

# CAMBIO NORMATIVO, RETROACTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ  
Universidad de Valladolid

## *Cómo citar/Citation*

Laguna de Paz, J. C. (2024).  
Cambio normativo, retroactividad y responsabilidad patrimonial de la Administración.  
*Revista de Administración Pública*, 225, 69-102.  
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.225.03>

## **Resumen**

El principio de seguridad jurídica reclama la mayor estabilidad posible del ordenamiento jurídico, pero no puede impedir el cambio normativo. Con todo, una mejor técnica legislativa facilitaría una mayor estabilidad de las normas. La Constitución prohíbe la retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, cuyo alcance debe ser precisado. En todo caso, no deben considerarse retroactivas las normas que solo se aplican hacia el futuro, aunque incidan en relaciones o situaciones jurídicas nacidas en el pasado. La cuestión es cuándo el cambio normativo lesiona derechos consolidados y situaciones jurídicas protegidas, lo que debe ser decidido en cada caso. El cambio normativo puede dar lugar a daños antijurídicos, lo que desencadenaría la correspondiente responsabilidad extracontractual de la Administración.

## **Palabras clave**

Seguridad jurídica; estabilidad normativa; retroactividad; derechos consolidados; responsabilidad extracontractual.

**Abstract**

The principle of legal certainty calls for the greatest possible stability of the legal system, but it cannot prevent regulatory change. Better legislative technique would facilitate greater stability of the legislation. The Constitution prohibits the retroactivity of rules restricting individual rights, the scope of which must be specified. In any case, rules that only apply to the future should not be considered retroactive, even if they affect legal relations or situations that arose in the past. The point is when the change in the law affects established rights and protected legal situations, which must be decided on a case-by-case basis. The regulatory change may give rise to unlawful damage, which would trigger the corresponding non-contractual liability of the administration.

**Keywords**

Legal certainty; regulatory stability; retroactivity; vested rights; non-contractual liability.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. SEGURIDAD JURÍDICA Y CAMBIO NORMATIVO. III. SEGURIDAD JURÍDICA Y ESTABILIDAD LEGISLATIVA. IV. CAMBIO NORMATIVO Y RETROACTIVIDAD: 1. Prohibición de retroactividad: su alcance: 1.1. *¿Qué ha de entenderse por derechos individuales?* 1.2. *¿Se aplica a los reglamentos una prohibición absoluta de retroactividad?* 2. *¿Qué se entiende por normas retroactivas?:* 2.1. *La retroactividad se refiere a las normas que extienden sus efectos hacia el pasado.* 2.2. *La llamada retroactividad impropia no es retroactividad.* 2.3. *Las normas que solo se aplican hacia el futuro no son retroactivas, pero pueden lesionar derechos o intereses legítimos.* V. INCIDENCIA DEL CAMBIO NORMATIVO EN RELACIONES Y SITUACIONES JURÍDICAS ESTABLECIDAS: 1. Relaciones contractuales: 1.1. *Modificación de la legislación contractual.* 1.2. *Cambios normativos con incidencia en la economía contractual.* 1.3. *Cambios normativos que incidan en relaciones contractuales amparadas por acuerdos internacionales de protección de inversiones.* 2. Relaciones y situaciones jurídicas configuradas por la norma: 2.1. *Es función del legislador definir en cada momento el contenido de los derechos.* 2.2. *En las actividades de funcionamiento, el operador debe ajustar su actividad a la normativa en cada momento vigente.* 2.3. *Las expectativas no son derechos.* 2.4. *Los derechos consolidados deben ser respetados.* 2.5. *Situaciones jurídicas protegidas.* VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DEL CAMBIO NORMATIVO: 1. Responsabilidad del Estado legislador: daños antijurídicos derivados de la aplicación de leyes no expropiatorias: 1.1. *Leyes no expropiatorias.* 1.2. *La aplicación de la ley ha de dar lugar a un daño antijurídico.* 1.3. *El daño ha de ser individualizado.* 1.4. *El deber de indemnizar ha de estar previsto en la ley.* 2. Responsabilidad extracontractual de la Administración por cambios reglamentarios. 3. Responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la infracción de normas internacionales. VII. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de *seguridad jurídica* no puede impedir el *cambio normativo* (punto II), pero reclama la mayor *estabilidad* posible del ordenamiento jurídico (punto III). La aprobación de nuevas normas es la respuesta a nuevas circunstancias o criterios de apreciación. Como límite, el legislador no puede aplicar de manera *retroactiva* normas restrictivas de derechos (punto IV). La cuestión es que existe una cierta confusión acerca de qué se entiende por normas retroactivas, que es preciso aclarar. En particular, hay que afirmar que no tienen carácter retroactivo las normas que se aplican solo hacia el futuro, por más que puedan incidir en relaciones jurídicas que tienen su origen en el pasado.

Las normas que se aplican solo hacia el futuro pueden incidir en *relaciones y situaciones jurídicas establecidas* (punto V). El cambio normativo es inevitable. El legislador debe dar respuesta a las nuevas exigencias sociales, a las que también han de adaptarse los operadores jurídicos. No obstante, los derechos consolidados e intereses legítimos, que configuran situaciones jurídicas protegidas, deben ser respetados o compensados. La cuestión es identificar cuándo la nueva norma lesiona derechos o intereses legítimos. A este respecto, es preciso distinguir las relaciones contractuales de aquellas otras relaciones y situaciones configuradas por la norma, medien o no controles administrativos y títulos habilitantes. Como veremos, la respuesta es matizada en ambos casos.

El cambio normativo puede dar lugar a daños antijurídicos, lo que desencadenaría la correspondiente *responsabilidad extracontractual* de la Administración (punto VI). En particular, hay que considerar la responsabilidad de la Administración por la aplicación de leyes «no expropiatorias», cuya regulación está llena de incertidumbres. La responsabilidad derivada de la aprobación de nuevos reglamentos merece también algún comentario. A todo ello hay que añadir la responsabilidad patrimonial que resulta de los tratados internacionales de protección de inversiones.

## II. SEGURIDAD JURÍDICA Y CAMBIO NORMATIVO

El principio de *seguridad jurídica*<sup>1</sup> es esencial para que el derecho pueda cumplir su función de ordenación social, desde una idea de justicia<sup>2</sup>. Este prin-

<sup>1</sup> F. A. Castillo Blanco (2002), «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, 263-264, págs. 21-72.

<sup>2</sup> J. C. Laguna de Paz (2023), *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 5ª ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuters, págs. 435 y ss.

cipio requiere *certeza de la norma aplicable, confianza en que ésta será observada y previsibilidad de sus consecuencias*<sup>3</sup>.

En el derecho español, el principio de seguridad jurídica es un mandato constitucional [art. 9.3 de la Constitución española (CE)], sin que por ello pierda su condición de principio general del derecho. Este principio no se recoge de manera explícita en los tratados constitutivos de la Unión Europea (UE), pero su vigencia resulta de su condición de principio general del derecho. En su aplicación, la jurisprudencia europea recuerda que las normas han de ser claras, precisas y de efectos previsibles, en especial, cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares, con el fin de que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones<sup>4</sup>.

Ahora bien, *la seguridad jurídica no equivale a la inmutabilidad legislativa*. Lo contrario petrificaría el ordenamiento jurídico y condenaría al Estado a la inactividad («Der Staat wäre weitgehend zur Untätigkeit gezwungen»)<sup>5</sup>. La legislación no puede cristalizarse en el momento en que cada operador entra en el mercado. Es forzoso reconocer al legislador, que representa la soberanía nacional —y aun a la propia Administración—, la *potestad de disponer en cada momento lo que se considere preciso para satisfacer el interés general*, (i) en respuesta a nuevas necesidades (ii) o a un cambio de criterios de apreciación. El legislador puede incluso introducir modificaciones legislativas «repentinas», cuando se requiera para la protección del interés general<sup>6</sup>.

De manera reiterada, la *jurisprudencia española* destaca que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica «no suponen una congelación del sector normativo en concreto, sin que pueda esgrimirse un supuesto derecho al mantenimiento de una concreta regulación vigente en un momento dado»<sup>7</sup>. En particular, en las actividades que se desarrollan a lo largo del tiempo, el operador debe, pues, contar con la posibilidad de un cambio normativo.

Es por eso por lo que los operadores de televisión no podían impedir que el legislador diese entrada a la *tecnología digital en la televisión terrestre*: «Siempre que se respeten los derechos adquiridos por los antiguos concesionarios, éstos *no pueden oponerse a la implantación de la nueva tecnología, frenando así los avances del progreso científico*. Ello es lo que acontece con las antiguas concesiones de televisión con tecnología analógica, que no pueden impedir las nuevas concesio-

<sup>3</sup> J. Leguina Villa (1987), «Principios Generales del Derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, 114, pág. 34.

<sup>4</sup> Asunto C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, marg. 161; asunto C-611/17, *Italia v. Consejo*, EU:C:2019:332, marg. 111 y jurisprudencia citada.

<sup>5</sup> R. Stober y S. Korte (2019), *Öffentliches Wirtschaftsrecht — Allgemeiner Teil. Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen Öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 19. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, pág. 54.

<sup>6</sup> ECLI:ES:TC:2012:237, FJ 6º.

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2014:2271, FJ 6º.

nes con tecnología digital, fundándose para ello en las mejoras y condiciones de explotación que esta nueva tecnología exige» (cursivas añadidas)<sup>8</sup>.

En la misma línea, en relación con la retribución de las *actividades reguladas desarrolladas en el sector energético*<sup>9</sup>, la jurisprudencia razona que «la normativa que rige en este sector no contempla una petrificación o congelación del régimen retributivo que impida al legislador llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones del mismo, que estime pertinentes u oportunas, siempre que esta revisión normativa se justifique por razones vinculadas de las políticas económicas, en su proyección al sector de la energía o de carácter medioambiental y que se adopten de forma objetiva, transparente y no discriminatoria, en aras de tutelar ponderadamente intereses públicos jurídicamente protegibles»<sup>10</sup>. «Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, *no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación* existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con *cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general*» (cursivas añadidas)<sup>11</sup>.

Como un nuevo ejemplo, las universidades deben adaptar su actividad a la nueva normativa. En este sentido —dice el Tribunal Supremo—, «hay que recordar lo obvio: cuando se establece una nueva regulación, es posible —e incluso frecuente— que quienes ya operaban en el ámbito concernido tengan que ajustarse a las nuevas exigencias. No existe ningún principio de inmutabilidad de las condiciones requeridas para el ejercicio de una actividad regulada y, desde luego, no lo hay con respecto a la enseñanza superior. Si las nuevas condiciones son ajustadas a la Constitución y a la legislación universitaria, no se alcanza a comprender por qué las universidades previamente existentes hubieran de estar exoneradas de su observancia. Y dicho esto, un plazo de cinco años para llevar a cabo las necesarias adaptaciones no puede ser tachado de desproporcionadamente breve»<sup>12</sup>.

### III. SEGURIDAD JURÍDICA Y ESTABILIDAD LEGISLATIVA

La seguridad jurídica no puede impedir el cambio normativo. Ahora bien, en una época de «legislación motorizada» (Carl Schmitt), de «leyes desbocadas» (García de Enterría), de «hipertrofia legislativa» (Pendás) o de «fiebre legislativa» (Martínez López-Muñiz), la seguridad jurídica reclama la mayor *estabilidad* posi-

<sup>8</sup> STS de 17 de junio de 2002 (Ar. 8515).

<sup>9</sup> J. C. Laguna de Paz (2022), «Regulatory Change, Retroactivity and Protection of Legitimate Expectations in the Spanish Renewable Energy Policy», *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht*, 3, págs. 248-256.

<sup>10</sup> ECLI:ES:TS:2020:1385, FJ 2º.

<sup>11</sup> ECLI:ES:TS:2018:245, FJ 6º.

<sup>12</sup> ECLI:ES:TS:2022:2681, FJ 3º.

ble del ordenamiento jurídico. Con ella, se «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles [...]»<sup>13</sup>. De hecho, el «riesgo normativo» es uno de los criterios que empresas y particulares toman en cuenta para decidir sus inversiones. No hay que olvidar a este respecto que la mayor parte de las actividades se realizan a lo largo del tiempo, incurren en costes hundidos y tienen períodos más o menos largos de maduración. Además, en muchos casos, la regulación es determinante para la rentabilidad de las inversiones.

En este sentido, por ejemplo, (i) las *industrias en red* dependen de cómo se configure el *derecho de acceso* a las infraestructuras (energía, telecomunicaciones, transporte ferroviario, sector postal), del establecimiento de un adecuado régimen de derechos de uso (espectro radioeléctrico, dominio público, servidumbres), de la configuración del servicio universal, de la efectiva paridad de trato entre operadores públicos y privados, así como de la eventual intervención pública para preservar la estructura competitiva del sector (control de concentraciones). (ii) Lo mismo ocurre con las actividades en régimen de *derechos exclusivos*. En estos casos, el contrato protege en mayor medida al operador, pero su situación jurídica y económica puede verse afectada por el ejercicio de las potestades vinculadas al contrato (tarifaria), así como de las restantes competencias de la Administración contratante (desdoblamiento de la carretera que reduce el uso de la obra concesionada) o de otras autoridades (políticas sociales que se traducen en incremento de costes laborales). (iii) La regulación es también intensa en los sectores con *derechos especiales*, que cuentan con un número limitado de operadores, debido a la escasez de recursos naturales (espectro radioeléctrico) o a decisiones jurídico-públicas de ordenación del sector (farmacias, taxis). (iv) Las políticas sectoriales pueden *priorizar* determinados modos de producción (energías renovables), de transporte (eventual prohibición de vuelos para distancias cortas) o distribución (comercio minorista frente a grandes superficies comerciales), en detrimento de otros.

La estabilidad legislativa es una cuestión política, pero también jurídica y de técnica normativa<sup>14</sup>. Las leyes solo resistirán el paso del tiempo si están redactadas con *claridad*<sup>15</sup>, se basan en *principios* y se apoyan en una sólida *dogmática jurídica*, que asegure que la regulación desciende solo a lo necesario para concretar el mandato normativo, sin caer en reglamentismos innecesarios<sup>16</sup>. De esta forma —con ayuda de la prudencia interpretativa—, la ley podrá ser aplicada a una realidad cuya complejidad no es posible describir al detalle en un texto normativo. El acelerado cambio legislativo que venimos padeciendo en las últimas décadas tiene mucho que ver con un deficiente modo de legislar, que se aparta de estos principios.

<sup>13</sup> ECLI:ES:TC:1990:150, FJ 8º.

<sup>14</sup> Laguna de Paz (2023, pág. 437).

<sup>15</sup> Castillo Blanco (2002, págs. 60 y ss.).

<sup>16</sup> ECLI:ES:TC:1990:150, FJ 8º.

En particular, hay que referirse a la *deficiente técnica legislativa de la UE*. Es verdad que tiene ante sí el reto de asegurar la homogénea aplicación de la normativa en los Estados miembros, cuyas tradiciones jurídicas tienen raíces comunes, pero también evidentes diferencias dogmáticas. La tarea no es fácil, pero el camino no es caer en un casuismo estéril, que no resuelve el problema y dificulta la comprensión de las instituciones. En este contexto, el legislador español se conforma con una importación literal de las normas, sin hacer el esfuerzo de traducirlas a las categorías nacionales. En algunos casos, ello nos lleva a introducir confusión (como la que supuso la distinción entre «autorizaciones generales» y «licencias individuales» en el sector de las telecomunicaciones o la calificación como «redes públicas» a las que prestan servicios a terceros). En otros casos, el precio que pagamos es prescindir de asentadas categorías de nuestro ordenamiento jurídico (como la innecesaria supresión del contrato de gestión de servicios públicos, que solo requería precisar cuándo transfería el riesgo operacional)<sup>17</sup>.

Los males también los tenemos en casa. «Hay un desasosiego y una inquietud crecientes por el alarmante descenso de la calidad de leyes y reglamentos, con sus inevitables secuelas: la inseguridad, la inestabilidad, la conflictividad»<sup>18</sup>. Entre otros factores, esta situación también se debe a «la creciente disminución del pensamiento racional, acorde con una lógica coherente de conceptos. Es una consecuencia del exceso de empirismo y pragmatismo dominantes [...] se ha ido debilitando un pensamiento propiamente científico, que aspire a conceptos etiológica y críticamente bien fundados [...] Ello se traduce en la propensión normativa a multiplicar en toda su complejidad los supuestos concretos y las reglas particularizadas: no se es capaz del conveniente ejercicio de abstracción conceptual que reduciría tal complejidad a lo que, por ser común a esa diversidad, podría formularse de manera mucho más simple, sencilla, certera, suficiente y eficaz»<sup>19</sup>.

A este respecto, el derecho español debería abordar la todavía pendiente *codificación* de las principales normas jurídico-administrativas. Es una tarea espionosa, que no dejaría a nadie satisfecho, pero que —si se emprende con seriedad— podría representar un salto cualitativo del ordenamiento jurídico español. Los avances dogmáticos que llegan a España en las primeras décadas del siglo XX («Nada ya nos resulta ajeno en esos años»)<sup>20</sup> sientan las bases de la revitalización de la doctrina jurídico-administrativa española, que se produce a mediados del

<sup>17</sup> J. C. Laguna de Paz (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, pág. 48.

<sup>18</sup> J. L. Martínez López-Muñiz (2022), «La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica», *Revista Española de Pedagogía*, 80 (281), pág. 71.

<sup>19</sup> Martínez López-Muñiz (2022: 72-73).

<sup>20</sup> T. R. Fernández Rodríguez (2003), *Una Crónica de la Legislación y la Ciencia Jurídica en la España Contemporánea*, Madrid: Cuadernos Civitas, pág. 60.

siglo pasado<sup>21</sup>, de la mano de una formidable generación de juristas (Garrido Falla, Villar Palasí, García de Enterría, González Pérez, Clavero Arévalo)<sup>22</sup>. Esto da lugar a una importante labor normativa en la década de los cincuenta y sesenta, que lleva a textos legales las instituciones y el régimen jurídico al que se sujeta la Administración. Se encuentra aquí una de las características diferenciales del derecho administrativo español. Me caben pocas dudas de que la racional reunión y sistematización de las grandes leyes administrativas en un texto único facilitaría la coherencia, seguridad jurídica, estabilidad normativa y comprensión del sistema administrativo.

#### IV. CAMBIO NORMATIVO Y RETROACTIVIDAD

El ordenamiento jurídico, al prohibir la retroactividad *in peius*, (1) acota el espacio de las normas retroactivas. (2) No obstante, la mayor dificultad está en esclarecer qué debe entenderse por normas retroactivas, ya que el distinto alcance con que se maneja este concepto añade confusión.

##### 1. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD: SU ALCANCE

Las normas son un instrumento de ordenación social, por lo que se dictan con la pretensión de que los destinatarios adapten su conducta a sus mandatos. Es por eso que, en principio, deben aplicarse hacia el futuro. No obstante, como excepción, también pueden aplicarse hacia el pasado, si así lo disponen (art. 2.3 del Código Civil) y su aplicación retroactiva está suficientemente justificada. Lo que el art. 9.3 de la Constitución española (CE) prohíbe es la retroactividad: (i) de las disposiciones *sancionadoras no favorables* (ii) o *restrictivas de derechos individuales* (derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, cuyo desconocimiento comportaría una privación singular, que habría de ser indemnizada).

Los límites a la retroactividad de las normas se encuentran también en la *jurisprudencia europea*, que razona que: «[...] con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, las normas sustantivas del Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de

<sup>21</sup> J. A. Santamaría Pastor (2013), «La ciencia del Derecho Administrativo en España: una perspectiva histórica», en A. von Bogdandy y O. Mir Puigpelat, *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 369 y ss.

<sup>22</sup> M. Almeida Cerredá (2021), «Historia de la ciencia del Derecho Administrativo en España», en J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez, *Tratado de Derecho Administrativo. I Introducción. Fundamentos*, Madrid: Marcial Pons, pág. 372, marg. 101.

que solo contemplan situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor en la medida en que de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto»<sup>23</sup>.

Entre las distintas cuestiones que suscita la prohibición de la retroactividad, cabe ahora seleccionar dos aspectos, que simplemente se apuntan a continuación.

### 1.1. ¿Qué ha de entenderse por derechos individuales?

La Constitución prohíbe la retroactividad de normas restrictivas de *derechos individuales*<sup>24</sup>. La cuestión es si la protección se extiende solo a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (sección 1ª del capítulo 2º del Título I CE)<sup>25</sup>. La jurisprudencia constitucional, de manera no muy clara, ha negado que el concepto de derechos individuales del art. 9.3 CE pueda equipararse al «ius quaesitum»<sup>26</sup>, pero no se ha pronunciado a favor de que la prohibición se limite a los derechos de la sección primera<sup>27</sup>. Esta interpretación sería contraria al tenor literal del precepto constitucional y a su propio espíritu, ya que *no hay ninguna razón para desproteger a derechos y libertades tan esenciales como la propiedad privada o la libertad de empresa*<sup>28</sup>. El problema está más bien, como después veremos, en dilucidar cuándo se entiende adquirido un derecho individual y cuándo el cambio normativo lo restringe.

En todo caso, esta limitación es interpretada de manera flexible por la jurisprudencia en relación con las *normas tributarias*, que pueden ser aprobadas una vez iniciado el período impositivo (aprobación del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, una vez iniciado el período impositivo)<sup>29</sup>, siempre que la propia ley prevea la aplicación retroactiva del reglamento<sup>30</sup>. Esta interpretación está en la línea de la (discutible) jurisprudencia constitucional, que entiende que las normas fiscales no regulan derechos individuales, sino la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, por lo que no están subsumidas en la prohi-

<sup>23</sup> ECLI:EU:C:2011:484, marg. 26; ECLI:EU:C:2019:199, marg. 30.

<sup>24</sup> Barrero Rodríguez, C. (2002), «El respeto a los derechos adquiridos», *Documentación Administrativa*, 263-264, pág. 144.

<sup>25</sup> F. López Menudo (1982), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla: Instituto García Oviedo, págs. 227-228.

<sup>26</sup> ECLI:ES:TC:1983:6, FJ 3º.

<sup>27</sup> ECLI:ES:TC:1981:27, FJ 10º; ECLI:ES:TC:1983:6, FJ 2º; ECLI:ES:TC:1990:150, FJ 8º; ECLI:ES:TC:1996:173, FJ 3º; ECLI:ES:TC:2000:104, FJ 6º.

<sup>28</sup> J. M. Baño León (2018), «El Estado de Derecho como garantía: los principios del art. 9.3 (protección de la confianza y leyes restrictivas)», en B. Pendás, *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. III, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 1922.

<sup>29</sup> ECLI:ES:TS:2020:793, FJ 2º.

<sup>30</sup> ECLI:ES:TC:2009:116, FJ 4º.

bición del art. 9.3 CE<sup>31</sup>. La eventual inconstitucionalidad de su carácter retroactivo resultaría de la infracción del principio de seguridad jurídica.

### 1.2. ¿Se aplica a los reglamentos una prohibición absoluta de retroactividad?

Un sector de la doctrina viene tradicionalmente sosteniendo que *los reglamentos no pueden tener efectos retroactivos en ningún caso*. Desde hace décadas, esta postura ha sido defendida en la doctrina italiana (Zanobini, Vitta, Ranelletti, etc.) y española (Villar Palasí, García Trevijano)<sup>32</sup>. Desde luego, a favor de esta posición no podría hacerse valer una interpretación literal del art. 2.3 del Código Civil, cuya referencia a las leyes puede entenderse en sentido material, lo que también comprende a los reglamentos. Se ha razonado también que el diverso régimen de retroactividad aplicable a la ley y al reglamento encuentra su fundamento en el diferente papel que el texto constitucional otorga a una y otro: «[...] esa retroactividad permitida por el art. 9.3 de la Constitución se refiere a las Leyes, a las que se reserva así la plenitud de su capacidad rompedora y de configuración de las bases del ordenamiento, no a los productos normativos de la Administración, la cual, como poder subordinado y secundario que es, “ejecuta” —en sentido amplio— las Leyes (art. 97 de la Constitución), pero no las suplenn»<sup>33</sup>.

Es verdad que el principio de reserva de ley no permite que el reglamento lleve a cabo una regulación autónoma de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 53.1 CE). A su vez, el principio de jerarquía normativa subordina el reglamento a lo dispuesto por la ley. No obstante, esto no justifica una categórica prohibición de retroactividad de los reglamentos, que —eso sí—, de producirse, tendría que moverse en el ámbito de discrecionalidad que pueda conferirles la ley. De hecho, la irretroactividad de los reglamentos no ha tenido nunca un claro reflejo legislativo, ni jurisprudencial, ni puede considerarse que sea un principio general del derecho<sup>34</sup>. Es más, como vamos a ver, hay argumentos para sostener que el régimen de retroactividad de las leyes se aplica también a los reglamentos, cuya retroactividad —desde luego— es obligada respecto de las normas sancionadoras más favorables (art. 9.3 CE).

Con todo, el fundamento de la posible retroactividad del reglamento no hay por qué buscarlo —como se ha pretendido<sup>35</sup>— en un concepto amplio de acto administrativo, que englobaría también a los reglamentos, lo que explica

<sup>31</sup> ECLI:ES:TC:1996:173, FJ 3º; ECLI:ES:TC:1987:126, FJ 9º.

<sup>32</sup> Véanse las correspondientes referencias doctrinales en López Menudo (1982, pág. 234, nota 591).

<sup>33</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández (2022), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 20ª edic., Madrid: Civitas, pág. 119.

<sup>34</sup> López Menudo (1982, págs. 231 y ss.).

<sup>35</sup> J. L. de la Vallina Velarde (1964), *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid: INAP, págs. 13 y ss.

que ambos tengan un régimen jurídico parcialmente común. Es verdad que el reglamento es un acto jurídico de la Administración, lo que condiciona sustancialmente su régimen jurídico y le aproxima al de los actos administrativos. No obstante, unos y otros tienen efectos distintos, lo que también explica la diversidad de su régimen jurídico. El argumento está más bien en el propio art. 9.3 CE, que se refiere a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. A partir de ahí cabe deducir que *leyes y reglamentos se sujetan al mismo régimen de retroactividad*, no solo por el tenor literal del precepto —que se refiere a las disposiciones—, sino también por un criterio teleológico, ya que lo que se prohíba o permita tiene la misma razón de ser en ambos casos.

## 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR NORMAS RETROACTIVAS?

La dificultad radica también en determinar *qué se entiende por retroactividad*. Es este un tema de teoría general del derecho, sobre el que la doctrina ha mantenido posiciones enfrentadas<sup>36</sup>. La jurisprudencia sostiene también un concepto amplio de retroactividad, que resulta confuso.

### 2.1. *La retroactividad se refiere a las normas que extienden sus efectos hacia el pasado*

No hay duda de que *la aplicación hacia el pasado de una norma restrictiva de derechos* es retroactiva y, por tanto, está prohibida (art. 9.3 CE). La retroacción de efectos de la norma tendría carácter materialmente *expropiatorio*, al privar a su titular de derechos adquiridos, por lo que debería ser objeto de compensación económica o, cuanto menos, generaría responsabilidad extracontractual de los poderes públicos (derribo de un edificio construido conforme al planeamiento en su momento vigente, devolución de subvenciones otorgadas conforme a la normativa anterior, modificación forzosa del trazado de infraestructuras eléctricas por cambio de planeamiento, etc.).

En este sentido, *la jurisprudencia de la UE* destaca que el principio de *seguridad jurídica* se opone a que las normas incidan retroactivamente sobre *situaciones consolidadas* (norma que extiende a los productores de residuos que ya habían sido comercializados el deber de asumir sus costes)<sup>37</sup>, salvo que excepcionalmente lo exija un fin de interés general y se respete la confianza legítima de los interesados<sup>38</sup>. En cambio, *no se consideran retroactivas las normas que se*

<sup>36</sup> López Menudo (1982, págs. 43 y ss.).

<sup>37</sup> Asunto C-181/20, *VYSOCINA WIND a.s.*, EU:C:2022:51, marg. 47.

<sup>38</sup> Asunto C-376/02, *Goed Wonen*, EU:C:2005:251, marg. 33; asunto C 256/07, *Mitsui & Co. Deutschland*, EU:C:2009:167, marg. 32; asunto C-98/78, *Racke v. Hauptzollamt Mainz*, EU:C:1979:14, marg. 20.

*aplican a los efectos futuros de situaciones nacidas bajo el imperio de la ley antigua* (norma que incide en vertederos en funcionamiento), así como a las situaciones jurídicas nuevas<sup>39</sup>.

En esta misma línea, *la jurisprudencia constitucional y ordinaria española* destacan que la prohibición de retroactividad solo se aplica a los *derechos consolidados*, asumidos e integrados en el patrimonio del interesado<sup>40</sup>. El derecho se consolida cuando la regulación da lugar a relaciones y situaciones jurídicas que se han completado y cuyos efectos se han producido en el momento de entrada en vigor de la nueva norma (construcción del edificio conforme plan, importaciones ya realizadas, percepción del precio regulado, etc.).

A este respecto, un supuesto límite lo constituyen las *situaciones creadas por actos de trámite, dictados en el curso de un procedimiento administrativo*. En este caso, el Tribunal Supremo entiende que incurre en retroactividad prohibida la *aplicación a un procedimiento administrativo en curso de un nuevo reglamento, que reduce los puntos por méritos al personal al servicio de la Administración* (se había dictado un acto de trámite con el cómputo provisional de los méritos conforme a la normativa anterior): «Por más que esto no sea retroactividad en grado máximo, entendida como aplicación de la nueva norma a situaciones y efectos ya consumados, no deja de ser retroactividad; y ello porque se hace que la nueva norma incida sobre un acto que, aun siendo provisional, ya ha sido adoptado. Es generalmente admitido en nuestra cultura jurídica que los procedimientos deben, en principio, regirse por la regulación vigente en el momento en que se iniciaron»<sup>41</sup>.

La solución del caso concreto parece acertada (se había dictado un acto de trámite declarativo de derechos)<sup>42</sup>, lo que resulta más difícil de aceptar es que la cuestión deba ser siempre resuelta aplicando la normativa que estaba vigente en el momento en que se inició el procedimiento. Más bien, al contrario, parece que el servicio objetivo al interés general reclama la aplicación de la nueva normativa, que expresa la actual ponderación de intereses, lo que no excluye el eventual surgimiento de responsabilidad patrimonial, por funcionamiento anormal de los servicios públicos o por la singularidad del perjuicio<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Asunto C-258/17, E. B., EU:C:2019:17, marg. 50; asunto C-15/19, *Azienda Municipale Ambiente*, EU:C:2020:371, margs. 57 y 58 y jurisprudencia citada.

<sup>40</sup> ECLI:ES:TC:1986:42/1986, FJ 3º; ECLI:ES:TC:1987:65/1987, FJ 19º; ECLI:ES:TC:1987:99, FJ 6º b); ECLI:ES:TC:1989:178, FJ 9º.

<sup>41</sup> ECLI:ES:TS:2024:418, FJ 4º.

<sup>42</sup> F. J. Villar Rojas (2023), *El Derecho Administrativo Transitorio (Ultraactividad, retroactividad y normas transitorias en las leyes administrativas)*, Madrid: Iustel, págs. 91-115 y 163.

<sup>43</sup> J. C. Laguna de Paz (2006), *La autorización administrativa*, Madrid: Civitas, págs. 185-186.

## 2.2. La llamada retroactividad impropia no es retroactividad

Está extendida la comprensión que califica como retroactivas no solo a las normas que se aplican hacia el pasado (devolución de las tarifas percibidas), sino también a las que *se aplican hacia el futuro, incidiendo en relaciones jurídicas iniciadas en el pasado, que no han concluido, sino que siguen desarrollándose en el tiempo* (aprobación de nuevas tarifas, pero sin devolución de las ya percibidas). Se habla entonces de retroactividad en grado medio o mínimo (retroactividad impropia, *apparent retroactivity* o *unechte Rückwirkung*)<sup>44</sup>.

En este sentido, un sector de la *doctrina* razona que la retroactividad no se limita a los casos en que los efectos de la ley se aplican hacia el pasado, sino que también se extiende a los casos en que la nueva norma incide en los efectos futuros de relaciones jurídicas que tienen su origen en el pasado (retroactividad en grado medio o mínimo)<sup>45</sup>. No obstante, enseguida se advierte que el concepto amplio de retroactividad es un estándar interpretativo, que no quiere significar la petrificación del ordenamiento jurídico, situación en la cual «el poder innovativo de la ley sería [fuera] prácticamente nulo y cada cambio normativo supondría un nuevo régimen jurídico yuxtapuesto al anterior o anteriores»<sup>46</sup>. En el fondo, lo que esta comprensión está tratando de evitar es que «la aplicación automática de la nueva ley a las relaciones en curso puede[a] ocasionar injusticias quizás no queridas por la ley»<sup>47</sup>, que —sin duda— podrían producirse. La cuestión es que, a estos efectos, como después razonaremos, es mejor no hablar de retroactividad.

La *jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas* también denominan «retroactividad impropia» a aquella que incide en situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor, pero que *despliega sus efectos solo hacia el futuro*, desde su entrada en vigor, con efectos *ex nunc*<sup>48</sup> (nuevo régimen retributivo de instalaciones de producción de energía eléctrica, nuevo régimen de incompatibilidades de los farmacéuticos<sup>49</sup>, desafectación de la reserva de espectro radioeléctrico respecto de frecuencias de radio y televisión no adjudicadas<sup>50</sup>). Estos cambios normativos no tienen efectos sobre el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), sino que despliegan su eficacia hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en relaciones o situaciones jurídicas

<sup>44</sup> Stober y Korte (2019, pág. 54).

<sup>45</sup> López Menudo (1982, págs. 44 y ss.).

<sup>46</sup> *Ibid.*, (1982, págs. 50 y ss.).

<sup>47</sup> *Ibid.*, (1982, pág. 54).

<sup>48</sup> ECLI:ES:TC:2015:270, FJ 7º; ECLI:ES:TC:2016:19, FJ 4º; ECLI:ES:TC:2016:29, FFJJ 4º-6º; ECLI:ES:TC:2016:30, FFJJ 4º-6º; ECLI:ES:TC:2016:61, FFJJ 4º-6º; ECLI:ES:TC:1988:227, FJ 9º.

<sup>49</sup> ECLI:ES:TS:2019:2161, FJ 3º.

<sup>50</sup> ECLI:ES:TS:2020:4355, FJ 6º; ECLI:ES:TS:2021:342, FJ 6º.

sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor<sup>51</sup>. En estos casos, no hay retroactividad prohibida, ya que el legislador puede variar *ex nunc* el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales<sup>52</sup>.

En la misma línea, la *jurisprudencia constitucional alemana*, como regla general, venía también reconociendo la validez de los cambios legislativos que no incidían negativamente en situaciones jurídicas consolidadas (*unechte Rückwirkung*)<sup>53</sup>. Como regla, la retroactividad auténtica está prohibida, mientras que la retroactividad impropia está permitida<sup>54</sup>. Esta consecuencia habría de matizarse en el caso de que el cambio normativo se entendiera contrario a los principios de proporcionalidad y confianza legítima<sup>55</sup>.

Lo mismo sucede con la *jurisprudencia de EE.UU.*, que solo considera retroactividad en sentido estricto la *alteración de las consecuencias jurídicas de actuaciones pretéritas*<sup>56</sup>. En cambio, no puede considerarse que tenga efectos retroactivos una norma que se aplica desde su promulgación, aunque afecte a situaciones jurídicas nacidas en el pasado («*secondary*» *retroactivity*)<sup>57</sup>. De hecho, en EE.UU., salvo en materia penal, se acepta con normalidad la aprobación de leyes con (ciertos) efectos retroactivos, al menos hasta la fecha en que se hace pública la propuesta de nueva regulación («to the date when a congressional committee first publicly considered making the change»)<sup>58</sup>. Es habitual que el Congreso confiera efectos retroactivos a la regulación económica y a las normas fiscales, por razones prácticas<sup>59</sup>. En otro caso, los interesados aprovecharían el período de tramitación normativa para acelerar las conductas o hacer cambios para beneficiarse de la nueva situación, lo que disminuiría la eficacia de la nueva normativa. Lo mismo ocurre con las normas reglamentarias (*secondary legislation*), aprobadas por las agencias («effects retroactive to the date of the notice of proposed rulemaking»)<sup>60</sup>. Solo en algunos casos los tribunales niegan la eficacia retroactiva de las normas, cuando no está justificada o no es razonable (*unjustified and unfair*).

<sup>51</sup> ECLI:ES:TC:2015:270, FJ 7º y STS de 12.4.2012 (RJ 2012, 5275); STS de 19.4.2012 (RJ 2012, 5248); STS de 13.12.2012 (JUR 2012\400179), FJ 4º.

<sup>52</sup> ECLI:ES:TC:1988:227, FJ 9º.

<sup>53</sup> BVerfGE, NJW, 2013, 145.

<sup>54</sup> H. Maurer (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., München: C. H. Beck, pág. 447, marg. 30.

<sup>55</sup> Stober y Korte (2019), pág. 55).

<sup>56</sup> *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).

<sup>57</sup> S. G. Breyer, R. B. Stewart, C. R. Sunstein, A. Vermeule y M. E. Herz (2011), *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 7th edition, New York: Wolters Kluwer, pág. 496.

<sup>58</sup> K. C. Davis y R. J. Pierce (1994), *Administrative Law Treatise*, vol. I, 3rd edition, Little, Brown and Company, pág. 255.

<sup>59</sup> Davis y Pierce (1994), págs. 255-260).

<sup>60</sup> Davis y Pierce (1994), pág. 258).

### 2.3. *Las normas que solo se aplican hacia el futuro no son retroactivas, pero pueden lesionar derechos o intereses legítimos*

El concepto amplio de retroactividad no pretende inmovilizar el ordenamiento jurídico. Ni la jurisprudencia ni la doctrina que lo sostienen niegan al legislador la capacidad de innovar, en respuesta a nuevas necesidades o criterios de apreciación<sup>61</sup>. Por eso mismo, si no se trata de modificar el pasado, sino de innovar, de introducir normas con efectos hacia el futuro —aunque incidan en relaciones jurídicas establecidas— no debe utilizarse un concepto que induce a confusión. Si no hay retroactividad, es mejor no hablar de retroactividad, ni en grado mínimo, ni impropia. Como alternativa, se ha propuesto el término de normas retrospectivas para referirse a estos supuestos<sup>62</sup>, que no me parece suficientemente clarificador. Lo mejor es hablar de sucesión normativa.

Así las cosas, es más correcto entender que (i) *solo existe retroactividad cuando la norma despliega sus efectos hacia el pasado*, modificando o incidiendo en derechos o situaciones jurídicas ya *concluidas* en el momento de su entrada en vigor («sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva cuando afecta a situaciones agotadas»)<sup>63</sup>. (ii) En cambio, *las normas que solo se aplican hacia el futuro* (desde la entrada en vigor de la nueva norma, se aplican nuevas tarifas), *por definición, no retrotraen sus efectos* (no se obliga al operador a devolver las cantidades percibidas en aplicación de la tarifa vigente hasta ese momento), ni están afectadas por la prohibición de retroactividad (art. 9.3 CE). Ahora bien, el que no haya retroactividad no significa que las normas no puedan lesionar (hacia el futuro) derechos consolidados o intereses legítimos, como ahora veremos.

## V. INCIDENCIA DEL CAMBIO NORMATIVO EN RELACIONES Y SITUACIONES JURÍDICAS ESTABLECIDAS

*Las normas que se aplican solo hacia el futuro no son retroactivas, pero pueden incidir en relaciones y situaciones jurídicas previas. La dificultad estriba en identificar: (i) cuándo la norma —aunque se aplique solo hacia el futuro— debe respetar derechos consolidados, intereses legítimos o situaciones jurídicas merecedoras de protección; (ii) y cuándo los destinatarios de la norma deben acomodarse a la nueva regulación.* A este respecto, es preciso establecer una distinción de base entre: (i) las relaciones contractuales (*contractus lex inter partes*); (ii) y las relaciones y situa-

<sup>61</sup> López Menudo (1982, pág. 50).

<sup>62</sup> M. Bacigalupo Saggese (2002), «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?)», *Documentación Administrativa*, 263-264, págs. 116-117.

<sup>63</sup> ECLI:ES:TS:2019:2161, FJ 3º.

ciones jurídicas que tienen su fundamento en la norma, con independencia de que su efectividad requiera la previa intervención de la Administración, a través de un acto administrativo declarativo o constitutivo<sup>64</sup>.

## 1. RELACIONES CONTRACTUALES

Los contratos dan lugar a relaciones sinalagmáticas, que fijan los derechos y obligaciones de las partes, con las que se procura un intercambio equilibrado de prestaciones. El cambio normativo puede incidir en el contrato, con consecuencias distintas. A este respecto, es preciso distinguir tres supuestos, que abordamos a continuación.

### 1.1. *Modificación de la legislación contractual*

La contratación administrativa no deja de estar presidida por el principio de legalidad. Los derechos y obligaciones de las partes resultan de lo pactado en el contrato y, en medida muy importante, también de lo previsto en la ley (potestades, duración, prórrogas, extinción). Así las cosas, la modificación de la legislación contractual pública podría tener una incidencia muy importante en el régimen jurídico de un contrato en fase de ejecución.

La aplicación de la nueva normativa podría provocar daños antijurídicos (por ejemplo, una reducción del plazo concesional), que podrían dar lugar a la llamada responsabilidad del Estado legislador [art. 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LSP)]. No obstante, la Ley vigente —siguiendo la tradición en esta materia— dispone que los *contratos adjudicados con anterioridad* a su entrada en vigor siguen rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su adjudicación [disposición transitoria 1ª.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP)]<sup>65</sup>. Con ello, no solo se mantiene el contenido contractual pactado, sino también el régimen legal de efectos y extinción por los que se rige el contrato. De esta forma, se evita la lesión antijurídica.

### 1.2. *Cambios normativos con incidencia en la economía contractual*

El cambio normativo puede *incidir en la propia economía contractual*. Como hemos avanzado, el contrato es un negocio jurídico aleatorio, que instrumenta un intercambio equilibrado de prestaciones entre las partes. Ese equilibrio —la economía del contrato— podría verse alterado por la aprobación de nuevas nor-

<sup>64</sup> Laguna de Paz (2023, págs. 441 y ss.).

<sup>65</sup> Villar Rojas (2023, págs. 125-131).

mas. A este respecto, como primer paso, hay que tratar de buscar la solución en la propia legislación contractual pública.

La legislación contractual pública reconoce el derecho al mantenimiento del equilibrio económico, (i) en caso de que la *Administración contratante* lleve a cabo actuaciones (ii) que determinen *de forma directa* la ruptura sustancial de la economía del contrato [arts. 257.2.b) y 270 LCSP, para la concesión de obras, y art. 290.4.b) LCSP, para la concesión de servicios]. Con ello, la Ley reconoce la vieja doctrina del *factum principis*, pero —como puede verse— lo hace de manera restrictiva. En definitiva, es muy improbable que el cambio normativo no se considere una medida general, que —en cuanto tal— no estaría directamente relacionada con el contrato, aunque tenga incidencia en la economía contractual. Estas medidas deben ser soportadas por el contratista, al igual que por el resto de los operadores económicos<sup>66</sup>. Esto explica que, por ejemplo, el cambio en la regulación de un impuesto durante la ejecución del contrato no se considere un supuesto de *factum principis*<sup>67</sup>.

Así las cosas, la *legislación contractual pública solo reconoce el derecho del contratista a desistir* del contrato, cuando devenga extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato o de la obligación de incorporar avances técnicos cuya disponibilidad en el mercado se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato (arts. 270.4 y 290.6 LCSP).

Agotadas las posibilidades que ofrece la legislación contractual, no puede excluirse que el cambio normativo pueda desencadenar la correspondiente responsabilidad *extracontractual* de la Administración, en los términos que después veremos.

### 1.3. Cambios normativos que incidan en relaciones contractuales amparadas por acuerdos internacionales de protección de inversiones

La garantía de lo pactado puede verse reforzada con la firma de *acuerdos internacionales de protección de inversiones*, que —en la mayor parte de los casos— incluyen cláusulas de sujeción a arbitraje internacional, como después veremos. La peculiaridad radica en estos casos en que, en el plano internacional, la controversia no se resuelve en base al derecho nacional, que es considerado un elemento de hecho, sino en base a las normas y principios del derecho de gentes. Con todo, la estrecha conexión entre ambos es inevitable. La respuesta que se dé en el plano internacional debe partir de la situación jurídica creada por el derecho nacional. La valoración de si se ha vulnerado el principio de confianza legítima, o

<sup>66</sup> P. Terneyre (2022), «Le fait du prince dans les contrats administratifs. De quoi parle-t-on?», *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 38, pág. 2184.

<sup>67</sup> ECLI:ES:TS:2023:3124, FJ 4º.

incluso, de si se ha producido o no una expropiación indirecta, solo puede hacerse tomando en cuenta el ordenamiento jurídico nacional.

## 2. RELACIONES Y SITUACIONES JURÍDICAS CONFIGURADAS POR LA NORMA

En la mayor parte de los casos, las relaciones y situaciones jurídico-administrativas no resultan de un vínculo contractual, sino que están configuradas por la norma, con independencia de que puedan mediar controles administrativos, certificaciones y acreditaciones o títulos habilitantes. El cambio normativo puede incidir en ellas. La cuestión es *cuándo y en qué medida afecta a derechos o intereses protegidos, que deban ser respetados o compensados*.

A este respecto, como punto de partida, (2.1) hay que tener en cuenta que es función del legislador definir en cada momento el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. (2.2) Es por eso que, en las actividades de funcionamiento, como regla general, el operador debe ajustar su actividad a la normativa en cada momento vigente, (2.3) sin olvidar que las expectativas no son derechos. (2.4) No obstante, el cambio normativo puede incidir en derechos subjetivos consolidados, (2.5) así como en situaciones jurídicas amparadas por el ordenamiento jurídico.

### 2.1. *Es función del legislador definir en cada momento el contenido de los derechos*

En un Estado social y democrático de derecho, el alcance de los derechos y libertades de los ciudadanos es el resultado de un equilibrio entre el interés particular, los derechos de los demás y el interés general. Este equilibrio varía con el tiempo y con el cambio de circunstancias y de criterios de apreciación. Es precisamente función del *legislador definir el contenido normal* de los derechos y libertades, en cada momento y respecto de cada tipo de bienes o actividades.

Entre otros ejemplos que podrían ponerse, (i) esta comprensión está en la base de la ordenación pública urbanística, que —en último término— descansa sobre el carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria. Desde la Ley del Suelo de 1956, *las facultades y deberes urbanísticos del propietario resultan de la ordenación territorial y urbanística*, por lo que las limitaciones que en ellos se establezcan solo confieren derecho a exigir indemnización en los casos previstos en las leyes [arts. 4.1, 11.1 y 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TrLS)]<sup>68</sup>. (ii) En esta línea, el Tribunal Constitucional ha negado que el régimen fiscal al que se sujetan los derechos reales integre el contenido del

<sup>68</sup> ECLI:ES:TS:2017:2407, FJ 17º.

derecho de propiedad, por lo que su modificación (con efectos hacia el futuro) no lesiona el derecho de propiedad (bonificación de la tributación de viviendas de protección oficial). El objeto de la exención «es distinto del objeto sobre el que recae el derecho real. Por ello, no puede hablarse en puridad de un auténtico derecho a la bonificación tributaria o al mantenimiento del régimen jurídico-tributario de bonificación, que pueda entenderse incorporado al patrimonio de los titulares del dominio [...] y del que éstos puedan entenderse privados en virtud de una norma» posterior, por lo que resulta infundada la idea de violación del art. 33 CE<sup>69</sup>. (iii) Esta comprensión de los derechos y libertades es la que también permite al legislador imponer los cada vez más exigentes *estándares de protección ambiental*, que se adaptan a los avances tecnológicos y a las valoraciones sociales. (iv) Como un último ejemplo, la rápida transformación social y económica a que empuja la *economía digital*, precisamente, reclama regulaciones que promuevan la innovación, pero que también protejan los intereses en juego.

Hay criterios constitucionales que *orientan y limitan* la actuación del legislador. La regulación debe respetar el contenido esencial de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 53.1 CE). Además, el legislador no puede introducir más limitaciones que las que sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para conseguir los objetivos de interés general que se pretendan. No obstante, el legislador dispone de un *amplio margen de apreciación para aprobar la normativa que en cada momento pueda requerir el interés general*, a la que deberá adaptarse el interesado. Las distintas opciones legislativas pueden ser objeto de discusión política, pero —si caben dentro de la Constitución— deben ser respetadas<sup>70</sup>.

En este marco, solo como excepción *el legislador ha previsto la compensación por el daño económico derivado del cambio normativo*. La cuestión se planteó en el sector *eléctrico*, con los llamados «costes de transición a la competencia» (disposición transitoria 6ª de la Ley 54/1997). En un sector sujeto a una intensa intervención pública, las empresas realizaron inversiones (hundidas), cuya recuperación garantizaba la normativa entonces vigente. La nueva normativa introdujo un modelo más desregulado. Se entendió que el funcionamiento del mercado determinaría una reducción del precio de la electricidad, que no permitiría recuperar las inversiones. De ahí que se considerase necesario arbitrar un sistema que asegurase la recuperación de dichos costes<sup>71</sup>.

No obstante, en la mayor parte de los casos, la propia norma trata de evitar la lesión de derechos o intereses a través de soluciones específicas, que *facilitan la continuidad* de los operadores (por ejemplo, permitiendo la transformación de los títulos habilitantes anteriores) o su *adaptación* a las nuevas exigencias, a través de períodos transitorios. En este sentido, por ejemplo, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, preveía que las concesiones para

---

<sup>69</sup> ECLI:ES:TC:1983:6, FJ 2º.

<sup>70</sup> ECLI:ES:TC:2015:270, FJ 7º.

<sup>71</sup> El Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, derogó este régimen jurídico.

la gestión indirecta del servicio público de radio o televisión por ondas hertzianas terrestres que no hubieran sido declaradas extinguidas en el momento de entrada en vigor de la Ley, se transformasen en licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual (disposición transitoria 2ª).

### 2.2. *En las actividades de funcionamiento, el operador debe ajustar su actividad a la normativa en cada momento vigente*

En las actividades que se desarrollan a lo largo del tiempo, las normas *no consolidan un derecho a realizar la actividad en el futuro en las condiciones vigentes* en el momento en el que el operador accede al mercado, lo que supondría la congelación del ordenamiento jurídico. Es por eso que, cuando se establece una nueva regulación, como regla general, quienes ya operaban en el sector tienen que ajustarse a las nuevas exigencias, eventualmente flexibilizadas o sujetas a períodos transitorios. No existe ningún principio de inmutabilidad de las condiciones requeridas para el ejercicio de una actividad regulada. La empresa *ha de sujetarse a las condiciones que en cada momento establezca la normativa vigente*, cualquiera que haya sido su forma de acceso al mercado o el título jurídico con el que opere (comunicación, declaración responsable, autorización<sup>72</sup> administrativa<sup>73</sup> o concesión).

### 2.3. *Las expectativas no son derechos*

La jurisprudencia constitucional *distingue los derechos de las expectativas*, propias de «situaciones no agotadas», que no consolidan situaciones jurídicas protegidas. En este sentido, «la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad solo es aplicable a los *derechos consolidados*, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y *expectativas* [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que solo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre ‘relaciones consagradas’ y afecta a ‘*situaciones agotadas*’ [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b)]» (cursivas añadidas)<sup>74</sup>.

Es por eso que —por ejemplo—, en el ámbito de la función pública, el «funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en *una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modi-*

<sup>72</sup> STS de 14 de julio de 1995 (Ar. 5999); STS de 19 de enero de 1996 (Ar. 286).

<sup>73</sup> J. C. Laguna de Paz (2006), *La autorización administrativa*, Madrid: Civitas, págs. 263-264 y 283 y ss.

<sup>74</sup> ECLI:ES:TC:2006:112, FJ 17º.

*ficable* por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, *sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso*», por lo que, «*si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación* y, por tanto, habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33.3 de la Constitución. *No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible*» (cursivas añadidas)<sup>75</sup>.

#### 2.4. Los derechos consolidados deben ser respetados

Como hemos visto, las normas jurídico-públicas son también respuesta a las necesidades del momento, por lo que —en muchos casos— no consolidan derechos que puedan ser exigidos en el futuro. No obstante, en algunos casos, las normas confieren auténticos derechos subjetivos, que han de ser respetados. El cambio normativo puede incidir en ellos, tanto si tiene efectos retroactivos como si solo se aplica hacia el futuro. La cuestión es: *¿cuándo la norma está amparando una situación permanente*, que deba ser protegida, ahora y en el futuro (derecho adquirido), y *cuándo solo está amparando una situación transitoria*, sujeta al cambio normativo?

Esta pregunta se ha formulado en numerosas ocasiones, sin que hasta ahora haya recibido una respuesta pacífica<sup>76</sup>. La clave probablemente está en que no es una pregunta que pueda resolverse en abstracto, sino de manera casuística, en función de un ramillete de factores, que pueden variar en cada sociedad, en cada momento y en cada sector. A este respecto, (i) hay que partir del *objeto mismo del derecho*. Los derechos reales (edificio construido) tienden a configurar situaciones más estables que la habilitación para realizar actividades, que —al desarrollarse en el tiempo— han de adaptarse a la evolución científica y tecnológica, así como a las cambiantes demandas sociales. (ii) Hay que distinguir también el *derecho* como tal de las *obligaciones* que pueden imponerse a su titular (por ejemplo, fiscales), que pueden variar con el tiempo. (iii) Es preciso valorar: el *alcance de la innovación*, así como *la posibilidad de que el titular del derecho se adapte*, en su caso, con ayuda de períodos transitorios; (iv) el *tiempo* transcurrido, la amortización de las inversiones<sup>77</sup> y los beneficios que el titular del derecho haya podido percibir, etc. (v) Un factor a considerar es si la normativa ha generado una situación de *confianza legítima* y en qué medida puede haber condicionado el comportamiento del beneficiario (beneficios fiscales que explican determinadas inversiones). (vi) En algún caso, quizá puede también arrojar luz tomar en cuenta hasta qué

<sup>75</sup> ECLI:ES:TC:1987:99, FJ 6º; ECLI:ES:TC:1986:108, FJ 16º.

<sup>76</sup> Barrero Rodríguez (2002, págs. 137 y ss.).

<sup>77</sup> Baño León (2018, pág. 1924).

punto es *imperativo* el cambio para la protección de los intereses generales (*salus populi suprema lex*).

En todo caso, (i) la privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos comportaría una operación *materialmente expropiatoria*, que solo sería constitucional si fuese acompañada de la debida *compensación económica* (art. 33 CE). (ii) Como alternativa, el ordenamiento jurídico —previa ponderación de los bienes en juego— podría *respetar* los derechos implicados, aunque hayan devenido contrarios a la nueva normativa. La exigencia de cumplimiento de la nueva legalidad podría resultar desproporcionada o comportar una injustificada destrucción de valor. Esto es lo que ocurre con los *edificios fuera de ordenación*, construidos conforme al planeamiento en su momento vigente, pero que resultan contrarios a la nueva normativa. Es por eso por lo que el ordenamiento jurídico pasa a «tolerar la situación de ilegalidad». De esta forma, no hay lesión antijurídica. (iii) Por último, la reparación del daño también podría venir dada de la mano de la *responsabilidad extracontractual*<sup>78</sup>.

## 2.5. Situaciones jurídicas protegidas

La norma no siempre configura derechos subjetivos, pero puede dar lugar a situaciones jurídicas merecedoras de protección por parte del ordenamiento jurídico. No puede excluirse que el cambio normativo resulte contrario a los principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y proporcionalidad, lo que lesionaría intereses legítimos [art. 4.1.c) LPC y art. 19.1.c) LJCA].

En sentido estricto, el interés legítimo no es un derecho subjetivo, reconocido y declarado como tal, ya que no confiere a su titular un *poder final* de hacer, no hacer o exigir frente a otro sujeto o la colectividad. De manera gráfica, podría decirse que el derecho preexiste, mientras que el interés legítimo solo alberga una expectativa de derecho<sup>79</sup>. El interés legítimo es más bien un *poder instrumental*<sup>80</sup>, que permite declarar o proteger situaciones jurídicas. En este sentido, el interés legítimo confiere a su titular la facultad de exigir a las entidades públicas un determinado comportamiento, cuando de su actuación o pasividad pueda resultar un perjuicio o beneficio directo para su esfera jurídica. Es por eso que, en sentido amplio, los intereses legítimos son también derechos subjetivos (reaccionales o impugnatorios)<sup>81</sup>, que —en último término— permiten sostener las mismas pretensiones que si se tratase de un derecho subjetivo. Como vamos a ver, el cambio

<sup>78</sup> J. A. Pimiento Echeverri (2021), *Responsabilidad del Estado por (de)limitación de la propiedad privada*, Bogotá: Tirant lo blanch, págs. 85 y ss.

<sup>79</sup> A. García-Andrade Gómez (2023), «A vueltas con los intereses legítimos: formación y sentido actual», *Revista de Administración Pública*, 220, págs. 171 y ss.

<sup>80</sup> S. Romano (1937), *Corso di Diritto Amministrativo. Principi generali*, Terza edizione, Padova: CEDAM, pág. 151.

<sup>81</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez (2022, págs. 53 y ss.).

normativo puede dar lugar a daños antijurídicos, que legitimarían a los interesados a reclamar la correspondiente indemnización reparadora.

## VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DEL CAMBIO NORMATIVO

El cambio normativo puede dar lugar a daños antijurídicos, que desencadenen la correspondiente responsabilidad patrimonial de la Administración. En concreto, (1) la Ley prevé la responsabilidad derivada de la aplicación de leyes no expropiatorias. (2) No obstante, no puede excluirse que el daño se impute directamente a la aprobación de un nuevo reglamento. (3) El cambio normativo puede generar también responsabilidad internacional, por infracción de las normas que protegen la inversión exterior.

### 1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: DAÑOS ANTIJURÍDICOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LEYES NO EXPROPIATORIAS

El art. 32.3 LSP sanciona la responsabilidad patrimonial de la Administración, (1.1) cuando la aplicación de leyes no expropiatorias, (1.2) dé lugar a daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (antijurídicos), (1.3) hay que entender que siempre que sean individualizados, (1.4) y —dice la Ley— siempre que el deber de indemnizar esté previsto en el propio texto legislativo. Como puede intuirse, se trata de requisitos difíciles de cumplir, lo que no impide que —en algunos casos— la jurisprudencia haya declarado la correspondiente responsabilidad extracontractual.

#### 1.1. Leyes no expropiatorias

El presupuesto para la existencia de responsabilidad patrimonial es que el daño resulte de la aplicación de una ley «no expropiatoria» (art. 32.3 LSP). Se imputa, pues, a la Administración un daño que debería imputarse al propio legislador (por eso, se habla de responsabilidad del «Estado legislador»)<sup>82</sup>, lo que —en último término— es una manifestación más de la personalidad jurídica única del Estado. En todo caso, sin entrar en esta polémica, lo relevante ahora es determinar *qué se entiende por leyes no expropiatorias*.

En sentido estricto, puede decirse que son leyes expropiatorias *aquellas que tienen como objeto la privación* de derechos patrimoniales, que pasan a titularidad pública o de un tercero. En consecuencia, el establecimiento de una regulación

<sup>82</sup> E. García de Enterría (2007), *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, 2ª edic., Madrid: Thomson Civitas.

general, con ocasión de la cual —incidentalmente— se produce la lesión de derechos, no se consideraría una ley expropiatoria<sup>83</sup>.

Las leyes formalmente expropiatorias son excepcionales, por lo que —si prevaleciera esta interpretación— el art. 32.3 LSP sería inaplicable. Además, no se ajustaría a la finalidad que persigue el propio precepto. A este respecto, es forzoso reconocer que *una regulación que desconoce un derecho consolidado —si no es formalmente expropiatoria— sí lo es en sentido material*<sup>84</sup>. La adopción por razones de interés general de una medida que lesiona derechos de ciudadanos o grupos de ciudadanos comporta un sacrificio especial, que debe ser debidamente compensado<sup>85</sup>. De hecho, en estos casos, se habla también de expropiación indirecta.

### 1.2. La aplicación de la ley ha de dar lugar a un daño antijurídico

La aplicación de la ley ha de dar lugar a *daños antijurídicos*, es decir, daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. Esta situación puede producirse (A) por la lesión de derechos (B) o intereses legítimos, (C) o cuando de la aplicación de la ley resulte un sacrificio singular.

#### A. Lesión de derechos consolidados

La aplicación de una ley no expropiatoria puede lesionar derechos consolidados (lo que —en el fondo— evidencia su carácter materialmente expropiatorio). La jurisprudencia ofrece algunos ejemplos al respecto. Así, (i) se reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración que resulta de la aplicación de una ley autonómica de protección ambiental, que obliga a clasificar como *suelo rústico protegido terrenos que antes tenían la clasificación de suelo urbano*, lo que ocasiona daños a los propietarios que habían *patrimonializado* su derecho<sup>86</sup>. (ii) Asimismo, se reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con los *propietarios que cedieron terrenos* para la ejecución de un plan urbanístico que no llegó a materializarse por la entrada en vigor de una ley autonómica, al no poder devolverse las fincas cedidas<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> J. L. Meilán Gil (2017), «El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración desde el Derecho español y comunitario», en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales, I. de los Mozos Touya, *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Madrid: Reus, pág. 1543.

<sup>84</sup> E. García de Enterría (2005), «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 117-118.

<sup>85</sup> ECLI:ES:TS:2018:1542, FJ 2º.

<sup>86</sup> ECLI:ES:TS:2015:2696, FFJJ 3º y ss.; ECLI:ES:TS:2014:4506, FJ 2º; ECLI:ES:TS:2016:2365.

<sup>87</sup> STS de 10.5.2012 (RJ 2012\8224).

No obstante, *en la mayor parte de los casos, los jueces niegan la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, por tres razones que ya nos son familiares.

En primer lugar, la jurisprudencia *distingue claramente los derechos de las expectativas*. (i) Como hemos visto, las *situaciones estatutarias no generan derechos, sino expectativas*. Es por eso por lo que se niega el deber de indemnizar a los funcionarios a los que se *adelanta la edad de jubilación*<sup>88</sup>. (ii) Como un nuevo ejemplo, el legislador reconoció el derecho de los contratistas al reequilibrio económico de la concesión por los sobrecostos de las expropiaciones, mediante el otorgamiento de préstamos participativos<sup>89</sup>. Las leyes de presupuestos incluyeron las correspondientes partidas en los primeros años, pero no en los siguientes. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó la demanda de responsabilidad, con el (discutible) argumento de que la norma no confería a los concesionarios un derecho perfecto a ser indemnizados. El derecho surgía de la correspondiente consignación presupuestaria, cuya previsión forma parte de la discrecionalidad del legislador.

En segundo lugar, *corresponde al legislador la definición del contenido normal del derecho*, siempre que respete su contenido esencial y no introduzca más limitaciones que las necesarias para la protección del interés general. Es por eso que el Tribunal Supremo entiende que la cesación de la actividad de *extracción de áridos*, impuesta por una ley autonómica sin prever indemnización (a diferencia del aprovechamiento agrícola), no da lugar a responsabilidad patrimonial, ya que se trata de una medida que establece límites generales al derecho de propiedad, con la finalidad de preservar los espacios naturales<sup>90</sup>.

En tercer lugar, *las actividades que se desarrollan a lo largo del tiempo, en general, no consolidan derechos*, por lo que el operador debe adaptarse a la normativa en cada momento vigente. Es por eso que (i) se niega la responsabilidad del Estado legislador por los perjuicios ocasionados a los industriales hosteleros con la aprobación de la normativa *antitabaquismo*, que prohibió fumar en dichos establecimientos, modificando una normativa aprobada cinco años antes, que permitía fumar en espacios específicamente habilitados para ello. El Tribunal rechaza la pretensión indemnizatoria de los gastos de acondicionamiento del local, al negar que se produjera una vulneración del principio de confianza legítima, ya que la autorización de espacios para fumadores tenía un cierto carácter excepcional<sup>91</sup>. (ii) La jurisprudencia ha negado también la responsabilidad del Estado legislador por no haber previsto un *régimen transitorio que facilitase a las antiguas concesionarias de canales analógicos de televisión el acceso a los nuevos canales digitales*<sup>92</sup>. La razón está en que no podían invocar un auténtico derecho subjetivo al mantenimiento de los canales

<sup>88</sup> ECLI:ES:TS:2003:5464, FFJJ 2º y 3º.

<sup>89</sup> ECLI:ES:TS:2019:3248, FFJJ 6º y 7º; ECLI:ES:TS:2022:984, FJ 2º.

<sup>90</sup> ECLI:ES:TS:2016:4347, FJ 5º.

<sup>91</sup> ECLI:ES:TS:2014:800, FJ 1º.

<sup>92</sup> ECLI:ES:TS:2017:1175, FFJJ 10º y 13º; ECLI:ES:TS:2017:3951; FFJJ 4º-8º.

de televisión, sino una mera expectativa. La no previsión de un régimen transitorio para las antiguas concesionarias tampoco infringía el principio de confianza legítima. Lo mismo respecto de la empresa encargada del servicio de transporte y difusión de la señal para todos los canales digitales de televisión<sup>93</sup>. (iii) Asimismo, se niega que la modificación del régimen de retribución de los productores de energía eléctrica con fuentes *renovables* ocasione un daño antijurídico a los interesados, ya que estos no habían adquirido el derecho a obtener una determinada retribución de manera permanente, sino solo a que sus instalaciones tuvieran una «rentabilidad razonable»<sup>94</sup>. (iv) Tampoco hay antijuridicidad en la aprobación de una ley que *elimina las ayudas para la adquisición de viviendas protegidas*, ya que se trata de una innovación normativa, que no lesiona derechos adquiridos<sup>95</sup>.

### B. Situaciones jurídicas protegidas

La aplicación de la ley puede incidir negativamente en situaciones jurídicas protegidas y, con ello, desencadenar daños antijurídicos. La identificación de estas situaciones resulta aún menos clara que en el caso de los derechos subjetivos. Es por eso por lo que, en último término, la antijuridicidad del daño debe ser decidida en cada caso, a la vista de las circunstancias concretas y por aplicación de los principios generales del derecho<sup>96</sup>.

En particular, hay que tomar en cuenta a este respecto (i) que el principio de *confianza legítima* protege a quienes puedan verse especialmente perjudicados por una brusca e inesperada modificación normativa, que sorprenda a un operador diligente, que ha de ser consciente de la movilidad del ordenamiento<sup>97</sup>. No obstante, la jurisprudencia europea destaca que, con carácter general, este principio<sup>98</sup>, no puede impedir que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones surgidas bajo la normativa anterior<sup>99</sup>. (ii) A ello hay que añadir que —en actividades que se desarrollan a lo largo del tiempo—, como criterio

<sup>93</sup> ECLI:ES:TS:2018:1082, FJ 4º.

<sup>94</sup> ECLI:ES:TS:2019:1989, FJ 13º; ECLI:ES:TS:2017:1974, FJ 8º; ECLI:ES:TS:2017:2059, FFJJ 7º y 8º.

<sup>95</sup> ECLI:ES:TS:2018:154, FJ 4º.

<sup>96</sup> J. A. Santamaría Pastor (2023), *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, Madrid: Iustel, págs. 455-456.

<sup>97</sup> E. García de Enterría (2002), «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 159, págs. 186-187.

<sup>98</sup> C. Jiménez Piernas y F. J. Pascual Vives (2015), «La tutela del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea», en AA.VV., Cizur Menor: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 73-162.

<sup>99</sup> Asunto 278/84, *República Federal de Alemania v. Comisión*, marg. 36; asunto C-168/09, *Flos Spa*.

general, no habrá lesión patrimonial cuando el cambio normativo sea consecuencia de una *alteración objetiva de las circunstancias* (tecnológicas, económicas o sociales)<sup>100</sup>. Menos aún en sectores sujetos a rápida evolución. El legislador puede incluso introducir modificaciones legislativas «repentinas», cuando se requiera para la protección del interés general<sup>101</sup>. (iii) En cambio, la lesión antijurídica podría surgir cuando la modificación legislativa se deba a un *cambio de criterios de apreciación* (que no siempre será fácil de distinguir del cambio de circunstancias)<sup>102</sup>. (iv) A este respecto, es también preciso tomar en cuenta la *naturaleza de la innovación y su repercusión* en el desarrollo de la actividad (por ejemplo, si la normativa anterior exigía determinadas inversiones y si estas pudieron o no ser amortizadas)<sup>103</sup>. (v) Por último, hay que considerar si la nueva legislación ha previsto o no *períodos transitorios* que permitan a las empresas adaptarse a las nuevas exigencias normativas.

En los últimos años se han producido en España numerosas reclamaciones ante el *cambio en el régimen de retribución de las energías renovables*. La *jurisprudencia constitucional* las ha rechazado, argumentando la evolución del sector y, en consecuencia, la previsibilidad del cambio para un operador económico diligente.

No cabe calificar de inesperada la modificación producida —dice el Tribunal—, pues *la evolución de las circunstancias* que afectaban a dicho sector de la economía hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. *No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un operador económico prudente y diligente*, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores [...] En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa<sup>104</sup> (cursivas añadidas).

### C. Sacrificio especial

La antijuridicidad del daño (i) podría también resultar de una *medida legislativa general* que trasladase a ciudadanos concretos la carga de la consecu-

<sup>100</sup> STS de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2012\400179), FJ 4º.

<sup>101</sup> ECLI:ES:TC:2012:237, FJ 6º.

<sup>102</sup> L. Parejo Alfonso (2015), «Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad», en AA.VV., *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 34-36.

<sup>103</sup> Baño León (2018, pág. 1929).

<sup>104</sup> ECLI:ES:TC:2015:270, FJ 7º.

ción de objetivos de interés general (protección de especies de fauna silvestre que ocasionan daños a agricultores y ganaderos), lo que pondría en cuestión el principio de *igualdad ante los privilegios y cargas públicas*. (ii) Lo mismo puede suceder con la aprobación de *leyes singulares*, que no expresan el ejercicio normal de la potestad legislativa, pero que no están prohibidas por la Constitución, siempre que se dicten en presencia de circunstancias excepcionales, que las justifiquen<sup>105</sup>.

A este respecto, en relación con la actividad prestacional del Poder Ejecutivo, la jurisprudencia razona que:

[...] la responsabilidad se vincula al principio de *igualdad en las cargas públicas*, porque si en esa actividad prestacional de servicios públicos para la sociedad, con beneficio para todos los ciudadanos, se ocasiona un daño a una persona concreta, individualizando ese daño, es indudable que el ciudadano que padece ese perjuicio concreto ha de ser indemnizado, porque, en otro caso, *su aportación al bien común es más intenso que el resto de los ciudadanos siendo, en última instancia, el principio de igualdad ante las cargas públicas la que justifica esta responsabilidad*; de ahí que se genere la responsabilidad no solo por la actuación anormal de la Administración, sino también por la actuación normal de dicha actividad prestacional que ocasiona el daño concreto (cursivas añadidas)<sup>106</sup>.

### 1.3. El daño ha de ser individualizado

La individualización del daño como requisito para la existencia de responsabilidad patrimonial no está explícitamente contemplada en el art. 32.3 LSP, como sí lo está en relación con la responsabilidad extracontractual de la Administración. No obstante, las razones que justifican su exigencia son las mismas en ambos casos. Los daños que se causan a la generalidad de los ciudadanos no pueden ser indemnizados.

La mayor parte de las leyes son *normas generales*. En estos casos, será difícil que se produzca un sacrificio especial. La Ley —dice el Tribunal Supremo—, por su propia naturaleza, tiene «un carácter imperativo y de generalidad para todos los ciudadanos afectados por la norma legal, [por lo que] difícilmente puede encontrarse la justificación de la responsabilidad porque difícil es, en principio, vincular un daño concreto a la mera promulgación de las leyes que, si generan un perjuicio, lo hacen para todos los que están bajo su eficacia, a lo que es inherente el deber de soportar el daño»<sup>107</sup>. No obstante, como hemos razonado a propósito del sacrificio especial, no se puede excluir que la aplicación de la ley pueda causar daños individualizados.

<sup>105</sup> ECLI:ES:TC:2013:129, FJ 4º.

<sup>106</sup> ECLI:ES:TS:2020:2387, FJ 4º.

<sup>107</sup> ECLI:ES:TS:2020:2387, FJ 4º.

#### 1.4. El deber de indemnizar ha de estar previsto en la ley

La responsabilidad patrimonial se condiciona a que el *deber de indemnizar esté previsto en la propia ley* (art. 32.3 LSP). Con ello, el legislador parece haber querido añadir certeza jurídica. (i) El problema es que introduce una limitación que hace muy difícil la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que cabe presumir que las leyes que expresamente reconozcan el deber de indemnizar serán excepcionales. (ii) Además, esta limitación no está justificada. Si se trata de una ley que lesiona derechos de los ciudadanos, o se arbitra algún mecanismo de compensación o habría que concluir su inconstitucionalidad.

## 2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR CAMBIOS REGLAMENTARIOS

La sucesión reglamentaria también puede dar lugar a daños antijurídicos, que desencadenarían la correspondiente responsabilidad extracontractual de la Administración, en los términos previstos en el art. 32.1 LSP. No se trata de repetir ahora los presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad, sino simplemente de añadir algunas precisiones que vienen al caso.

De entrada, los reglamentos están sujetos a los mismos límites constitucionales que las leyes, por lo que *no pueden incluir normas restrictivas de derechos con efectos retroactivos* (art. 9.3 CE), lo que determinaría su invalidez (art. 47.2 LSP).

Los reglamentos también deben respetar a futuro *los derechos consolidados y las situaciones jurídicas protegidas*. Es por eso que, por ejemplo, la alteración del planeamiento da también derecho a indemnización, cuando su ejecución esté lo suficientemente avanzada como para que el perjudicado haya cumplido con las cargas y deberes correspondientes<sup>108</sup>.

Esto no obstante —al igual que sucede con la ley— *no existe un derecho a la inmutabilidad normativa* («nul n'a un droit acquis au maintien des règlements») <sup>109</sup>. El principio de *confianza legítima* no ampara la congelación del ordenamiento jurídico<sup>110</sup>. Como excepción, cabría entender que se ocasiona un daño antijurídico en caso de que se produzca un brusco cambio reglamentario, sin períodos transitorios, que incida de manera individualizada en grupos de ciudadanos y altere sustancialmente las condiciones de realización de la actividad, dando lugar a resultados materialmente injustos.

Los principios de *reserva de ley y jerarquía normativa* acotan también el ámbito de los reglamentos, cuya validez depende de su conformidad con la ley.

<sup>108</sup> ECLI:ES:TS:2017:3972, FJ 4º.

<sup>109</sup> D. Linotte, D. Piette y R. Romi (2002), *Droit public économique*, Paris: LexisNexis, pág. 85, marg. 273.

<sup>110</sup> J. García Luengo (2002), *El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, págs. 228-229.

En este sentido, por ejemplo, el principio de *no regresión en la protección ambiental*<sup>111</sup> se erige en un límite a la discrecionalidad del planificador urbanístico, en la medida en que refuerza la necesidad de *motivar* la solución adoptada (art. 4.1 TrLS 2015)<sup>112</sup>. No es que el plan anterior sea canon de validez del nuevo, sino que su modificación —en la medida en que reduzca el estándar de protección ambiental— ha de encontrar su justificación en *prevalentes razones de interés público*, claramente identificadas y razonadas por el planificador<sup>113</sup>.

No obstante, hay que advertir que —de acuerdo con la jurisprudencia— la *anulación de normas reglamentarias* no necesariamente determina el surgimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. La anulación de normas o actos discrecionales —o que comporten la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados— solo origina responsabilidad cuando la *decisión no esté razonada, ni sea razonable*<sup>114</sup>. En concreto, la anulación de un reglamento (plan de urbanismo) solo genera responsabilidad patrimonial «cuando la norma anulada no fuese razonable y motivada, porque si lo fuera se excluye la exigencia de que los ciudadanos no deban soportar el perjuicio ocasionado»<sup>115</sup>. Esta jurisprudencia ha sido criticada, por entender que es contradictoria, ya que —si se anula una decisión administrativa discrecional—, precisamente, es porque no es razonable<sup>116</sup>, lo que se ha dicho que es un oxímoron<sup>117</sup>. En la mayor parte de los casos, así será. La anulación de la actuación administrativa generará responsabilidad patrimonial. No obstante, cabe pensar en actuaciones finalmente ilícitas (por ejemplo, un reglamento invalidado por ser contrario a una norma de la UE), que sin embargo en el momento de su adopción no pudieran reputarse claramente ilícitas (la disconformidad puede resultar de una nueva línea jurisprudencial de los tribunales europeos).

La jurisprudencia entiende que es posible la reclamación de la responsabilidad patrimonial, *aunque no se hayan impugnado las normas* cuya aplicación genera el daño<sup>118</sup>. Entre otras razones, el daño puede manifestarse después de que haya transcurrido el plazo previsto para la impugnación de la norma.

<sup>111</sup> A. González Sanfiel (2022), El principio de no regresión en el Derecho público, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>112</sup> ECLI:ES:TS:2023:3236, FJ 5º.

<sup>113</sup> ECLI:ES:TS:2023:3236, FJ 6º; ECLI:ES:TS:2024:1180, FJ 3º.

<sup>114</sup> ECLI:ES:TS:2017:3415, FJ 3º.

<sup>115</sup> ECLI:ES:TS:2024:1022, FJ 6º.

<sup>116</sup> S. Díez Sastre (2012), «Culpa vs. ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, pág. 6.

<sup>117</sup> T. R. Fernández Rodríguez (2022), «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, pág. 201.

<sup>118</sup> ECLI:ES:TS:2019:2009, FJ 4º.

### 3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA INFRACCIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES

La responsabilidad del Estado también podría surgir de la infracción de *normas internacionales*, en particular, las que protegen las inversiones exteriores. No obstante, su infracción no necesariamente invalida la actuación del Estado en el ámbito interno, salvo que se hayan erigido en canon de constitucionalidad, como ocurre en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Es por eso por lo que la eventual responsabilidad patrimonial del Estado habrá de plantearse a nivel *internacional*, regida por el derecho internacional. Con frecuencia, estas normas exigen la sujeción a arbitraje internacional.

En este sentido, por ejemplo, el Reino de España ha suscrito la *Carta de la Energía*, que tiene por objeto la promoción (con reglas de *soft law*) y la protección de las inversiones exteriores en este sector (con reglas de *hard law*)<sup>119</sup>. En los últimos años, han proliferado los laudos arbitrales que se enfrentan a los cambios normativos introducidos por España en el régimen de retribución de las energías renovables.

La jurisprudencia española, constitucional y ordinaria, ha rechazado que la adaptación del régimen retributivo de las energías renovables diera lugar a daños antijurídicos. No obstante, cuando el conflicto se plantea a nivel internacional —entre particulares o entre Estados—, no se aplica el derecho nacional, que se considera una cuestión de hecho, sino las normas y principios de derecho Internacional.

Con todo, no puede negarse que en la mayor parte de los casos existirá una *estrecha conexión entre ambas legalidades*, ya que —con frecuencia— la infracción de la normativa internacional debe ser decidida a la luz de las normas nacionales [«This is not to say that the national law of the respondent state or, indeed, of the claimant's state of nationality, is irrelevant, simply that *issues of that law are to be approached as matters of fact, the consequences and characterisation of which are determined by the application of international law*» (cursivas añadidas)]<sup>120</sup>.

Así, por ejemplo, el inversor no podrá alegar que se han visto defraudadas sus expectativas legítimas, si no aplicó el estándar de diligencia (*due diligence*), lo que —a su vez— le exige un conocimiento suficiente de la legislación, jurisprudencia y práctica del país en que realiza sus inversiones. Es por eso que la eventual infracción del principio de confianza legítima, por ejemplo, aunque siga los parámetros del derecho internacional, no puede dejar de tomar en cuenta la normativa nacional.

<sup>119</sup> T. Roe y M. Happold (2011), *Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge: Cambridge University Press, págs. 104 y ss.

<sup>120</sup> Roe y Happold (2011, pág. 27).

## VII. CONCLUSIONES

Primera. La seguridad jurídica es compatible con el cambio normativo, pero reclama la mayor estabilidad posible del ordenamiento jurídico. El acelerado cambio legislativo que venimos padeciendo en las últimas décadas tiene mucho que ver con un deficiente modo de legislar. Las leyes solo resistirán el paso del tiempo si están redactadas con claridad, se basan en principios y se apoyan en una sólida dogmática jurídica. Una rigurosa codificación de las normas jurídico-administrativas básicas facilitaría la coherencia, seguridad jurídica, estabilidad normativa y comprensión del sistema.

Segunda. La jurisprudencia constitucional mantiene un concepto amplio de retroactividad, que resulta confuso. Es preferible entender que solo existe retroactividad cuando la norma despliega sus efectos hacia el pasado, modificando o incidiendo en derechos o situaciones jurídicas establecidas. La aplicación retroactiva de normas restrictivas de derechos tendría carácter materialmente expropiatorio, por lo que debería ser objeto de compensación económica. En cambio, no existe retroactividad cuando la norma solo se aplica hacia el futuro, aunque —al hacerlo— incida en actividades o relaciones jurídicas que tienen su origen en el pasado, pero que no han concluido, sino que se desarrollan a lo largo del tiempo.

Tercera. La prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales no se limita a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, sino que comprende todos los derechos, incluidos la propiedad privada y la libertad de empresa.

Cuarta. No puede afirmarse categóricamente que los reglamentos no puedan tener efectos retroactivos. Leyes y reglamentos se sujetan al mismo régimen de retroactividad previsto en el art. 9.3 CE, no solo por el tenor literal del precepto —que se refiere a las disposiciones—, sino también por un criterio teleológico, ya que lo que se prohíba o permita tiene la misma razón de ser en ambos casos. Con todo, los principios de reserva de ley y jerarquía normativa reducen sustancialmente el margen del reglamento para aprobar disposiciones con efectos retroactivos.

Quinta. La contratación administrativa no deja de estar presidida por el principio de legalidad. Los derechos y obligaciones de las partes resultan de lo pactado en el contrato y, en medida muy importante, también de lo previsto en la ley. La modificación de la legislación contractual pública podría tener una incidencia muy importante en el régimen jurídico de un contrato en fase de ejecución (potestades, duración, prórrogas, extinción). No obstante, la legislación tradicionalmente ha venido previendo la ejecución del contrato conforme a la normativa vigente en el momento de su adjudicación.

La economía contractual también podría verse alterada por la aprobación de normas sectoriales. Este riesgo no está cubierto por los mecanismos legales de reequilibrio económico del contrato, que no se extienden a las medidas generales.

En este caso, el contratista no tiene más alternativa que desistir del contrato, si su ejecución deviene extraordinariamente onerosa.

Sexta. En relaciones no contractuales, el cambio normativo (con efectos solo hacia el futuro) puede también incidir en derechos, relaciones y situaciones jurídicas establecidas. La cuestión es cuándo y en qué medida se lesionan con ello derechos consolidados o se produce un resultado antijurídico. No se puede dar una respuesta de carácter general a esta pregunta, ya que hay que atender a las circunstancias de cada caso. En algunos casos, estaremos en presencia de derechos o situaciones protegidas, que deben ser respetadas o compensadas. Sin embargo, otras muchas veces no será este el caso. Las expectativas no son derechos. Es función del legislador definir en cada momento el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos, por lo que —en las actividades de funcionamiento— el operador debe ajustar su actividad a la normativa vigente.

Séptima. No es fácil que se cumplan los requisitos legales que desencadenan la responsabilidad de la Administración por la aplicación de leyes no expropiatorias, por lo que esta rara vez suele ser declarada. El daño antijurídico también podría imputarse a la aprobación de un nuevo reglamento, en cuyo caso no se exige que el deber de indemnizar esté previsto en la propia ley.