

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2020).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 212, 231-256.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.08>

SUMARIO

I. COVID-19, INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS. II. APLICACIÓN AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LOS CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. III. LA PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS Y TÉCNICAS SANITARIOS: PROMOCIONES COMERCIALES DE LOS «MÉTODOS» DE CLÍNICAS ODONTOLÓGICAS: 1. Los hechos y el recorrido judicial hasta el recurso de casación. 2. El planteamiento del recurso de casación y el auto de admisión. 3. La decisión de la Sentencia del Tribunal Supremo 305/2020. 4. Una reflexión final. IV. EL *DIES AD QUEM* DEL PLAZO DE CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO: LA STS 366/2020, DE 12 DE MARZO.

I. COVID-19, INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS

La pandemia de la COVID-19 ha incidido de forma directa en nuestro ordenamiento jurídico. En poco tiempo, por la necesidad de dar respuesta urgente a un fenómeno desconocido, se ha aprobado un número muy significativo de disposiciones de distinto valor normativo y con objetivos materiales muy diversos. Su eficacia y su adecuación a los principios generales de nuestro estado de derecho se irán analizando en el futuro inmediato. Al poder judicial corresponderá el examen de esta segunda cuestión.

Pero ya en estos momentos contamos con algunas resoluciones jurídicas que han debido hacer frente a conflictos en los que se debían enjuiciar medidas aprobadas por la COVID-19. Los Autos dictados con ocasión de petición de medidas cautelares han aparecido en primer lugar.

El presente comentario tiene como objeto dos Autos del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2020 y 20 de abril de 2020, recurso ordinario – 91/2020, que, con ocasión de la solicitud de medidas cautelares positivas ante una pretendida inactividad administrativa del Gobierno del Estado, desestimaron en primer lugar la petición de medidas cautelares, y luego, en el trámite ordinario, impusieron al Gobierno unas actuaciones que no coincidían plenamente con lo solicitado por los recurrentes.

El pleito principal dentro del que se formula la petición de medidas cautelares es el recurso interpuesto, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, frente a la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12,4 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declaró el estado de alarma. El derecho fundamental que se entiende vulnerado es el de la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución. Dentro de este procedimiento inicial se ejercita una acción por inactividad. La inactividad que se denuncia es no haber dado cumplimiento, por parte del Gobierno del Estado, a lo dispuesto en el art. 12,4 antes citado. Es decir, la no adopción de medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional, en concreto, según establece el citado precepto, llevar a cabo la «mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria». Medidas que a juicio de los recurrentes debieron llevarse a cabo de forma inmediata una vez que el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó la situación sanitaria como pandemia.

Dentro del pleito principal, los actores, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, solicitó, al amparo del art. 135 de la LJCA, la adopción de la medida cautelarísima consistente en requerir al Ministerio de Sanidad que proveyera:

[...] con carácter urgente e inmediato en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios

de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN, CALZAS ESPECÍFICAS y CONTENDEROS (sic) GRANDES DE RESIDUOS, siguiendo las recomendaciones de la OMS y los protocolos de protección del propio Ministerio de Sanidad.

Pese a ejercitarse en el pleito principal una acción por inactividad, los recurrentes no optaron por solicitar la cautelar del art. 136,2, esto es, la que puede solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso administrativo.

Los recurrentes justifican su petición de medida cautelarísima, inaudita parte, por razones de urgencia vital para los profesionales y ciudadanos.

Celebrada la comparecencia en Sala de las partes, de conformidad con lo que permite el art. 135 de la LJCA, el Tribunal, tras recordar que la situación de emergencia no interrumpe el funcionamiento del poder judicial, formula una primera observación de carácter formal respecto al procedimiento seguido en el pleito principal, es decir, el recurso a la acción por inactividad. En relación con esta cuestión señala que «el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción requiere, cuando la administración esté obligada a una prestación concreta, que los interesados se dirijan, en primer lugar, a ella reclamándosela y, sólo ante la falta de respuesta de la misma en el plazo señalado por el apartado 1 de ese precepto, les reconoce el derecho a deducir recurso contencioso administrativo contra esa inactividad. No nos ha dicho la Confederación recurrente que haya efectuado tal reclamación».

No obstante la afirmación anterior, que queda apuntada pero sin que se le dé mayor trascendencia, la Sala se plantea si la falta de medios con que cuenta el personal sanitario, hecho que califica de notorio, es fruto o no de la inactividad administrativa. Cuestión esta que se afirma no puede ser decidida sin oír antes a la Administración demandada, por lo que se resuelve que no cabe conceder la medida cautelarísima, acordándose al mismo tiempo que la pieza de medidas cautelares se tramite por el procedimiento ordinario de los arts. 129 y siguientes de la LJCA.

De esta forma se abrió la pieza ordinaria de medidas cautelares, que se resolvió mediante el Auto de 20 de abril de 2020, cuyo contenido constituye el objeto principal de nuestro comentario.

Una vez se abrió la nueva pieza cautelar se dio traslado del escrito por el que la parte recurrente solicitó la adopción de una medida cautelar positiva al abogado del Estado y al Ministerio Fiscal.

De los escritos que aportaron la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, resumidos en el Auto que comentamos, merece destacarse lo siguiente. El abogado del Estado alega la inexistencia de dejación de funciones reprochable jurídicamente por parte del Gobierno, ya que a su juicio está acreditado que el Gobierno ha llevado a cabo un cumplimiento diligente de lo exigido en el art. 12,4 del RD 463/2020. A ello se añade la referencia a la falta de los requisitos legales para el

ejercicio de la acción por inactividad, en particular, la no existencia de un contenido prestacional concreto en el art. 12,4 del RD 463/2020 que se dice infringido y la no reclamación previa a la Administración demandada para que cumpliera con su obligación prestacional. Por último se afirma que dado que la actuación de la Administración se ha materializado en la adquisición y puesta a disposición del material reclamado, la medida cautelar solicitada ha quedado sin objeto.

El Ministerio Fiscal se opone también a la concesión de la medida cautelar solicitada con argumentos similares a los del abogado del Estado, insistiendo en la falta de condiciones para el ejercicio de la acción por inactividad, pues no concurre en el art. 12,4 del RD 463/2020 la previsión de una actividad concreta exigible por parte de los recurrentes, y por otro lado no se ha efectuado el previo requerimiento al Gobierno para que llevara a cabo las pretendidas prestaciones concretas exigibles. Concluye el Ministerio Fiscal diciendo que más que la impugnación de una inactividad de la Administración en el sentido del citado art. 29, lo que se ha planteado es «la pretensión de que el Tribunal Supremo, o el Poder Judicial en su conjunto, actúen como instrumento o agente de presión o incentivación actual y activa sobre las Administraciones responsables exigiéndoles mayor diligencia y eficacia en la gestión de la situación crítica en que nos hallamos».

Teniendo en cuenta todos estos elementos, la Sala entra a resolver sobre la petición de la medida cautelar solicitada. Con este fin, en primer lugar se rechaza el tener que entrar a pronunciarse sobre la procedencia o no de la acción de inactividad, acción ejercitada en el pleito principal del que pende la medida cautelar. Y este rechazo se hace en los términos siguientes:

[...] no vamos a ocuparnos ahora de los extremos apuntados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal sobre la falta de acreditación de la reclamación previa prevista en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción ni sobre si el art. 12.4 del Real Decreto 463/2020 entraña o no una obligación para la Administración de la naturaleza prevista en dicho art. 29. Son, al igual que el juicio —estrechamente vinculado a los aspectos anteriores— sobre si estamos o no ante una inactividad de la Administración, extremos que habrá que abordar y resolver en sentencia.

Rechazada esta cuestión previa, se entra a resolver sobre la medida cautelar en base al criterio principal que rige este tipo de medidas, esto es, la ponderación de los intereses en juego, art. 130 de la LJCA.

Para la Sala, el interés de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos es coincidente con el interés público propio de la acción Administrativa, la protección de la salud de los profesionales sanitarios. Al tratarse de una medida cautelar positiva, no existe la contraprestación de intereses que suele darse en las medidas cautelares suspensivas entre quien solicita se paralice la actuación de la Administración y la Administración que desea llevarla adelante. A esta consideración se añade que es notorio que los profesionales no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El interés público está, por tanto, del lado de la medida cautelar, de la exigencia de la actividad que se solicita. Pero se añade

que, no obstante ello, no puede darse lo que se solicita en la petición de la medida cautelar, pues ello supondría reconocer la pretensión de fondo, esto es, que ha existido una inactividad reprochable y exigible.

No obstante lo anterior, a continuación se invoca el interés principal concernido por la medida cautelar, la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud de los profesionales sanitarios, cuya tutela, se concluye, debe ser otorgada. Y la forma de tutelar este bien de interés general es adoptar la medida cautelar de requerir al Ministerio de Sanidad para que emprenda de inmediato las actuaciones precisas para superar las carencias apreciadas y hacer realidad el objetivo allí previsto, imponiendo a su vez el Ministerio de Sanidad la obligación de informar quincenalmente a la Sala de las concretas medidas adoptadas en cumplimiento del auto, con indicación de la distribución efectiva de los medios de protección del personal sanitario entre las comunidades autónomas y de la que dentro de estas se efectúe por sus servicios sanitarios, para lo cual habrá de recabarles los datos correspondientes y adoptar las medidas necesarias.

El contenido de la resolución adoptada en el Auto de 20 de abril de 2020 nos plantea varias dudas relativas tanto a su fundamentación jurídica como a su eficacia. Ciertamente la falta de medios materiales para los sanitarios que ponían sus vidas en peligro para luchar contra la COVID-19 parece justificar la construcción jurídica de una respuesta favorable a sus peticiones. Pero ¿no se han vulnerado reglas básicas del fundamento de las medidas cautelares? ¿Da satisfacción real lo dispuesto en el Auto a la petición de los recurrentes? ¿No ha acabado actuando el Tribunal Supremo, como decía el Ministerio Fiscal, como agente de presión sobre los responsables de las Administraciones exigiéndoles mayor diligencia y eficacia en la gestión de la situación crítica en que nos encontramos?

La primera duda es la relativa a si puede concederse una medida cautelar cuando el pleito principal en cuyo seno se solicita debe inadmitirse, y tal inadmisión es manifiesta. En el presente caso la acción por inactividad carece de fundamento legal, como pusieron de manifiesto los escritos de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, y como de hecho reconoció la propia Sala en su primer Auto. El art. 12,4 del RD 463/2020 no establece la obligación de prestación concreta alguna y, por tanto, no existe un derecho a esta prestación que pueda reclamarse mediante una acción que está diseñada para exigir aquella prestación concreta a la que se tiene derecho. Hay que recordar que el art. 12,4 establece un deber genérico de actuación, llevar a cabo la «mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria», deber de actuación que se vincula a las necesidades que se pongan de manifiesto. Pero no impone una actuación concreta que dé lugar a un derecho subjetivo de los ciudadanos a su reclamación. Pero de forma aún más patente, falta la reclamación previa, requisito formal ineludible para poder ejercer la acción de inactividad.

Por tanto, si la acción ejercitada debe inadmitirse, si lo que procede en el pleito principal es declarar su inadmisión al amparo de lo que establece el art. 51,3

de la LJCA («el recurso se inadmitirá si fuere evidente la ausencia de obligación concreta de la administración respecto de los recurrentes»), ¿puede acordarse la medida cautelar solicitada? El art. 136 de la LJCA, por su parte, establece que en el caso del art. 29 la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en dicho precepto, lo que ocurre en este caso de forma evidente, a pesar de lo cual no se contiene en el Auto que comentamos ninguna referencia a este importante dato. Examinar la procedencia de la admisibilidad del recurso principal antes de entrar a enjuiciar si procede o no la medida cautelar no significa entrar en el fondo del asunto, no es apreciar si concurre o no el *fumus boni iuris*. Es simplemente analizar si puede entrarse en la pieza cautelar de suspensión que, como tal, pende de la admisibilidad del proceso principal en cuyo seno se solicita.

Por otro lado no creemos que la medida cautelar adoptada sea eficaz ni responda a lo solicitado por la entidad recurrente. En su parte resolutive, el Auto de 20 de abril de 2020, dado que en el art. 12,4 del RD 463/2020 no existían obligaciones concretas cuya prestación pudiera exigirse, como solicitaban los recurrentes, se limita a requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de «todas las medidas a su alcance», para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios. Esta resolución supone dejar al Ministerio, el órgano técnico en la materia, determinar las medidas a tomar, con lo que reiterará que son las que ya ha tomado, e informará en tal sentido a la Sala, sin que esta pueda determinar si las medidas son o no las que podían y debían adoptarse.

La Sala actúa en este punto de forma correcta, ya que no puede sustituir a la Administración en la determinación de los medios necesarios que deben proveerse y como deben distribuirse en el territorio. Pero al actuar así pone en evidencia que no existían prestaciones concretas exigibles en el art. 12,4, pues si hubieran existido se hubieran podido exigir en la medida cautelar.

La medida cautelar concedida de hecho se desvincula de lo que solicita la parte como concreta medida positiva, y de su pretensión de fondo en el pleito principal, pero considerando la existencia de un interés general en contar con una Administración diligente y eficaz dada la gravedad de la situación sanitaria, se le exige que actúe de forma diligente y que cumpla la norma. La Sala parece resistirse a rechazar lo que se solicita por simples argumentos formales, el error en la vía escogida, la inexistencia de obligaciones concretas que puedan ser el objeto de la medida positiva, y lanza un mandato general a la Administración para que asuma sus responsabilidades. En definitiva, creemos que incurre en lo que denunció el Ministerio Fiscal, esto es, ha actuado como instrumento o agente de presión o incentivación actual y activa sobre las Administraciones responsables exigiéndoles mayor diligencia y eficacia en la gestión de la situación crítica en que nos hallamos. Noble cometido, pero que a nuestro juicio carece de fundamentos jurídicos para llevarse a cabo en un Auto de medidas cautelares en el seno de un recurso por inactividad administrativa. (JT)

II. APLICACIÓN AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LOS CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Es bien conocida la jurisprudencia del TC y del TS sobre el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio administrativo negativo al establecer que este queda abierto mientras la Administración no cumpla con su obligación de dictar un acto expreso y, por tanto, no resulta de aplicación lo previsto por el art. 46.1 LJCA que fija un plazo de seis meses a partir del día siguiente al que se produzca el acto presunto. Entonces surge la cuestión de si dicho razonamiento también podría utilizarse para flexibilizar el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo cuando este se dirija contra la inactividad de la Administración en el caso que persista dicha inactividad y no aplicar el art. 46.2 que fija un plazo de dos meses desde el día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en el art. 29 LJCA. Este precepto establece el plazo de tres meses desde la presentación de la reclamación para dar cumplimiento a la prestación concreta a la que está obligada la Administración en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo (art. 29.1 LJCA) o de un mes desde la presentación de la reclamación para ejecutar el acto administrativo firme (art. 29.2 LJCA).

Esta cuestión es objeto, en relación al supuesto de inactividad del art. 29.1 LJCA, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2020 (139/2020, Sección 5ª y ponente Inés Huerta Garicano) que estima el recurso de casación del Consorcio Ruta Minera contra el Auto de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) de 3 de mayo de 2018 que, con estimación de la alegación previa del abogado del Estado de extemporaneidad, inadmitió el recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad del Ministerio de Energía, Turismo y Agencia Digital respecto de las obligaciones de pago derivadas de un Convenio de Colaboración con el Organismo Autónomo «Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras». Y, por consiguiente, el Tribunal Supremo ordena la retroacción de actuaciones al momento anterior a dicho auto.

En este caso, la reclamación prevista por el art. 29.1 LJCA se presentó el 9 de noviembre de 2015, fue respondida el 26 de noviembre de 2015 y, finalmente, se interpuso el recurso contencioso-administrativo el 2 de junio de 2017. En aplicación del art. 46.2 LJCA, la Audiencia Nacional declaró extemporáneo el recurso al considerar que incumplía tanto el plazo de dos meses desde la notificación de la respuesta como el de tres meses desde la presentación de la reclamación.

El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación fijando la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia con interpretación de los arts. 29.1 y 46.1 LJCA:

Si en los recursos contencioso administrativos interpuestos en los supuestos previstos en el arts. 29 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), transcurridos los plazos previstos en dicho artículo sin obtener respuesta de la Administración y transcurrido el plazo de dos meses subsiguiente previsto en el art. 46.2 del mismo texto legal, el recurso contencioso puede ser inadmitido, o no, por extemporáneo cuando ha sido interpuesto contra la inactividad de la Administración.

Cabe advertir que la sentencia no es lo suficiente clara para saber si se está refiriendo a cuando persista la inactividad y falte respuesta a la reclamación o también cuando se mantenga la inactividad con independencia que se haya dado o no respuesta a la reclamación. La cuestión planteada parece referirse al primer supuesto al mencionar «sin obtener respuesta de la Administración». Pero los hechos descritos y el razonamiento posterior de la sentencia se inclinan más bien hacia el segundo supuesto debiéndose interpretarse la falta de respuesta de la Administración en el sentido de falta de la actuación administrativa obligada. Sin duda hubiera sido deseable una mayor claridad sobre este aspecto tan importante.

En primer lugar, se trae a colación la sentencia de esta misma Sección Quinta del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (recurso de casación 1717/17) en la que se planteaba la siguiente cuestión:

[...] si, efectuado un nuevo requerimiento o reclamación contra la misma inactividad, comienzan a computarse de nuevo los plazos antedichos, habilitando así la posibilidad de interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra dicha inactividad; identificándose asimismo como las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación los arts. 29.1 y 46.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»

Y dicha sentencia declaró que:

[...] mientras persista la situación de inactividad administrativa que habilita para el ejercicio del recurso contencioso administrativo por inactividad, al amparo del art. 29.1 LJCA, con posterioridad al obligado requerimiento previo a la Administración para que atienda al cumplimiento de su obligación, cabe efectuar un nuevo requerimiento contra la misma inactividad, en tanto que no existe precepto legal alguno que lo impide; con el consiguiente reinicio del cómputo de los plazos procesales previstos para el ejercicio de dicho recurso, y habilitando así la posibilidad de interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra dicha inactividad.

Vemos, pues, cómo esta sentencia ya admitía la posibilidad de plantear un segundo requerimiento para reabrir los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo mientras persista la inactividad. Pero no llega a pronunciarse de forma general sobre si el plazo queda abierto indefinidamente mientras dure la inactividad sin necesidad de presentar nuevas reclamaciones. O sea, se

centraba, principalmente, en analizar el art. 29.1 LJCA a los efectos de si se puede presentar más de una reclamación abriendo de nuevo el plazo de recurso contencioso-administrativo. En un cierto sentido, en esta ocasión se rechazó toda posible interpretación de que el recurso contra el segundo requerimiento fuera equiparable a un recurso contra un acto —aquí inactividad— que fuera reproducción de otro anterior firme y consentido, que pudiera dar lugar a su inadmisión (art. 28 LJCA).

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero que comentamos se centra directamente en el art. 46.2 LJCA, a los efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad mientras persista la inactividad y a pesar de haberse superado el plazo establecido en el art. 46.2 LJCA. Como dice la sentencia:

En este recurso, sin embargo, la cuestión propuesta, única y exclusivamente, se desenvuelve en el ámbito del art. 46.2 en relación con el 29.1 LJCA, cuando, como aquí acontece, el recurso jurisdiccional se interpuso transcurridos con creces el plazo de 2 meses previsto en el art. 46.2, computados, una vez transcurrido el plazo de 3 meses desde el requerimiento a la Administración de cese de la inactividad, sin respuesta o con respuesta negativa (5 meses en total desde el requerimiento).

Si bien la sentencia menciona la diferencia entre la inactividad y el silencio administrativo negativo, considera aplicable también el razonamiento de la jurisprudencia del TC y del TS (con especial cita de, entre otras, de la STC 52/2014) para declarar que la interposición del recurso contencioso-administrativo de las desestimaciones por silencio no queda sujeta al plazo de seis meses del art. 46.1 LJCA. A estos efectos, reproduce diversos extremos de dicha jurisprudencia para recordar, sucintamente, que el art. 46.1 LJCA se refiere a actos presuntos y, tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, el silencio administrativo negativo ya no comportaba ningún acto administrativo finalizador del procedimiento, sino que la Administración continuaba obligada a resolver el procedimiento administrativo sin vinculación alguna al silencio negativo. Se parte de la base que la ciudadanía no está obligada a recurrir las desestimaciones por silencio y que la Administración no puede beneficiarse del incumplimiento de su obligación de resolver expresamente los procedimientos administrativos.

Y el Tribunal Supremo concluye declarando que, con interpretación de los arts. 29.1 y 46.2 LJCA, «la impugnación jurisdiccional de la inactividad de la Administración, cumplido el requerimiento (que puede reiterarse mientras subsista la inactividad y no tenga respuesta) y el plazo establecido en el art. 29.1, no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.2». Por consiguiente, considera que, si bien el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad había superado sobradamente el plazo establecido en el art. 46.2, no podía entenderse extemporáneo.

Como puede verse, con esta sentencia se da un paso más en la progresiva consolidación de la plenitud de la tutela judicial frente a la inactividad de la Ad-

ministración. En su momento la doctrina reclamó primero, y elogió después, la introducción del recurso contra la inactividad material de la Administración como un importante avance en el control jurisdiccional pleno de la actuación administrativa. Pero también advirtió desde el primer momento que la solución ofrecida por la ley corría el riesgo de que en realidad se limitara, en el fondo —y a pesar de las diferencias entre ambas figuras— a reconducir una inactividad material o prestacional hacia una inactividad formal, a través de la figura de la reclamación o requerimiento y la falta de atención o respuesta al mismo. El acceso a la jurisdicción —el cómputo de los plazos respectivos— se articulaba en ambos casos sobre la base de una inactividad formal.

Así pues, el Tribunal Supremo ha optado, congruentemente, por aproximar la solución que merecen una y otra situación, y eliminar también para el recurso contra la inactividad el efecto de la caducidad del plazo establecido en el art. 46 LJCA. (TF y AP)

III. LA PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS Y TÉCNICAS SANITARIOS: PROMOCIONES COMERCIALES DE LOS «MÉTODOS» DE CLÍNICAS ODONTOLÓGICAS

La Sentencia del TS 305/2020, ponente María del Pilar Teso Gamella, plantea un tema que desde la perspectiva de la intervención de los poderes públicos en temas que afectan a la sanidad, no deja de presentar un interés suplementario en la época que vivimos de la crisis de la COVID-19.

1. LOS HECHOS Y EL RECORRIDO JUDICIAL HASTA EL RECURSO DE CASACIÓN

La empresa «Dentoesthetic, Centro de Salud y Estética Dental» (en adelante «Dentix») vio denegada su solicitud de autorización para la difusión de publicidad sanitaria, por Resolución del presidente del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de 9 de junio de 2015 (la previsión de posible autorización por parte del consejero de Sanidad para delegar la facultad de otorgar o denegar estas autorizaciones a los respectivos colegios profesionales se halla en la D. Ad. 3ª del Decreto Foral 213/1993, de 5 de julio, en esta nota no entraremos en esta cuestión). La autorización solicitada lo era, según recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra a la que luego haremos referencia:

[...] para la difusión de publicidad sanitaria consistente en sendos folletos en los que aparecen personas famosas sobre cuyas imágenes recoge el siguiente texto: «La nueva forma de hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un caballero medieval o Eduardo Noriega. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros». O «La nueva forma de

hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un buzo o Cristina Pedroche. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros». Y en el reverso se hace referencia al Método Dentix (Clínicas propias no franquiciadas, equipo 360°): equipo integral que ofrece todos los servicios necesarios, más implantes, menor precio, y tecnología vanguardista. También se hace referencia al precio de Ortodoncia y la Implantología dental (aclarando qué son los implantes).

Dentix presentó recurso de alzada que fue desestimado por acuerdo del Gobierno de Navarra de 14 de octubre de 2015, resolución que fue impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de Pamplona estimó el recurso mediante sentencia de 16 de noviembre de 2016. El argumento principal de esta sentencia giró en torno a la idea de que no se trataba de una difusión publicitaria de un producto sanitario, ya que en realidad de lo que se trataba era de difundir una descripción del «método Dentix», que incide en realidad en elementos de carácter empresarial y económico, y no estrictamente de carácter sanitario. Según podemos conocer después en el texto de la sentencia del Supremo objeto de nuestro comentario, el juzgado de Pamplona puso énfasis en que en ningún apartado del tríptico publicitario se alude al tipo de implante utilizado, ni a que desde la perspectiva sanitaria sea mejor o permita obtener mejores resultados que otros, aspecto, entiende el juzgado, que es el que realmente entraría dentro del sentido de la norma que prohíbe en determinados términos la publicidad. Nada se publicita, entendía el juzgado, discrepando, se dice, de informes sobre la cuestión de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, sobre el concreto implante dental ni sobre la técnica quirúrgica utilizada, de manera que la presencia del famoso se limita a ser un reclamo que no va más allá del sistema empresarial de la clínica.

La Comunidad Foral de Navarra interpone recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, alegando motivos relacionados con error en la valoración de la prueba y con vulneración del ordenamiento jurídico, principalmente en relación con el art. 38.8 (precepto que regula la publicidad y promoción de productos sanitarios) del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. El recurso lo resuelve la STSJ Navarra 132/2017, de 14 de marzo, rec. 42/2017, ponente María de las Mercedes Martín Olivera. La sentencia estima el recurso, apreciando error en la valoración efectuada en la sentencia del juzgado. La sentencia del TSJ entiende aplicable la normativa, tanto estatal como autonómica, que regula la publicidad de productos sanitarios, en los que se entienden comprendidos las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios. Y dentro de ella, el anteriormente citado art. 38.8, que prohíbe la inclusión de recomendaciones formuladas por personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a la utilización del producto. La sentencia estima el recurso de una manera muy directa, entendiendo que de manera clara y evidente en este caso se utiliza la imagen de dos personas famosas para publicitar el método utilizado por la empresa, pero

también para publicitar un producto sanitario, en aplicación del art. 1 del Decreto Foral de Navarra 203/1997, de 28 de julio, que regula el procedimiento para la autorización administrativa previa de la publicidad de productos sanitarios, que define la publicidad directa al público de estos productos. De este modo, la sentencia de la sala de Navarra, partiendo de un error de apreciación de la prueba, acaba dando pie a una interpretación de las normas aplicables.

2. EL PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y EL AUTO DE ADMISIÓN

La empresa Dentix prepara recurso de casación y aduce, para defender el interés casacional, lo siguiente:

En primer lugar, los arts. 2 (que se refiere a las definiciones) y 38.8 (antes citado) del Real Decreto 1591/2009: Dentix defiende que dentro del ámbito de aplicación de estas normas no entran los servicios de odontología, ya que las normas prohibitivas en cuestión deben ser interpretadas de forma «estricta», de modo que las normas limitativas de publicidad de productos sanitarios no deben ser ampliadas a la publicidad de los servicios de implantología, ortodoncia y otros, con lo que sí se podría haber llevado a cabo la publicidad en cuestión.

En segundo lugar, el art. 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria: Dentix entiende que no resulta aplicable, dado que esta norma se refiere a productos cuya finalidad sanitaria no está acreditada.

A continuación, Dentix esgrime que existen sentencias que según ella presentan supuestos análogos y que llegan a resultados distintos con interpretaciones diversas de los preceptos aplicables, y también argumenta en base a la cantidad creciente de clínicas dentales, que necesitarán sobre esto un criterio jurídico uniforme, y en base a que el recurso fue inicialmente planteado contra un acuerdo del Consejo de Gobierno de Navarra.

El Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2018, ponente Celsa Picó Lorenzo, estima cumplidos los requisitos para la admisión de la casación. Y pasa a formular la cuestión de interés casacional de la siguiente manera (razonamiento jurídico primero):

- (i) si el art. 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, artículo referido a las prohibiciones y limitaciones de la publicidad de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, resulta extensible a los servicios de odontología; (ii) si resulta relevante, a los efectos de ofrecer una respuesta a dicha cuestión, el hecho de que la publicidad concreta relativa a los servicios de odontología incluya también la publicidad de productos sanitarios, y si resulta irrelevante que dichos productos requieran de asistencia especializada para su implantación.

Pero nos interesa en esta nota destacar especialmente la siguiente afirmación añadida que hace el TS en este auto para descartar que concurriera la excepción prevista en el art. 88.3 *in fine* de la LCJA (carencia manifiesta de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia). Dice lo siguiente el TS:

Y no concurre la excepción prevista en el art. 88.3 *in fine* LJCA, es decir, el asunto no carece manifiestamente de interés, toda vez que, en efecto, se aprecia un margen de interpretación relevante en la normativa concernida, en un sector de singular relevancia pública que requiere del máximo celo en la aplicación del Derecho, cual es el sanitario.

Destacamos este fragmento, ya que pone de manifiesto la base de las razones de intervención específica de las autoridades y del enfoque especialmente importante que sobre estas materias se debe realizar desde el derecho público, debido a las garantías que deben ser aplicadas en sectores cuya especial sensibilidad no hace falta explicar. Luego lo retomaremos con la sentencia del Supremo y mencionando algún precedente.

3. LA DECISIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 305/2020

El recorrido propio de la sentencia comienza en su FJ 3, en que efectúa una exposición de la normativa en materia de publicidad de los productos sanitarios. Comienza por referirse al art. 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, precepto que prevé la posibilidad de establecer un régimen especial y un régimen de autorización administrativa previa para la publicidad de materiales o productos sanitarios y otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de «los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio».

A continuación, la sentencia directamente declara que hay que entrar, dado el caso, en la normativa sanitaria, y comienza con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ley que en su art. 27 establece que las Administraciones públicas controlarán la publicidad y la propaganda comercial para ajustarse a criterios de veracidad en lo relativo a la salud y para evitar un perjuicio a la misma, con especial atención a la población más vulnerable.

La sentencia interrumpe aquí el repaso normativo para remarcar que la actividad publicitaria relativa a productos sanitarios se halla sometida a un régimen detallado, y que aquí la intervención administrativa...

[...] se justifica por lo delicado de la materia publicitada, y se concreta en un régimen de autorización administrativa previa, y en la previsión de unos límites específicos a la publicidad. Así es, se somete la publicidad comercial de productos, actividades o servicios de finalidad sanitaria, a un control que garantice la observancia de los criterios de veracidad, claridad e información, esenciales en todo aquello que

afecte a la salud, atendidos los perjuicios que en dicho ámbito pueden ocasionarse para las personas.

De alguna manera, pues, se pone de manifiesto la presencia de razones imperiosas de interés general que en casos como el presente obligan a intervenir de manera específica en la intersección entre actividades publicitarias y productos o técnicas que afectan a la salud de las personas, ámbito en el que se hallan presentes razones de fondo para la regulación e intervención públicas.

A continuación, la sentencia realiza un segundo paso relevante, que es el de equiparar los medicamentos y productos sanitarios, desde este punto de vista de las restricciones a la publicidad, a las técnicas o procedimientos médicos ligados a su utilización. Para ello, siguiendo el repaso normativo, la sentencia utiliza el art. 78.8 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En ese precepto se establece que «[l]a publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios», a lo que se añade el apartado anterior, el séptimo, del mismo artículo, en el que se dispone que «[n]o podrán ser objeto de publicidad destinada al público los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios». Hay que precisar que el texto legal vigente en la actualidad en esta materia, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, recoge idénticas previsiones en los arts. 80.8 y 80.7 respectivamente.

De manera que el Supremo afirma que las técnicas o métodos quedan incluidos en el radio de acción de estas previsiones, con lo que resulta irrelevante a efectos de régimen publicitario que se trate o no de un medicamento o producto sanitario en sentido estricto, si resulta que es una técnica o método en el sentido antes indicado. Referencias normativas a la publicidad que finalizan con la mención del ya citado art. 38, en sus apdos. octavo y noveno, del RD 1591/2009, Real Decreto cuyas disposiciones tienen en su mayor parte carácter de normativa básica de acuerdo con el art. 149.1.16 CE (y todas responden a competencias estatales reconocidas en dicho precepto constitucional). Recordemos el tenor literal de esos dos apartados del art. 38:

8. En la publicidad de los productos dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. Se exceptúa de esta prohibición la publicidad promovida por las Administraciones públicas.

9. Queda prohibido efectuar publicidad dirigida al público de los productos que sean aplicados o utilizados directamente por dichos profesionales, así como la publicidad de todo producto que sin ajustarse a lo establecido en este real decreto pretenda realizar alguno de los fines previstos en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b).

De este modo, tomada la decisión interpretativa de incluir el «método Dentix» en el ámbito de aplicación de esta normativa, que comporta el resultado de denegar la autorización solicitada por la empresa, la conclusión siguiente es la de declarar no haber lugar al recurso de casación, y también la de afirmar que no resulta de aplicación en el caso controvertido el RD 1907/1996, antes mencionado, cosa que de todos modos da pie a entrar en la cuestión de interés casacional.

Así, si bien la cuestión de interés casacional quedaba ceñida a las cuestiones vinculadas al rol de esta última norma reglamentaria, vemos que los pasos previos que da el TS no son menos relevantes.

La cuestión de qué lugar ocupa en el caso el RD 1907/1996, que ya hemos anunciado que no se juzga aplicable, la resuelve el FJ 4. Después de repasar sus bases legales, el TS hace hincapié en cómo su art. 1.1 se refiere al control de la publicidad de productos o métodos que se presentan con «pretendidas finalidades sanitarias», mención esta clave, que resulta evidente que no incluye a la odontología, cuya finalidad sanitaria es clara, a lo que añade el Supremo que se trata de una de las ciencias de la salud. Aquí el Supremo da la razón al recurrente, en cuanto está claro que su actividad es de acreditada finalidad sanitaria.

Sin embargo, y a la vista de todo el marco normativo anteriormente mencionado, la sentencia concluye que la resolución administrativa y la sentencia del TSJ de Navarra no quedan por ello privadas de soporte normativo. Ya que, pese a que es cierto que el art. 4.7 del RD 1907/1996 prevé expresamente la prohibición general de publicidad mediante la que se pretenda «aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo», el Supremo vuelve a recordar que ese mismo régimen está previsto en las normas de productos sanitarios, que incluyen los «métodos» como el del caso, dada la interpretación sistemática llevada a cabo, como hemos visto, por el tribunal.

Es importante entonces advertir que el último párrafo de este fundamento jurídico dice lo siguiente, relevante para la inclusión del «método» (del «método Dentix» en esta ocasión):

El método a que se alude en la publicidad en cuestión, en los términos que hemos recogido en el fundamento primero al transcribir en parte la sentencia dictada en apelación, queda incluido en las denominadas técnicas del citado precepto legal, art. 78.8 [de la Ley del Medicamento antes citada], sobre todo cuando comprobamos el tenor de la publicidad realizada, por un actor y una presentadora, al referirse a la «nueva forma de hacer odontología». Lo que no sugiere, ni evoca, a una eficiente gestión de tipo empresarial, sino a la forma en que realiza o se presta el servicio sanitario propio de una de las ciencias de la salud.

Definición que se podría haber ubicado en párrafos anteriores, cuando se establecía la equivalencia entre productos y métodos o técnicas.

La respuesta a la cuestión de interés casacional se limita entonces a decir que no se aplica el precepto mencionado del Real Decreto 1907/1996 a la actividad

de la odontología. Sin embargo, hemos visto la importancia que adquiere toda la fase previa de interpretación de la normativa y de interpretación también de lo que supone un «método» como en el caso aquí implicado, cuestión de enorme importancia para la aplicación efectiva de las garantías del derecho público en cuestiones relativas a la protección de la salud y en concreto en aquellas áreas que tienen que ver con los usos de la publicidad y la promoción comercial y sus posibles consecuencias negativas. La importancia de estas operaciones interpretativas hace que incluso siendo válido el argumento de Dentix de la no aplicación al caso del RD 1907/1996, se declare que no ha lugar al recurso de casación, cosa que obliga a integrar la respuesta en sentido estricto de la cuestión de interés casacional con toda la parte anterior.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL

Precisamente al hilo de esto último, creemos conveniente una reflexión final. El objetivo de esta nota no era tanto el de entrar en el tema específico de la publicidad que recurre a personas famosas en el ámbito de las clínicas dentales. Un tema que requeriría hacer mención a precedentes jurisprudenciales en diversos sentidos, como el de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de junio de 2016 (rec. 465/2015, ponente José Antonio Alberdi Larizgoitia), en la que se mantuvo que la inserción de personajes famosos en la publicidad no atenta al principio de veracidad, y en la que aparecían argumentos en aquel caso de la Administración del País Vasco como el consistente en decir que «una persona adulta discierne con conocimiento y voluntad propia a partir de la información concreta y particular que le den en la primera o previa consulta, siendo el reclamo mediante la imagen de famosos algo habitual y común en el mundo del marketing y la publicidad». La sentencia del TSJ de Navarra de nuestro caso, por otra parte, aludía a esta sentencia, pero solo al hacer mención a la argumentación de la Comunidad Foral de Navarra, al opinar esta que no era «de aplicación la STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2016, invocada por la recurrente en su demanda, la cual se refiere a la veracidad de una publicidad y sobre la publicidad falsa o engañosa». Lo cierto es que hubiera sido de interés poder ver la continuidad de la discusión de estos y otros posibles argumentos en las sentencias de nuestro caso, pero como hemos dicho, analizar esto iría más lejos de lo que nos permite este tipo de nota de jurisprudencia. Por otra parte, es un tema que no ha dejado de tener repercusión a nivel de medios de comunicación, como es fácil comprender (puede verse por ejemplo la información aparecida en *El País* de 5 de marzo de 2020: «Los famosos no pueden hacer publicidad de las clínicas dentales»).

Sin perjuicio de destacar, pues, el valor de la sentencia comentada en esta cuestión concreta, nosotros aquí lo que queremos es remarcar la importancia de la tarea de los poderes públicos en la intervención relativa a las actividades publicitarias de productos o técnicas que tengan que ver con la protección de la salud de

las personas. Y por lo tanto también de la tarea interpretativa de los tribunales a la hora de definir los términos exactos de aplicación de la normativa vigente. Ya no es que sea evidente que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen dicha intervención, sino que en un ámbito como el que resulta de la combinación de actividades en el ámbito sanitario y actividades publicitarias, confluyen diversas facetas que pueden resultar especialmente perjudiciales para los intereses generales y para la protección de ciertas personas, y para cuyo cumplimiento es clave la atenta intervención pública y la correcta interpretación judicial. Nos referimos a ese «máximo celo» al que se refería el auto de admisión, y que en este caso se ha traducido en una sentencia que ha ido en una dirección contraria a la «interpretación estricta» de las normas prohibitivas que alegaba Dentix, tal como aparece también en el auto. Es quizá oportuno traer aquí a colación el caso de un precedente importante, pero en otro ámbito, como fue el de la Sentencia del TS de 9 de febrero de 2010, rec. 591/2008, ponente Segundo Menéndez Pérez, sentencia que confirmaba la anulación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de un Decreto de la Comunidad de Madrid que regulaba depósitos de sangre procedentes de cordón umbilical. En aquella sentencia, relevante dadas las diversas facetas científicas y éticas planteadas, se dijo:

Lógica consecuencia de esa dudosa utilidad de la conservación de SCU para usos autólogos, era y es la preocupación, detectada con la mera aproximación al tema, de evitar ahí, en donde tantas esperanzas e ilusiones pueden generarse, toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa. Y ligada directamente a ella, la de procurar a la madre una información médica suficiente y veraz que pueda jurídicamente considerarse como soporte apto del «consentimiento informado» que ha de prestar a la obtención de SCU.

Un tipo de cuestiones en las que, como es evidente, no se dejarán de plantear retos en el estado actual de desarrollo de nuestra sociedad, y cuyo acertado tratamiento depende de una respuesta atenta e inteligente de los poderes públicos, incluida una jurisprudencia de los tribunales lo más clara y firme posible en estos aspectos. **(FJRP)**

IV. EL *DIES AD QUEM* DEL PLAZO DE CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO: LA STS 366/2020, DE 12 DE MARZO

El Tribunal Supremo (TS), en su reciente Sentencia 366/2020, de 12 de marzo de 2020, ha despejado la duda que existía respecto a la determinación del *dies ad quem* del plazo de caducidad en los procedimientos de revisión de oficio iniciados por propia iniciativa de la Administración. Como veremos, confirma para estos supuestos una solución distinta a la propia del régimen general de la caducidad. Hagamos un poco de memoria.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), dedicaba su art. 42 a regular la «obligación de resolver». El apartado primero de este artículo, en su redacción original, la definía como la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en los procedimientos administrativos. Obligación que debía cumplirse necesariamente dentro del plazo máximo normativamente establecido (apartado segundo de ese mismo artículo).

La modificación que experimentó la LRJPAC a través de la Ley 4/1999, de 13 de enero, alcanzó a su art. 42, afectando incluso a la definición misma de la obligación de resolver. En efecto, en su nueva redacción, el apartado primero la concibe ya no solamente como la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, sino, además, de notificarla en los procedimientos administrativos. Queda claro que esa «obligación de resolver», que rubrica el artículo, en rigor, desdobra su contenido en un doble deber de la Administración y que son de cumplimiento sucesivo: dictar una resolución expresa, primero, y notificar la resolución expresa dictada, después. Por otro lado, tras la reforma se mantiene la exigencia legal de que el cumplimiento de esa obligación debe tener lugar dentro del plazo máximo normativamente establecido. Ahora bien, la novedad es que ese plazo es único y común para el cumplimiento del doble contenido de la obligación de resolver. Dicho de otra manera, la obligación de resolver se incumple no solamente en el caso de que se agote dicho plazo sin que se haya dictado una resolución expresa, sino también en la hipótesis de que, dictada resolución expresa, todavía no se haya practicado su notificación (apartados segundo y tercero del reiterado artículo).

Esta misma concepción normativa de la obligación de resolver ha sido recogida en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). La rúbrica «obligación de resolver» corresponde ahora a su art. 21. El primer apartado mantiene su definición legal con el doble contenido: la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y, además, de notificarla. Y sus apartados segundo y tercero se ocupan del plazo máximo para el cumplimiento de la obligación, que sigue siendo único y común para las dos tareas indicadas.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación de resolver en plazo varía en atención al tipo de procedimiento administrativo de que se trate. En el supuesto de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la consecuencia es la estimación o desestimación de la solicitud por silencio administrativo (art. 24 de la LPAC). En la hipótesis de que el procedimiento se haya iniciado de oficio por la Administración, el incumplimiento de la mencionada obligación provoca que el interesado pueda entender desestimada su pretensión por silencio administrativo, en el caso de que se trate de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables (art. 25.1.a] de la LPAC), o bien se producirá la caducidad, en el caso de los procedimientos en que la Administración ejercite

potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen (art. 25.1.b] de la LPAC).

El cómputo del plazo en el que debe cumplirse la obligación de resolver ha suscitado un notable número de problemas, la mayoría de ellos afrontados por el propio legislador con una fortuna discutible: la determinación de la duración del plazo (art. 21.2 y 3 de la LPAC), los mecanismos para darle publicidad (art. 21.4 de la LPAC), la fijación del momento inicial del cómputo o *dies a quo* (art. 21.3 de la LPAC), la posibilidad de suspensión del plazo (art. 22 de la LPAC) o la previsión de garantías legales que aseguren el cumplimiento del plazo, ya sean ordinarios, como la habilitación de medios personales o materiales suplementarios (art. 21.5 de la LPAC), ya sean excepcionales, como la ampliación del plazo (art. 23 de la LPAC). Pues bien, llegando ya a la cuestión que nos interesa analizar, es en este contexto que debemos situar el problema de la fijación del momento final del cómputo del plazo o *dies ad quem* de la obligación de resolver.

La regla que nos ofrece el régimen legal general es que la obligación de resolver se entenderá cumplida en el momento de la notificación de la resolución expresa que ponga fin al procedimiento administrativo. Esta solución es común tanto para los supuestos de procedimientos iniciados a solicitud de interesado (art. 24.1 de la LPAC: «sin haberse notificado resolución expresa») como en los iniciados de oficio por la Administración (art. 25.1 de la LPAC: «sin que se haya dictado y notificado resolución expresa»). En este punto, la nueva ley ha seguido la regulación anterior (arts. 43.1 y 44 de la LRJPAC, en la versión vigente tras la reforma de 1999).

Apliquemos seguidamente la regla general indicada al caso concreto de los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. La falta de notificación de la resolución expresa dentro de plazo producirá la caducidad (art. 25.1.b] de LPAC y, antes, art. 44.2 de la LRJPAC). Por tanto, el *dies ad quem* del plazo de caducidad, en este tipo de procedimientos iniciados de oficio, se determina con referencia a la fecha de la notificación de la resolución expresa.

Junto a esta regla general, el legislador parece haber previsto —en esta apariencia está la clave de la controversia jurídica— una regla especial para el supuesto de los procedimientos de revisión de oficio iniciados por iniciativa propia de la Administración. En efecto, según dispone el art. 106.5 de la LPAC, «el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo». Nótese que, a diferencia del régimen general, aquí la producción de la caducidad no se hace depender de la falta de notificación, sino directamente de la falta de resolución. Aunque no se diga explícitamente, la falta de resolución a la que se alude es a la resolución expresa («sin dictarse resolución»). La misma regulación se contenía en el art. 102.5 de la LRJPAC (excepto la duración del plazo, que era solo de tres meses).

El problema está servido: en un procedimiento de revisión de oficio iniciado por iniciativa propia de la Administración, ¿se habrá producido la caducidad o no en la hipótesis de que se haya dictado resolución expresa dentro del plazo de seis meses desde su inicio, pero sin que se haya practicado todavía la notificación al interesado?

Puede sostenerse, como primera tesis, que hemos de interpretar lo dispuesto en el art. 106.5 de la LPAC de manera sistemática para hacerlo coherente con el régimen general del art. 25.1.b) de la LPAC. Por lo tanto, la divergencia regulatoria sería meramente aparente y no real, puesto que cabe explicarla tan solo como un ejemplo más de mala técnica normativa: el art. 106.5 de la LPAC adolecería de una deficiente redacción, aludiendo a la falta de resolución cuando, en realidad, quería hacer referencia al supuesto de incumplimiento de la obligación de resolver, deber que, como sabemos, solamente se satisface en el momento de la notificación de la resolución expresa previamente dictada. Otro ejemplo de esa falta de precisión en la redacción legal lo encontramos, sin ir más lejos, en la rúbrica del art. 25 de la LPAC, que reproduce la del previo art. 44 de la LRJPAC. En efecto, aunque recoja la expresión «falta de resolución expresa», en rigor, las consecuencias jurídicas allí previstas se anudan a la hipótesis de falta de notificación de la resolución expresa («sin que se haya dictado y notificado resolución expresa»). De compartir la posición interpretativa que estamos apuntado, la conclusión a la que se llega es que, en materia de revisión de oficio, no hay realmente ninguna regla especial respecto a la determinación del *dies ad quem* del plazo de caducidad.

Ahora bien, también cabe mantener la tesis opuesta: el legislador ha querido decir lo que afirma el tenor literal del art. 106.5 de la LPAC. En otras palabras, la ley ha querido dar un trato diferenciado, estableciendo una regla especial, a la caducidad en el procedimiento de revisión de oficio. Pero de ser esto cierto, no queda clara cuál es la razón que lo justifique. En cualquier caso, de existir, ese motivo no aparece recogido en la exposición de motivos de la LPAC, como tampoco la propia de la anterior LRJPAC.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión. Lamentablemente, no siempre con toda la claridad que hubiera sido deseable. Del análisis de su jurisprudencia se concluye el mantenimiento, simultáneo, esto es, no sucesivo en el tiempo, de las dos tesis interpretativas arriba apuntadas.

En algunas sentencias, el Tribunal Supremo ha defendido que, en la determinación del *dies ad quem* del plazo de caducidad en los procedimientos de revisión de oficio, no existe ninguna regla especial. En concreto, que lo establecido en el art. 102.5 de la LRJPAC (actual art. 106.5 de la LPAC) debe ser interpretado de manera conforme con la regla común del art. 44 de la LRJPAC (actual art. 25.1 de la LPAC). Por lo tanto, la determinación del momento final del plazo de caducidad, en la revisión de oficio, debe tomar como referencia la notificación y no la aprobación de la resolución expresa. La consecuencia es que, aunque se haya dictado resolución expresa, si no se ha notificado dentro del plazo de seis meses desde el inicio del procedimiento de revisión de oficio, se habrá producido

la caducidad. Dicho en otros términos, la sola dicción de la resolución —sin notificación— no impide la producción de la caducidad.

Un claro exponente de esta línea jurisprudencial es la no muy lejana STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 4 de diciembre de 2012, recurso 804/2012 (ECLI:ES:TS:2012:7892). Reproducimos, por su interés, los razonamientos contenidos en su fundamento jurídico cuarto:

Cabe ya resolver lo que en esencia [se] cuestiona, que es el criterio de la sentencia de instancia de adoptar como día final para el cómputo del plazo de la caducidad la fecha de notificación de la resolución que declara de oficio la nulidad de pleno derecho, a pesar que, como nos recuerda el propio recurso, el precepto de la Ley 30/1992 dedicado a la revisión de oficio no contempla de manera específica esta previsión al establecer, en el número quinto del artículo 102, que: «Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo». Motivo que desestimamos, conforme el reiterado entendimiento que sobre la cuestión viene realizando este Tribunal Supremo, y que los términos del recurso no nos llevan a alterar [...] No está en cuestión que la revisión de oficio sea un procedimiento susceptible de provocar efectos desfavorables a la titular del establecimiento sanitario de ver declarada nula la autorización de funcionamiento; tampoco que la resolución que declaró la nulidad de la autorización sanitaria de funcionamiento se produjo con anterioridad al transcurso del plazo de tres meses desde su inicio, pero se notificó con posterioridad. Es únicamente lo discutido si para la fijación del día final del cómputo de la caducidad procedimental cabe considerar otra fecha distinta a la de notificación de la resolución [...] que fue objeto del procedimiento de revisión de oficio en el caso que nos ocupa.

Pues bien, la fecha computable a los presentes efectos no ha de ser la establecida en el seno del procedimiento por la Administración sin conocimiento de su destinatario, sino precisamente, a pesar que el tenor literal de la disposición no lo exija, la de notificación de la resolución del expediente, y ello es así por evidentes razones de seguridad jurídica de una actuación que requiere de su conocimiento por su destinatario, de manera que es unánime la jurisprudencia que identifica la notificación de la resolución que pone fin al expediente como el *dies ad quem* del cumplimiento de la obligación de su resolución y, por tanto, de la fecha final para el cómputo de la caducidad del procedimiento.

Así lo establece de modo reiterado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación con la ordenación general de la caducidad del procedimiento en la Ley del Procedimiento Administrativo Común con anterioridad a su reforma mediante Ley 4/1999, en la que su redacción tampoco contemplaba de manera explícita la notificación de la resolución como la culminación de la obligación de resolver el expediente dentro del plazo máximo establecido por la norma con rango de ley, de la que es exponente a título de ejemplo la Sentencia de cinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho (recurso 7270/1992), reiterando las de veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y dos (recurso 2204/1990), once de noviembre de mil novecientos noventa y seis (recurso 11254/1990), veintisiete de junio de

mil novecientos noventa y siete (recurso 13206/1991) y veinte de octubre de mil novecientos noventa y ocho (recurso 939/1993), al declarar que «se requiere para la interrupción del plazo de caducidad del procedimiento sancionador la notificación de la actuación administrativa de que se trate, salvo que se pudiera apreciar, que no es el caso presente, una reticente resistencia del interesado a la recepción del acto de comunicación que determinase una dilación indebida en el cumplimiento de la finalidad de la norma y principios aludidos que tienden a garantizar el oportuno y adecuado conocimiento de la actuación administrativa». Y así quedó positivamente reafirmado tras la modificación de la Ley operada en la determinación de los días inicial y final del cómputo de la caducidad, aquí de plena aplicación, al establecer sus artículos 42.2 y 3 y 44.2 para los procedimientos iniciados de oficio que, el plazo se cuenta desde la fecha del acuerdo de iniciación, y que el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce la caducidad del procedimiento en que la Administración ejercite potestades susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, estableciéndose así un régimen unitario sobre la perención de los procedimientos administrativos, cuya lógica no puede entenderse sin la consideración del artículo 58.4 por el que, a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar la resolución dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, es suficiente el intento de notificación debidamente acreditado (conforme ha sido precisado en Sentencias de diecisiete de noviembre de dos mil tres y siete de octubre de dos mil once, recursos 128/2002 y 40/2010), y que sería una precisión rigurosamente inútil de atender la propuesta del recurso.

Y ésta es también la razón subyacente que nos lleva a la consideración de la aplicación de este régimen común de la caducidad tanto a otros procedimientos administrativos a falta de norma expresa (supuesto a que se refieren nuestras Sentencias de doce de noviembre de dos mil uno, veintiuno de julio de dos mil cuatro y veinticuatro de octubre de dos mil siete, recursos 256/2000 y 74/2003), sin que la literalidad de ésta parezca querer subordinar la caducidad a la fecha de la resolución, que no puede interpretarse de manera aislada, sino en coordinación con la regulación común del procedimiento administrativo y lo que demanda la aplicación del principio de seguridad jurídica que la inspira (Sentencias de treinta y uno de marzo de dos mil ocho y cuatro de octubre de dos mil doce, recursos 6.465/2003 y 2.427/2010).

A la luz de las anteriores consideraciones cabe concluir que la previsión que el procedimiento de revisión de actos nulos iniciado de oficio caduca en el supuesto de no dictarse resolución una vez transcurridos tres meses desde su inicio, no puede entenderse fuera de la lógica del régimen común del procedimiento administrativo, que determina que es la fecha de notificación de la resolución, y no la de ésta, la que hace derivar los efectos del incumplimiento de la obligación de resolver.

Como puede observarse, el Tribunal Supremo, en la sentencia reproducida, se pronuncia en términos muy claros y tajantes en defensa de la tesis de la falta de especialidad en los procedimientos de revisión de oficio o, lo que es lo mismo, que la fecha de referencia no es el día de la aprobación de la resolución expresa,

sino el posterior de su notificación. En efecto, se sostiene que esto es así según un «reiterado entendimiento» del propio tribunal y, además, que «es unánime la jurisprudencia» en este sentido. Sin embargo, en nuestra opinión, las cosas no están tan claras. Debe advertirse, de entrada, que las sentencias citadas como apoyo no se refieren específicamente a procedimientos de revisión de oficio. Y, además, que en el momento en que se dicta esta sentencia, esto es, en el año 2012, como seguidamente comprobaremos, ya existía algún pronunciamiento del propio Tribunal Supremo en sentido contrario.

Como acaba de apuntarse, en otras sentencias, anteriores y posteriores a la arriba reproducida, el mismo Tribunal Supremo ha defendido la existencia de una regla especial en relación con la determinación del *dies ad quem* del plazo de caducidad en los procedimientos de revisión de oficio: la fecha relevante es la de la aprobación de la resolución y no la de su posterior notificación.

La primera que destacamos es la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 18 de marzo de 2008, recurso 2699/2005:

En efecto, tal plazo [el plazo de caducidad para resolver el procedimiento de revisión de oficio] era de tres meses contados desde el inicio del procedimiento hasta el momento de «dictarse la resolución», según el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, que regula en concreto la caducidad de este tipo de procedimientos. A diferencia de lo que ocurre con otros preceptos, en éste no hay referencia a la notificación sino al dictado de la propia resolución (FJ 6).

Sigue esta misma línea interpretativa la posterior STS 825/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 11 de mayo de 2017, recurso 1824/2015 (ECLI:ES:TS:2017:1960):

[...] la resolución se dictó dentro del plazo máximo [...] ya que es la fecha de la resolución, y no la de su notificación, la que determina la finalización del plazo de duración del procedimiento, y habiéndose dictado antes de superar el máximo, quedo enervado el efecto de caducidad del procedimiento. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación núm. 2699/2005), resaltando la diferencia entre el régimen general de la caducidad previsto en el art. 44.1 de la LPAC, que establece que el transcurso del plazo máximo sin haberse dictado y notificado la resolución producirá la caducidad, y el del procedimiento de revisión, para el que rige lo dispuesto en el art. 102.5 de la LPAC, que anuda el efecto de la caducidad al transcurso del plazo máximo de tres meses sin haberse dictado la resolución (FJ 8).

Con una reproducción casi literal del argumento se dictó la STS 168/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 6 de febrero de 2018, recurso 3470/2015 (ECLI:ES:TS:2018:359):

Advirtamos antes que para determinar la finalización del procedimiento hemos de estar a la fecha de la resolución, y no a la de su notificación, ya que es aquella

la que determina la finalización del plazo de duración del procedimiento en el caso específico del ejercicio de la facultad de revisión de oficio. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 2008 y 11 de mayo de 2017 [...], resaltando la diferencia entre el régimen general de la caducidad previsto en el art. 44.1 de la LPAC, que establece que el transcurso del plazo máximo sin haberse dictado y notificado la resolución producirá la caducidad, y el del procedimiento de revisión, para el que rige lo dispuesto en el art. 102.5 de la LPAC, que anuda el efecto de la caducidad al transcurso del plazo máximo de tres meses sin haberse dictado la resolución (FJ 10).

Para concluir, y siempre en la misma línea discursiva, traemos a colación la STS 1183/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 10 de julio de 2018, recurso 1555/2016 (ECLI:ES:TS:2018:2717), en cuyo fundamento jurídico décimo se transcribe el razonamiento de la sentencia anterior del mismo año.

En resumen, tenemos a un Tribunal Supremo que, por un lado, afirma de manera contundente que, en la cuestión que estamos analizando, no hay especialidad en el procedimiento de revisión de oficio y, por el otro, sostiene lo contrario en una sucesión de sentencias que, lejos de considerarse casos aislados o excepcionales, siempre citan a las precedentes en demostración de la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada.

La situación descrita es el contexto en el que se dicta el ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 25 de junio de 2018, recurso 846/2018 (ECLI:ES:TS:2018:7490A). En este auto se acuerda admitir a trámite el recurso de casación interpuesto y fijar, como cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la siguiente: «[...] si la fecha que ha de tenerse en cuenta a los efectos de entender producida la caducidad de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado de oficio por propia iniciativa de la Administración Pública, es la de la resolución con la que finaliza el procedimiento o la de su notificación al interesado, a diferencia del régimen general del instituto de la caducidad». Complementariamente, el mismo auto identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, las siguientes: «[...] las contenidas en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el correlativo artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

La cuestión así planteada es abordada en la STS 366/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 12 de marzo de 2020, recurso 846/2018 (ECLI:ES:TS:2020:866).

De entrada, en relación con la interpretación que debe darse al art. 102.5 de la Ley 30/1992 (actual art. 106.5 de la Ley 39/2015), el Tribunal Supremo se limita a reiterar la doctrina establecida en sus sentencias anteriores ya citadas que defienden la segunda de las tesis interpretativas:

En la sentencia núm. 1183/2018, de 10 de julio (casación núm. 1555/2016), hemos recordado que, en el caso específico del procedimiento de revisión de oficio, para determinar su finalización hay que estar a la fecha de la resolución y no a la de su notificación. A esa conclusión, precisábamos, llegaron las sentencias de 18 de marzo de 2008 (casación 2699/2005), 11 de mayo de 2017 (casación 1824/2015) y 6 de febrero de 2018 (3740/2015). Esta jurisprudencia resalta la diferencia existente entre el régimen general de la caducidad previsto en el art. 44.1 de la Ley 30/1992, según el cual el transcurso del plazo máximo sin haberse dictado y notificado la resolución producirá la caducidad, y el del procedimiento de revisión, para el que rige lo dispuesto en su artículo 102.5 que anuda el efecto de la caducidad al transcurso del plazo máximo de tres meses sin haberse dictado la resolución (F J4).

A partir de esa interpretación, está clara la respuesta que el Tribunal Supremo ofrece a la cuestión planteada:

Conforme a cuanto se ha dicho, debemos responder a la cuestión planteada por el auto de admisión diciendo que, en el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos previsto por el artículo 102 de la Ley 30/1992, la fecha a considerar para apreciar la caducidad a que se refiere su apartado 5 es aquélla en la que se dicta la resolución que le pone fin (FJ 5).

En conclusión, en esta última sentencia, el Tribunal Supremo pretende superar la contradicción detectada en su propia jurisprudencia y toma partido por la segunda de las tesis interpretativas descritas, esto es, por la que sostiene la existencia de una especialidad en el procedimiento de revisión de oficio en relación con la determinación del *dies ad quem* del plazo de caducidad. Como puede observarse, sin embargo, la motivación de esta decisión no deja de ser decepcionante, puesto que se limita a remitirse a las sentencias anteriores en que el Tribunal se pronunció a favor de la misma tesis, sin aportar nada más. Sentencias remitidas que, en los términos expuestos, tampoco contienen una gran razonamiento en justificación de la posición mantenida, ni rebaten los argumentos que ese mismo órgano judicial esgrimió para defender la interpretación contraria. (AG)

