad patrimonial del Estado-juez que delimita, por un lado, el error judicial y, por el otro, el propio funcionamiento del servicio. Esta definición la podemos extraer de la [Sentencia del TS de 7 de diciembre de 2011 \(rec. 4847/2010\)](#), que excluye la posibilidad de indemnización por funcionamiento normal de la Administración judicial, limitándose únicamente a considerar error judicial a la desatención explícita del órgano juzgador por un lado o, en su caso, por una mala aplicación del derecho, llegando incluso a utilizar «(...) o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial (...)».

### 3.2. REQUISITOS GENERALES PARA QUE OPERE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Como cuestión inicial hemos de partir de que por lesión debe entenderse un daño antijurídico, es decir, un daño que el particular no está obligado a soportar. En todo caso, estos estarán obligados a soportar un daño cuando existan causas de justificación expresamente previstas en la ley que les impongan esta obligación de tolerarlos. Dicho lo cual, es de especial relevancia que se dé la circunstancia de que tiene que existir un nexo de causalidad entre el daño originado y el funcionamiento del servicio público; en definitiva, lo que se denominaría la causa → efecto.

De modo general se podría afirmar, de forma resumida, que las consecuencias indemnizables han de reunir las siguientes características:

- Ha de ser efectivo el daño.
- Ha de ser individualizada.
- Ha de afectar a bienes o derechos, materiales o morales, quedando excluidas las meras expectativas.
- Ha de ser evaluable económicamente.

#### 4. CRÍTICA A LA POSICIÓN DEL TS EN CUANTO A NO CONSIDERAR EL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL COMO UNA CUESTIÓN MOTIVADORA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El Estado es el encargado de administrar las herramientas de la convivencia diaria; por tanto, también es un sujeto de derechos y obligaciones, sometido al derecho, con el que lleva a cabo la materialización de determinados objetivos interactuando para ello con otros sujetos. Conforme a ello, el propio Estado como ente abstracto, pero dotado de personalidad jurídica, forma parte de las relaciones jurídicas, desempeñando un papel fundamental en la vida diaria, bien creando leyes, llevando a cabo acciones o, incluso, revisando e interpretando las acciones de los otros dos poderes, aplicando el respectivo criterio interpretador de cada norma.

Todo ello nos lleva a poder defender afirmaciones como que la responsabilidad de las Administraciones públicas, en un sentido amplio, solo ha llegado a consagrarse después de años de esfuerzo para vencer la resistencia de los poderes públicos a perder su inmunidad; la responsabilidad del Estado legislador (esto antes de la reforma, lo cual confirma esta evolución) y del Estado juzgador todavía están en un proceso de afirmación (González, 2004, p. 54).

Hasta ahora, un argumento de peso para hacer responder al Estado en su vertiente legisladora, antes de la reforma, era el principio de igualdad y el deber de soportar las consecuencias sobre unos pocos.

En este sentido, mi criterio es que esto es igualmente extrapolable a todas las facetas del Estado, tanto en la parte legislativa como ejecutiva y también en la judicial que, no obviemos, juega un papel fundamental en el complemento interpretativo de toda norma y, por tanto, es como si de un «*pack* completo» se tratara, pues hasta que no sea analizada por este último poder, difícilmente pudiera tener todas las garantías interpretativas y jurídicas de cada una de las normas producidas por cualquiera de los otros dos.

Traído todo ello al caso que pretende analizar este trabajo, es evidente que la similitud es absoluta, y además en este último caso, el Poder Judicial es señalado como susceptible de causar perjuicio a los ciudadanos hasta en dos artículos de la propia CE, en concreto, los artículos 106 y 121.

Conviene recordar que la propia jurisprudencia en la década de los ochenta introdujo elementos de innovación para atribuir responsabilidad patrimonial al Estado pese a su falta de re-

gulación en el derecho positivo. Un ejemplo lo tenemos en la Sentencia de 19 de diciembre de 1989, cuyo ponente fue Sanz Bayón.

Pues bien, pese a estas afirmaciones, hasta nuestros días, los tribunales no han entendido que un cambio jurisprudencial no es un presupuesto justificativo para considerar las consecuencias de la misma merecedoras de reparación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado. Para ellos, como quiera que su trabajo interpretativo siempre es con posterioridad a la entrada en vigor, ha de prevalecer la independencia judicial y la labor interpretativa conforme a la realidad social en cada momento, como principio básico e inspirador de todo el ordenamiento jurídico. Su argumento principal es que su interpretación siempre ha estado en la norma desde sus inicios, cosa que tiene una respuesta concreta, sobre todo en aquellos casos en los que hay cambio de criterio y dicha norma ya había sido analizada previamente, pues es obvio que no le puede atribuir una interpretación desde su inicio, cuando con anterioridad se había dicho otra cosa. En estos supuestos, cede la seguridad jurídica frente a la independencia interpretativa de los órganos jurisdiccionales. A este respecto, no se comparte el postulado, porque la quiebra de la seguridad jurídica habría que conectarla con el tiempo que transcurre entre el negocio jurídico y la decisión que luego se adopte.

En tal sentido hemos de indicar que los propios magistrados del TS traspasan la línea física de lo expresado por el legislador cuando interpretan las normas para cubrir las lagunas jurídicas. Es de especial importancia la regulación que el constituyente formuló respecto de indemnizar a los particulares por daños que no han de soportar. Derecho que viene como anillo al dedo para que, en una interpretación extensiva y teleológica, deba tener acogida la responsabilidad patrimonial del Estado (versus Poder Judicial) en los cambios de criterios jurisprudenciales, salvaguardándose así la propia independencia judicial pero, eso sí, no a costa de los particulares.

Es por ello que hemos de traer a colación un pasaje de lo expresado por el propio TS en la Sentencia de 29 de septiembre de 2000 (rec. 49/1998), cuyo ponente fue el magistrado Xiol Ríos, en su FJ 4.º, segundo párrafo:

Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar.

La relación de la decisión judicial y la quiebra de la seguridad jurídica han de conjugarse de tal manera que se afecte lo menos posible a los ciudadanos, conjunción esta que debe estar relacionada íntimamente con la responsabilidad patrimonial del Estado, considerando que hemos de tener en cuenta aspectos como los que a continuación se pasa a detallar:

- La jurisprudencia es creada, conforme a la realidad social en cada momento, por el Poder Judicial, lo cual conlleva que también es Estado y, por ende, también su-

- jeto a la responsabilidad patrimonial. No se trata de que sea responsable por error judicial, sino que este cambio jurisprudencial tiene unos efectos sobre los administrados que tampoco ellos han de soportar, pues sus actuaciones y conductas, en el momento de adoptarlas, estaban amparadas en la seguridad jurídica de las decisiones escudadas por quienes tenían y debían interpretar la norma. Hemos de tener en cuenta que la responsabilidad patrimonial también nace por el propio funcionamiento normal de sus servicios, siendo este el mismo caso.
- La responsabilidad patrimonial se sostiene sobre la base de que el daño o perjuicio producido al administrado o administrada no tenga la obligación de soportarlo, bien porque así se haya decretado legalmente o bien por su falta de diligencia. El cambio de criterio jurisprudencial lo que hace es reinterpretar una norma cuya literalidad del texto no ha sufrido ningún cambio, luego es la actuación humana, conforme a su sana crítica y máximas de experiencia, la que produce una novación interpretativa en la normativa.
  - Irretroactividad de las normas menos favorables. El artículo 9.3 de la CE vincula a todo el ordenamiento jurídico. Aquí tenemos que señalar que, sobre todo cuando la interpretación afecta a particulares, siempre va a tener efectos negativos para una de las partes, no pudiendo tener encaje, en lo que se refiere a la jurisdicción social, de ser más beneficiosa para los intereses de los trabajadores en aplicación del principio *in dubio pro* trabajador o, en su caso, en el orden civil, en materia de consumidores y usuarios, señalándose a estos efectos, en la propia sentencia del TS respecto de las cláusulas suelo, que en una primera etapa fija la irretroactividad de sus decisiones, respecto del periodo a reclamar sobre los intereses, cuestión que luego fue enmendada por el TJUE, que entendía que debía operar la retroactividad. Luego, como se ve, hay ejemplos para todos los gustos.
  - La jurisprudencia forma parte de la norma en su función complementaria o finalista, dando sentido e interpretando la misma. Si bien esta no es creadora de derecho *stricto sensu*, su función de complemento la hace partícipe de la norma originaria o principal y, por ende, también debiera estar sujeta a esta irretroactividad. Soy consciente de que esto no casaría bien o simplemente colisiona directamente con la independencia judicial y la posibilidad de cambio interpretativo, ya que las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social en cada momento. Sin embargo, hay una importante diferencia en los supuestos de cambios de criterios jurisprudenciales, pues, cuando se llevó a cabo el negocio jurídico, era conforme a derecho. Así tenemos que una nueva reinterpretación con carácter retroactivo no cumple con el principio de publicidad de cualquier normativa, por el que nadie puede ser sancionado sin que al momento de actuar no existiera norma que lo prohibiera. Esto se entendería fácilmente si lo lleváramos al ámbito penal, pues nadie en su sano juicio podría entender que las normas penales se interpreten de forma más restrictiva para los reos y por tanto se haga una interpretación diferente de la precedente, salvo para mejorar su situación, aplicando el principio *in dubio pro reo*.

- La responsabilidad patrimonial del Estado no se basa en que el tribunal haya cometido error alguno, sino en una reinterpretación de la norma que, sumado al retraso en la solución del litigio, hacen la combinación perfecta para producir un daño que no debe ser soportado por el tercero. Es precisamente este retraso, unido al cambio jurisprudencial que pone en situaciones fuera del derecho a actuaciones humanas tomadas en una realidad diferente de la que se vive en el momento de resolver el conflicto, la que ampara y, por ende, tiene cobijo legal en la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que el retraso hace quebrar la seguridad jurídica. Fíjese que la seguridad jurídica es precisamente lo que uno prevé que pueda ocurrir o, incluso, lo que se espera, luego si esto lo ponemos en relación con el funcionamiento normal o anormal de los servicios, es lo que uno espera que ocurra. En otras palabras y a modo de ejemplo, para una mejor visualización de lo que se defiende, si transitamos por una calle y nos encontramos con un obstáculo no previsible y conforme a esto no señalizado, que nosotros no podamos salvar, se incurre en responsabilidad patrimonial, pues es un daño que no estamos obligados a soportar.

Es más que evidente que en muchas ocasiones el TS ha ido más allá de lo que dice la norma interpretando cuál era la finalidad del legislador. Pues bien, es meridianamente claro que el Poder Legislativo ha creado un marco jurídico para proteger a los ciudadanos e indemnizarlos cuando se les produce un daño que no es de fuerza mayor y que no está amparado en los avances tecnológicos; luego, si se produce un cambio de criterio, en lo que a jurisprudencia se refiere, del tribunal atendiendo a una reinterpretación del derecho, esta situación debiera ser igualmente incardinada como un funcionamiento normal de la justicia pues se está actuando como Administración de Justicia y como parte del Estado.

Todo ello, con el agravante de que la norma ya había sido interpretada con anterioridad y, pese a no existir ningún cambio en la norma primaria y entre las conexas, se reinterpreta en un sentido distinto. En términos coloquiales a juicio de quien suscribe, una responsabilidad patrimonial del Estado «de libro».

El derecho ha de estar revestido de un importante componente de «sentido común», el cual se incumple si enjuicamos a los sujetos en función de conductas que, al momento de producirse, fueron adoptadas conforme a la norma preexistente y la interpretación que de ellas se había hecho, formando parte esta interpretación como complemento de la norma primaria. El argumento esgrimido por los defensores de la retroactividad es que la interpretación de una norma en cada momento es la que debe tenerse por la propia desde el inicio mismo de la norma, al margen de los vaivenes jurisprudenciales. Nótese que esto *a priori* no casa con la retroactividad o irretroactividad de las normas, sino que lo que se plantea es sobre aquellas normas que ya han sido interpretadas; luego, en estos supuestos, estamos ante una reinterpretación de las normas, o lo que es lo mismo, lo que el TS llama cambio de criterio jurisprudencial. En estos casos es donde, a juicio del que suscribe, hay que mantener un equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesidad de que se pueda reinterpretar la norma conforme a la realidad social en cada momento, debiéndose combinar todo ello con el propio sentido común, del que ha de estar revestida toda decisión jurídica.

Si acudimos a la [Ley de 16 de diciembre de 1954](#), sobre expropiación forzosa, actualmente vigente, ya vemos que entre la fundamentación o motivación de la misma el propio legislador, dentro del quinto párrafo, del primero de los apartados, establece una línea divisoria en cuanto a que «nadie podrá –dice– ser expropiado, sino por causa de utilidad pública o de interés social (...)», lo cual hay que poner en relación con el artículo primero de dicha norma, que determina «(...) se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan (...)».

Pero es más, la propia [Ley de expropiación forzosa](#) solo faculta al Estado, provincias y municipios, debiéndose entender dentro del Estado también al Poder Judicial; en este caso, los jueces. Luego, precisamente, los efectos de un cambio de jurisprudencia es privar de unos derechos que en aplicación de la seguridad jurídica se encontraban ya en el patrimonio de los ciudadanos, de ahí que podamos hablar como si de una expropiación se tratara, pues no podemos pasar por alto que la base de la expropiación se fundamenta en:

(...) La lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público (la reinterpretación basada conforme a la realidad social en cada momento), no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado (...). (Penúltimo párrafo del apartado I de la exposición de motivos de la [Ley de expropiación forzosa](#)).

Políticos, jueces, abogados, economistas, empresarios y colectivos sociales en general aluden como valor fundamental de todo Estado de derecho a la seguridad jurídica como un valor agregado para la captación de inversiones y un marco seguro de convivencia ciudadana, para lo cual basta con hacer alguna incursión, aunque sea somera, en las redes sociales, no pareciendo que una reinterpretación normativa pueda o deba quebrar este principio tan básico. Así, tenemos reflexiones que incluso algunas asociaciones profesionales de jueces y magistrados han volcado en la red, como la de Francisco de Vitoria en un vídeo colgado en Twitter el 17 de agosto de 2018, en el que vienen a defender su gestión como garantes del Estado de derecho, señalando que ellos también forman parte del Estado, sobre unas imágenes del Congreso de los Diputados reclamando mayores medios. Por su parte, otra de las grandes asociaciones profesionales de la judicatura, Jueces para la Democracia, viene a poner de manifiesto la necesidad de «[I]a eliminación de estereotipos de la justicia [como] paso crucial para garantizar la justicia y la igualdad (...)»; argumentos todos ellos que pueden ser invocados para la irretroactividad en la reinterpretación de las normas que quiebra toda la seguridad jurídica del propio sistema, lo cual nos llevaría a articular vías indemnizatorias o que el cambio de criterio no pueda ser con carácter retroactivo.

Hasta ahora, la mayoría de los magistrados del TS no ha dado cobijo a este tipo de pretensiones, animando desde estas líneas a los operadores jurídicos a proponer la irretroactividad de los cambios de criterios jurisprudenciales, cosa que más pronto que tarde conseguiremos que sea aceptada por dichos jueces como una muestra más de su total independencia, aunque, todo sea

dicho de paso, en este caso, los jueces tienen cierto atisbo de ser parte, porque afecta a sus propias decisiones, siendo una cuestión que han de abordar con el sigilo y profesionalidad que se les presume como funcionarios públicos que también son. En tal sentido, hemos de reseñar importantes voces autorizadas como la Abogacía del Estado o incluso el Ministerio Fiscal, que abogan por la irretroactividad de la jurisprudencia. En otro orden de cosas, también instamos a los muchos compañeros abogados que hay entre las distintas fuerzas políticas con representación en la Cámara Baja para que puedan abordar esta cuestión, lo cual zanjaría de raíz la quiebra de la seguridad jurídica.

Y es que el sacrificio del principio de seguridad jurídica debe ser entendido como un deber que no ha de soportar el perjudicado y, conforme a este escenario, sería tanto como una expropiación de aquellos derechos que legítimamente le había dado el sistema y frente al que actuó en el momento en el que se celebró el negocio jurídico. En tal sentido, hemos de precisar algunas resoluciones judiciales del propio TJUE sobre los altos tribunales de otros Estados en los que no solo recrimina la falta de aplicación de la doctrina comunitaria, citándose a título de ejemplo la de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, *Ferreira da Silva*, y también la de 5 de diciembre de 2017, asunto *Taricco II C-42/2017*<sup>1</sup>; el primero de ellos, referido al Estado portugués y el segundo de ellos, respecto del tribunal italiano.

## 5. EJEMPLOS DE CAMBIOS JURISPRUDENCIALES SUSCEPTIBLES DE SER GENERADORES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Solo citar algunos de los ejemplos de supuestos acaecidos en los últimos años, tomándose como ejemplo la jurisdicción social, sobre todo tras la irrupción de los pronunciamientos del TJUE, de los que hay que decir que la norma interpretada no ha estado sometida a ningún cambio en su redacción literal inicial:

### 5.1. UMBRALES PARA EL DESPIDO OBJETIVO O COLECTIVO

El 18 de marzo de 2009, el TS dicta la [sentencia](#) en unificación de doctrina para resolver el recurso 1878/2008, proveniente de una sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Tenerife, siendo su ponente el magistrado del TS Ilmo. Sr. don Jordi Agustí Julia. De entrada, hemos de indicar que la instancia declaró los despidos nulos, siendo luego revocada por la propia Sala y confirmada esta última por la [sentencia referenciada del TS](#).

---

<sup>1</sup> Datos aportados por el catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y director de esta revista don Cristóbal Molina Navarrete.

En aquel supuesto, lo que se dilucidaba, tal como se establece en el fundamento de derecho de la precitada sentencia, sobre unos despidos efectuados en el ámbito de la empresa Sociedad de Distribución Comercial Aeroportuaria de Canarias, SL (Canariensis), era:

(...) el criterio para el cómputo del número de trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, es decir, si debe acudirse al total de trabajadores que integran la empresa (unidad de cómputo a la que remite el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores), o solo a los del centro de trabajo afectado (unidad de cómputo utilizada por la Directiva Comunitaria 98/59).

El tribunal en aquel entonces vino a entender que el criterio para el cómputo de los despidos colectivos debía ser, como citaba la propia normativa del Estatuto de los Trabajadores, el de la empresa, pues, en sus propias palabras, «(...) se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados (...)», luego, en principio, según ellos mismos, no había lugar a dudas de lo allí establecido.

Pues bien, frente a esta tesis que durante muchos años vino coexistiendo en el ordenamiento jurídico (desde el año 2009 al 2016), entendiendo que el cómputo para considerar despido colectivo era el de la empresa tal como decía la propia normativa española desde su promulgación y también conforme a la directiva comunitaria del año 1998, el propio TS, en [Sentencia de 17 de octubre de 2016](#), resolviendo el recurso 36/2016, bajo la ponencia del Ilmo Sr. don Sebastián Moralo Gallego, cambia su criterio y ahora señala como referencia el centro de trabajo y no el de empresa, y ello, pese a los argumentos expuestos por la propia empleadora e incluso por la Fiscalía, aludiendo a la seguridad jurídica.

De acuerdo con el tercer párrafo del FJ 1.º, se observa que la igualdad entre uno y otro caso, en lo que a los umbrales se refiere, es absoluta:

La cuestión litigiosa consiste en determinar si la actuación empresarial en litigio constituye un despido colectivo por superar el número de extinciones de contratos de trabajo los umbrales previstos en el art. 51.1.º ET, en función de cuál haya de ser la unidad de referencia que deba ser considerada a tal efecto, si la empresa en su conjunto o el específico y único centro de trabajo que se ha visto afectado, o si, por el contrario, se trataba de distintos despidos individuales.

Habida cuenta de que el tribunal es conocedor de su propia jurisprudencia, hace un importante esfuerzo para justificarse, señalando que la nueva sentencia es un complemento de la de [marzo de 2009](#).

Ni que decir tiene que esta misma situación se daba en marzo de 2009, pues también ello podía o debía operar para los trabajadores de Canariensis.

Por otra parte, sorprende la afirmación que se hace, pues, salvo error del autor de este trabajo, el artículo 51.1 no ha tenido ninguna modificación desde su establecimiento, tal como antes se indicaba, luego es materialmente imposible que se haya hecho una transposición de la [Directiva 98/59/CE](#). Y ello tiene mucho de lógica, porque, si se entendía que el artículo 51.1 mejoraba lo dispuesto por la directiva comunitaria, no era necesaria su modificación. A este respecto, es conveniente precisar que la directiva no es de aplicación directa a los Estados, sino que son recomendaciones que se han de transponer al derecho interno de cada Estado. Así lo apunta también el propio fiscal, cuyos argumentos se recogen en la propia [sentencia de octubre de 2016](#) en el fundamento de derecho cuarto, en el penúltimo párrafo.

Es igual de llamativo lo reflejado en esta [sentencia](#) bajo el fundamento de derecho octavo, apartado dos, segundo párrafo, pues, a criterio de quien suscribe, dice una cosa y la contraria:

(...) Si bien es verdad que, en el caso de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 20, y Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 108), no es menos cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que esta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, apartado 26, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 47).

Es decir, se afirma la imposibilidad de exigir la aplicación entre particulares de las directivas no transpuestas y acto seguido se establece que sí son de aplicación para las autoridades, en este caso, los jueces, para resolver los conflictos que se les plantean. A mi entender, no se podría acudir a utilizar normas que no son de aplicación directa a los ciudadanos *inter partes*, porque ello viciaría todo el procedimiento y, además, alteraría las propias reglas de juego.

Y esta aplicación de los efectos de la directiva no transpuesta habría que ponerla en relación con lo resuelto en la sentencia dictada por el [TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 732/2017, de 31 de octubre \(rec. 184/2017\)](#). Dicha resolución judicial niega la aplicación directa de una directiva no transpuesta; por tanto, el efecto vertical de las directivas no puede generar nunca ninguna obligación frente al Estado. Así, un Estado miembro no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone una directiva no transpuesta, como tampoco puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone su legislación interna cuando tales obligaciones debieron haberse eliminado en virtud de la directiva no transpuesta.

Luego, entre los efectos verticales y horizontales, no se encuentra el de aplicar una norma comunitaria entre negocios jurídicos entre particulares, pues ello atentaría de forma muy grave a la seguridad jurídica. No podemos pasar por alto que la directiva no ha tenido entrada en el derecho interno. A esta misma conclusión llega Pacheco (2008).

Cuestión que, de ser esta la tesis correcta, echa por tierra el planteamiento del Alto Tribunal, pues no olvidemos que el TS nos ha venido a decir que están vinculados, dada su condición de autoridad. Luego, como se ve, la inseguridad jurídica se eleva a sus máximos exponentes.

Conforme a esto, se puede apreciar una vía generadora de responsabilidad patrimonial del Estado-juez. Error en la aplicación de la directiva cuya legitimación correspondería a la parte demandada y, como consecuencia de la falta de transposición al derecho interno, obtendría legitimación la parte actora que hubiera visto cercenado su derecho por tal falta.

En cualquier caso, la posición adoptada por el tribunal da mayor verosimilitud a la idea fuerza de que el Poder Judicial tiene una especial connotación de Administración pública y, por ende, predicable igualmente de cuantos requisitos se han venido estableciendo para responder de sus actos a través de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado.

## 5.2. INDEFINIDOS NO FIJOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Otro punto controvertido en el que la doctrina del TS ha venido oscilando como si de un péndulo se tratara es todo lo referente a la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos del personal laboral de las Administraciones públicas, afectando sus decisiones no solo a las cuantías indemnizatorias diferenciadas según han sido los periodos, sino que se hayan producido cambios normativos a este respecto, sino también a los procedimientos a los que se debía acudir para realizar tales amortizaciones; cuestión esta última de la que pudiera compartirse en algo que ha existido un cambio normativo, aunque solo fuera de pasada y, por ende, como se diría en términos coloquiales: «se acepta pulpo como animal de compañía».

Conforme a este escenario previo, se pueden distribuir en tres fases las distintas posiciones mantenidas por el Alto Tribunal (Beltrán, 2017):

- Primera fase. Construcción jurisprudencial de la figura de los indefinidos no fijos, que luego el legislador introdujo en el propio [Estatuto Básico del Empleado Público](#), considerando que este colectivo, en cuanto a su naturaleza jurídica, estaba sometido a condición o término.
- Segunda fase. Cambio de criterio jurisprudencial a raíz de la [Sentencia del TS de 24 de junio de 2014 \(rec. 217/2013\)](#), calificándolos como trabajadores temporales.
- Tercera fase. [Sentencia del TS de 28 de marzo de 2017 \(rec. 1664/2015\)](#), otorgándoles la calificación de «no temporales».

Es de especial importancia para el asunto que pretende analizar este trabajo que, en la primera fase antes descrita, los empleados públicos considerados indefinidos no fijos no obtenían ningún tipo de indemnización ni era necesario acudir a ningún procedimiento para su extinción como consecuencia de la cobertura o amortización de la plaza por los procedimientos legales, por lo que con una simple modificación en la plantilla o relación de puestos de trabajo, o bien con la propia convocatoria de la plaza, era más que suficiente, sin que en ningún caso se tuviera que tener en cuenta el umbral de afectados en relación con la plantilla de la Administración.

Dentro de esta primera fase hemos de señalar que la [Sentencia del TS de 22 de julio de 2013 \(rec. 1380/2012\)](#) analiza igualmente las distintas directivas comunitarias de aplicación, tales como la [1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999](#), sin que se considerara, en aquel momento, discriminatorio la diferencia indemnizatoria establecida para un contrato temporal y no para estos supuestos de indefinidos no fijos.

Como segundo punto de partida, se ha de acentuar el cambio jurisprudencial respecto de indemnizar a este mismo colectivo, hecho este que se produce con el pronunciamiento judicial que se hace con la [Sentencia de 24 de junio de 2014 \(rec. 217/2013\)](#). Incluso, el propio TS aplica «de oficio» dicha indemnización, situación esta que tampoco fue pacífica porque hubo otros casos en los que no lo reconoció. Así, se ha de citar, entre las sentencias que instauran este nuevo criterio, las de [31 de marzo de 2015 \(rec. 2156/2014\)](#) y [6 de octubre de 2015 \(rec. 2592/2014\)](#), entre algunas otras. Por otra parte, tenemos estas otras que no vinieron a reconocer ningún tipo de indemnización: [Sentencias de 19 de mayo y 21 de julio de 2015 \(recs. 2552/2014 y 2672/2014\)](#), respectivamente).

En aquella [sentencia de 2014](#), el TS aprovecha la introducción que el legislador hace de la disposición adicional vigésima en el [Estatuto de los Trabajadores de 1995](#), que no regula nada respecto de cuantías indemnizatorias, sino de preferencia de cara a extinciones en el ámbito del sector público para que, en su interpretación, se debiera acudir a los procedimientos establecidos para las extinciones conforme a lo establecido en los artículos 51 y 52 de aquel texto legal y, acto seguido, reconocer el derecho a la indemnización correspondiente, otorgándose así 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades.

En último lugar, del cambio pendular en el que nos encontramos, corresponde ahora analizar la [Sentencia del TS de 28 de marzo de 2017 \(rec. 1664/2015\)](#), recogiendo dentro del fundamento de derecho tercero, apartado cuarto, lo siguiente:

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP),

aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y solo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

[El [Estatuto Básico del Empleado Público](#) es del año 2007 y las sentencias anteriores son del 2014].

Segunda. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

[La normativa que se cita es anterior al 2014].

Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo– obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1 b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por

cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

La conclusión es que el cambio de criterio no obedece a una modificación normativa, sino al parecer propio, como seres humanos que también son, del TS, o lo que sería su «sana crítica».

Dentro de este apartado, merece la pena también llamar la atención sobre lo resuelto por el TS en su [Sentencia de 15 de noviembre de 2017 \(rec. 440/2015\)](#), declarando nulos los despidos, al no seguirse el procedimiento establecido para las extinciones producidas en el Ayuntamiento de Los Barrios con fecha de 31 de enero de 2012, es decir, 10 días antes de que entrase a operar el cambio normativo que luego es interpretado por el tribunal para considerar que las amortizaciones en las Administraciones públicas han de seguir el procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, en esta nueva sentencia se llega a afirmar que el cambio de criterio, respecto del procedimiento que hay que seguir para las extinciones por amortizaciones en las Administraciones públicas, no es como consecuencia de la reforma laboral de febrero de 2012:

(...) la modificación del Estatuto de los Trabajadores que se llevó a cabo en el RDL 3/2012 al incluir la nueva disp. adicional 20.<sup>a</sup> y las referencias específicas a la forma de llevar a cabo despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, no incidía en la realidad de que las extinciones de contratos de trabajo por parte de las Administraciones Públicas no podían basarse en la pura amortización de la plaza, sino que al terminar la relación de trabajo fuera del marco de las causas previstas para que esa extinción fuese lícita, tendrían que canalizarse a través del art. 51 ET cuando se superasen los umbrales establecidos en dicho precepto y justificarse las causas legalmente previstas.

En última instancia, hemos de citar la respuesta del TS frente a los argumentos alusivos a la seguridad jurídica alegados por el ayuntamiento recurrente, amparándose en pronunciamientos del TEDH:

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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, caso Unédic contra Francia, § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta 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, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

La STC 72/2015, de 14 abril (que resuelve un caso similar al de la STC 7/2015) pone de relieve que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo 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 la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo 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» (STC 95/1993, de 22 de marzo).

Dicho abiertamente: no existe la vulneración de principios y valores constitucionales que el Ayuntamiento de Los Barrios reprocha a nuestra sentencia. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que ha hecho la STS de 9 de marzo es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

### 5.3. INDEMNIZACIÓN POR CONTRATOS «TEMPORALES». DOCTRINA DIEGO PORRAS I Y II DEL TJUE

Pero si, con todo lo ya analizado, no tuviéramos suficiente, este hecho se vuelve a reproducir con las resoluciones del propio TJUE, como es el caso de la tan común y conocida polémica sobre las indemnizaciones a la finalización de los contratos temporales. No me voy a detener en analizar uno y otro supuesto, pues ya hay trabajos publicados que estudian con más detalle todos los entresijos de los mismos (*vid.* Molina, 2018), pero a los efectos de que el lector pueda seguir visualizando esta problemática, sí cabe decir que en la primera de las sentencias de la saga Diego Porras se vino a otorgar el derecho a ser indemnizada a la trabajadora doña Ana de Diego Porras, frente a su reclamación contra el Ministerio de Defensa ([Sentencia de 14 de septiembre de 2016](#)), de la que se han derramado litros y litros de tinta. Pues bien, el Alto Tribunal europeo, en Sentencias de 5 de junio de 2018 (asuntos [C-677/16](#) y [C-574/16](#)), resolviendo también dos cuestiones prejudiciales; la primera de ellas, planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, tratando el asunto Lucía Montero contra la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, y la segunda, por parte del TSJ de Galicia en el asunto del Grupo Norte Facility, SA y Ángel Manuel Moreira Gómez

sobre un contrato de relevo, se desdice de lo dicho anteriormente, reinterpretando la norma, y lo que consideraba discriminatorio y, por ende, contrario a la normativa comunitaria, ahora no lo es. Sentencias de 5 de junio de 2018 que han venido a desdecir, que no corregir, sus anteriores pronunciamientos, porque en ningún momento se reconoce formalmente el error. En tal sentido, se ha de precisar que durante todo este periodo no se ha producido ningún cambio legislativo y las normas internas y comunitarias analizadas tienen su misma redacción desde el inicio. Ni que decir tiene que la aplicación del anterior criterio trajo consigo innumerables sentencias de los tribunales españoles otorgando un derecho a los trabajadores que en aplicación de este nuevo criterio no correspondía.

Parece cuando menos obvio que la interpretación normativa en uno y otro caso no ha sido la misma, luego se conculca en alguno de los dos casos el artículo 20 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), pues literalmente se recoge: «Todas las personas son iguales ante la Ley», que a su vez habría que ponerlo en relación con el artículo 52 del mismo cuerpo legal, que asume tales derechos como un mínimo, para el que su incumplimiento ha de venir facultado por una ley expresa. Carta de los Derechos Fundamentales que vincula de forma directa no solo al TJUE, sino también a los propios tribunales internos de los Estados, pues así se recoge en el artículo 6 del [Tratado de la Unión Europea](#), el cual fue suscrito por los Estados miembros. Así, tenemos que, si la ley es interpretada en los casos citados en este apartado, conlleva a una clara desigualdad de trato, lo que además ha de ser puesto en relación con otro principio básico, cual es el de la seguridad jurídica o confianza legítima que hemos de tener en nuestras normas y en los interpretadores de la misma como complemento de esta.

Y hemos de concluir este trabajo lanzando una pregunta para la que aún hoy nuestro ordenamiento jurídico no ha dado respuesta: ¿quién asume las consecuencias de estos cambios jurisprudenciales? Habría que ver la cara de los asesores que, en aplicación de la jurisprudencia que en el momento de adoptar la decisión, aconsejaron al empleador y marcaron el camino que seguir, cuando finalmente las reglas de juego se cambian años después. O a aquellos otros juristas que aconsejaron a los trabajadores no reclamar porque el criterio era otro. ¿No es este un supuesto, quizás de libro, del funcionamiento normal del Estado versus Poder Judicial?

Los operadores jurídicos tenemos que hacer llegar estos planteamientos al TS y, también, cómo no, al propio TJUE para que, más pronto que tarde, puedan cambiar su criterio de tal forma que se le dé cobijo a la indemnización correspondiente o promover, en su caso, dos alternativas; la primera de ellas, la irretroactividad como posición aceptada por el TS y el TJUE para los supuestos de cambios de criterios jurisprudenciales y, como segunda cuestión, una reforma legislativa en el Código Civil estableciendo la irretroactividad de la jurisprudencia de aquellas normas ya interpretadas previamente, al objeto de evitar que las arcas públicas deban hacer frente a las indemnizaciones a los particulares, en aplicación de principios como el de eficacia y eficiencia que promulga nuestro legislador para el funcionamiento de todas las Administraciones públicas.

---

## Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2017). Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción. *Iuslabor*, 3, 160-190.
- Blasco Gascó, F. P. (2009). Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2009. En M. Yzquierdo Tolsada (Coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Vol. 3, pp. 829-880). Madrid: Dykinson.
- González Pérez, J. (2004). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Molina Navarrete, C. (2018). [La indemnización extintiva de los interinos \(y demás temporales\): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin? \(Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos \(C-677/16\) y Grupo Norte Facility \(C-574/16\). RTSS.CEF, 424, 158-174.](#)
- Moliner Tamborero, G. (2009). Valor y efectos de las sentencias de casación. Referencia especial a las sentencias de unificación. *Actum Social*, 31.
- Pacheco Gallardo, M. (2008). Proceso de transposición de directivas. <[www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)> (01-01-2008). Recuperado de <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4343-proceso-de-transposicion-de-directivas/>> (consultado el 17 de septiembre de 2018).
- Pérez Luño, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Triana Reyes, B. (2016). En favor de la eliminación del efecto retroactivo del cambio jurisprudencial en supuestos en que da lugar a consecuencias injustas: tres casos recientes. *Diario La Ley*, 8842.
- Xiol Ríos, J. A. y Ferreres Comella, V. (2010). *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.