

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

ÍÑIGO SANZ RUBIALES

Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado como Catedrático)
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* EN ESPAÑA: 1. *Del silencio en la vieja Ley de 1958...* 2. *Hasta el generoso reconocimiento de la Ley 30/1992: su extensión a todos los procedimientos a instancia de parte. Especial incidencia en los recursos contra sanciones.*—III. LOS FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO*: UNA TÉCNICA PROPIA DE LOS RECURSOS Y DE PROTECCIÓN DE LOS RECURRENTES: 1. *Principios del proceso judicial aplicables a los recursos administrativos: su vinculación con la tutela judicial efectiva*: A) La congruencia como un principio general del Derecho procesal. B) La razón de ser de los recursos. C) Una razón práctica vinculada a la tutela judicial: no disuadir de la interposición de recursos. Su trascendencia constitucional. 2. *El principio de seguridad jurídica*. 3. *Principios de Derecho administrativo aplicables a los recursos administrativos*: A) El correcto entendimiento de la jerarquía: alcance de la competencia jerárquica en la resolución de recursos. B) El denominado «derecho a una buena Administración».—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO*: 1. *Sólo es aplicable en procedimientos a instancia de parte*. 2. *La mera desestimación de una solicitud no infringe la prohibición de reformatio. El silencio positivo como límite*. 3. *La Administración no puede empeorar la situación aunque dé audiencia al interesado*. 4. *Se refiere al contenido decisorio de la resolución y el empeoramiento debe ser real y global*. 5. *La posibilidad de reforma peyorativa legítima en la resolución de recursos «cruzados»*.—V. ¿HA DESAPARECIDO DEFINITIVAMENTE LA *REFORMATIO IN PEIUS*?: VARIEDAD DE SITUACIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL VIGENTE: 1. *La criticable posibilidad de revisión in peius a instancia de parte de la invalidez permanente*. 2. *Legitimidad de la reformatio en la corrección de exámenes de las pruebas de acceso a la universidad*. 3. *Una figura en expansión y próxima a la reformatio: las multas por temeridad o mala fe en la interposición de algunas reclamaciones y conflictos*: A) El recurso especial en materia de contratación de la LCSP. B) La reclamación prevista en la Ley de Contratación en Sectores Especiales. C) Los «conflictos» entre operadores postales.—VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

La prohibición de *reformatio in peius* es un principio procesal que la legislación administrativa española aplica a la resolución de los recursos administrativos y a los demás procedimientos administrativos a instancia de parte. Su justificación última se puede encontrar fundamentalmente en la protección de los recurrentes. La jurisprudencia ha determinado el alcance de dicha prohibición y sus posibles excepciones. A la luz de esta jurisprudencia se analiza la legitimidad de algunos supuestos de *reformatio in peius* en la legislación administrativa española vigente.

Palabras clave: *reformatio in peius*; procedimiento administrativo; recursos administrativos.

ABSTRACT

The prohibition of *reformatio in peius* is a procedural principle that the Spanish administrative law applies to the resolution of administrative appeals and other administrative procedures requested. Its ultimate justification can be found mainly in the

protection of the appellants. The jurisprudence has determined the extent of such prohibition and possible exceptions. According to this, we analyze the legitimacy of some cases of *reformatio in peius* in Spanish administrative law.

Key words: *reformatio in peius*; administrative procedure; administrative appeals.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de *reformatio in peius* tiene por objeto impedir que la resolución de un procedimiento iniciado a instancia de parte agrave la situación inicial del solicitante. Se sitúa —esta prohibición— en el conflicto entre legalidad y seguridad jurídica, e implica la prevalencia de esta última en los concretos casos en que es aplicable. Su ámbito de aplicación propio son los recursos. Tiene su origen en el Derecho procesal y responde a un principio general de esa rama del Derecho tradicionalmente expresado en el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*. Ahora bien, tanto la legislación administrativa como la jurisprudencia aplican sin problemas este principio general al procedimiento administrativo. Importa, por eso, determinar cuáles son sus límites y su fundamentación constitucional y qué nos dicen las fuentes de su régimen jurídico positivo.

II. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMATIO IN PEIUS EN ESPAÑA

1. *Del silencio en la vieja Ley de 1958...*

El artículo 93.1 de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, relativo a la resolución del procedimiento administrativo, establecía:

«La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente».

Y el 119, relativo a la resolución de los recursos administrativos, insistía con términos similares:

«La autoridad que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente».

Bajo la vigencia de la vieja LPA, un sector de la doctrina interpretó el artículo 119 de dicha Ley como legitimador de la posibilidad de reformar *in peius* los actos administrativos objeto de recurso. En efecto, el artículo 119 autorizaba al órgano resolutor de los recursos administrativos para decidir «*cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados*».

Los defensores de la posibilidad de reforma peyorativa, así como una línea jurisprudencial, con apoyo en algunos dictámenes del Consejo de Estado (de 25 de abril y 4 de julio de 1968), admitieron la *reformatio* bajo la condición de que a la resolución precediera la audiencia de los interesados. Y entendieron que si el órgano administrativo podía decidir todas las cuestiones que plantease el expediente, hubieran o no sido alegadas por los interesados, eso suponía que, una vez interpuesto el recurso, la Administración podía resolver en cualquier sentido, incluso empeorando la situación inicial del recurrente¹.

La jurisprudencia que reconoció la aplicabilidad parcial de la *reformatio* estaba basada en la salvaguardia del principio de legalidad de la actuación administrativa. Si, como consecuencia de un recurso administrativo, la Administración apreciara la existencia de una ilegalidad en su actuación, debería eliminarla aunque eso supusiese perjudicar al recurrente, porque la legalidad debía primar sobre el eventual interés de éste; como señalaba, en su momento, ARIÑO, la jerarquía, como técnica de organización interorgánica, implica no sólo el control de legalidad sobre los actos del inferior, sino también el de oportunidad e incluso el poder de sustitución de la decisión. Esto suponía, para este autor, que el recurso de alzada tuviera un efecto devolutivo sobre la competencia. De acuerdo con ello, y a la luz de la vieja LPA, la «plenitud jurisdiccional administrativa» implicaba admitir la *reformatio in peius* por razones de legalidad en el recurso jerárquico, aunque no alcanzaba —según este autor— a la reforma peyorativa por motivos de oportunidad (vetada por el «formidable obstáculo» de la irrevocabilidad de los derechos declarados a favor de los particulares) ni a la resolución de recursos de reposición².

Este planteamiento, fuertemente criticado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, fue desplazado por el reconocimiento juris-

¹ Véase, entre otros, A. GUAITA MARTORELL (1965), «Incongruencia de los actos administrativos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XII, Barcelona, págs. 183-184. Un elenco de las diversas posturas doctrinales sobre el sentido del artículo 119 LPA puede verse en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1973), «¿Crisis definitiva de la *reformatio in peius*?», núm. 72 de esta REVISTA, págs. 140-141.

² La opinión de este autor, muy matizada, puede verse en el Prólogo a la 2.ª edición de su libro: G. ARIÑO ORTIZ (1972), *La Administración institucional*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, especialmente en las págs. XIII-XIV.

prudencial del principio de prohibición de *reformatio in peius* a partir de la decisiva STS de 10 de abril de 1972 (Ar. 2237)³. Esta sentencia, ejemplar, negó que el otorgamiento de audiencia al particular legitimara la sustitución del acto por otro más gravoso, y admitía excepcionalmente la *reformatio* sólo si una ley, con tal rango formal, lo autorizase expresamente. A esta sentencia de la Sala 4.^a siguió la STS de 22 de junio del mismo año (Ar. 3785) de la Sala 3.^a, que incidió en lo que SANTAMARÍA PASTOR calificaba como el «sancta sanctorum de la *reformatio in peius*»: las sanciones de contrabando; y que vino a romper una tradición inmemorial en ese campo, en el que la *reformatio* había sido admitida pacíficamente por la Sala. Esta sentencia calificó la prohibición de *reformatio in peius* como «límite infranqueable» y como «garantía sustantiva»⁴. Poco más tarde, el mismo Tribunal confirmó dicha prohibición por SSTS de 24 de enero de 1973 (Ar. 135) y de 15 de febrero de 1973 (Ar. 489)⁵.

2. *Hasta el generoso reconocimiento en la Ley 30/1992: su extensión a todos los procedimientos a instancia de parte. Especial incidencia en los recursos contra sanciones*

La Ley 30/1992 (LAP) es muy generosa en la recepción de esta técnica garantista porque, además de recogerla de forma expresa, eliminando cualquier sesgo de duda, la aplica no sólo a los recursos administrativos, sino también a cualesquiera procedimientos iniciados a instancia del interesado.

En relación con la resolución del procedimiento «ordinario» de la Ley, el artículo 89.2 LAP establece:

«En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede».

Asimismo, se recoge una redacción similar en relación con la resolución de los recursos administrativos en general (art. 113.3 LAP):

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011b), *Curso de Derecho Administrativo*, II, 12.^a ed., págs. 556-557.

⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1973: 144-146).

⁵ Véanse los comentarios a todas estas sentencias en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1973: 142 y ss.).

«El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. *No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial*»⁶.

Una vez que la Ley ha prohibido con carácter general la *reformatio in peius*, las sentencias que la analizan han cambiado radicalmente el enfoque. Ya no tratan de oponerse a una práctica inadecuada, sino que vienen a determinar si en un caso concreto se ha producido dicha *reformatio*. Esto es, en lugar de prohibir la *reformatio* (ya lo hace la Ley) intentan perfilar la figura⁷.

Finalmente, el artículo 21.3 del Reglamento de Procedimiento Sancionador de la Administración del Estado, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto (RPS), establece:

«Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, las resoluciones del recurso ordinario y de los procedimientos de revisión de oficio que, en su caso, se interpongan o sustancien no podrán suponer la imposición de sanciones más graves para el sancionado».

Se reconoce, por lo tanto, de forma expresa y específica en materia de recursos administrativos contra sanciones, porque es el ámbito más propio de aplicación de esta técnica.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMATIO: UNA TÉCNICA PROPIA DE LOS RECURSOS Y DE PROTECCIÓN DE LOS RECURRENTES

Como veremos, los principios justificadores de la prohibición legal de *reformatio in peius* son principios procesales, aplicables a la re-

⁶ El Proyecto de Ley, que preveía expresamente la *non reformatio in peius* en el artículo 87.2 (relativo a la resolución de procedimientos iniciados a instancia del interesado), no incluía, sin embargo, una alusión similar para los recursos administrativos, que se incluyó durante la tramitación parlamentaria, fruto de la enmienda núm. 339, planteada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso, que se justificaba en la idea de «garantizar el principio de congruencia procesal y la prohibición de *reformatio in peius*» (BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de mayo de 1992, Serie A, pág. 123).

⁷ V. ESCUIN PALOP y B. BELANDO GARÍN (2011), *Los recursos administrativos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pág. 215.

solución de recursos en vía judicial⁸, que se aplican analógicamente a los recursos administrativos contra sanciones⁹ y, con más generosidad aún en la analogía, a los demás recursos administrativos y, finalmente, a la generalidad de los procedimientos administrativos a instancia de parte. Esta aplicación analógica tiene su razón de ser en la configuración del procedimiento administrativo según el modelo procesal.

Pero, en todo caso, el hecho de que los fundamentos jurídicos de la prohibición de *reformatio* se vinculen, fundamentalmente, a los recursos administrativos implica que la justificación de dicha prohibición en vía administrativa ordinaria (no en vía de recurso) es más débil, como tendremos ocasión de ver más abajo.

1. Principios del proceso judicial aplicables a los recursos administrativos: su vinculación con la tutela judicial efectiva

El Tribunal Supremo no duda en vincular la prohibición de *reformatio in peius* en los recursos administrativos con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Como señala, p. ej., la STS de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011\373300) en su FD 2.º:

«Se reputa, por tanto, una garantía del régimen de los recursos, fuere en vía jurisdiccional como administrativa, que encuentra su apoyo en el principio dispositivo e, incluso, en la interdicción de la indefensión y en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»¹⁰.

A pesar de esta doctrina del Tribunal Supremo, lo cierto es que el Constitucional no admite otra ampliación de las garantías procesales del artículo 24 que la relativa al procedimiento administrativo sancio-

⁸ En relación con este principio en la vía judicial contencioso-administrativa, terminado ya este trabajo he podido conocer el recentísimo y brillante comentario en esta misma REVISTA de L. SALAMERÓ TEIXIDÓ (2012), «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5680/2007)», núm. 189 de esta REVISTA, págs. 203 y ss.

⁹ El principio *non reformatio in peius* tiene un alcance más amplio en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (recursos) que en el ordinario: M. REBOLLO PUIG y otros (2010), *Derecho Administrativo Sancionador*, 1.ª ed., Lex Nova, Valladolid, pág. 797.

¹⁰ Con términos similares se pronuncian las SSTs de 29 de noviembre de 2002; de 2 de junio de 2003, FD 3.º; de 23 de noviembre de 2005, FD 7.º; de 29 de enero de 2008, FD 3.º; de 3 de junio de 2009; etc. Son numerosísimas las decisiones judiciales que fundamentan esta prohibición en el citado derecho constitucional. También en el ámbito del Consejo de Estado se intenta reconocer la inconstitucionalidad de la *reformatio in peius* en vía administrativa. Véase el voto particular que formula el consejero D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en el Dictamen 1602/98.

nador, por su evidente vinculación con el proceso penal¹¹. Por eso, en principio, la prohibición de *reformatio* en el procedimiento administrativo ordinario no cae, propiamente, bajo la protección de este derecho fundamental constitucional¹². Se podría, eso sí, admitir una cierta incidencia de este derecho fundamental en la tramitación de los recursos administrativos, porque la analogía y la vinculación con el proceso judicial son mayores en los recursos que en los demás procedimientos administrativos a instancia de parte. De hecho, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se refiere siempre a la *reformatio in peius* en relación con los recursos (en vía administrativa o judicial). Pero no parece que una ley estatal dictada en ejercicio de una competencia exclusiva que previese expresamente la posibilidad de *reformatio in peius* en determinados procedimientos administrativos a instancia de parte —no en vía de recurso— tuviese que ser inconstitucional por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva¹³.

A) *La congruencia como un principio general del Derecho procesal*

En virtud de este principio (cuando se aplica en Derecho administrativo), el órgano administrativo receptor de la solicitud de inicio de un procedimiento o competente para resolver el recurso administrativo debe adecuarse en la resolución al *petitum*, a lo solicitado por el particular. Puede ir más lejos, como hemos visto, pero siempre que no empeore la situación del particular; ahí engarza la *reformatio in peius* con el principio de congruencia, porque la Administración no puede resolver en contra de lo pedido.

¹¹ J. PONCE SOLÉ (2001), *Deber de buena administración y el derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, pág. 69; M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2010), *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*, 2.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, págs. 701-702.

¹² J. J. Díez SÁNCHEZ (1992), *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, págs. 272, 278. En contra, JIMÉNEZ PLAZA afirma que «si bien la indefensión judicial es la única que deja abierta la vía del recurso de amparo ante el TC, ello no significa que la Administración no pueda incurrir en una violación del art. 24 CE. Ésta se puede producir. Otra cosa es que la indefensión administrativa pueda corregirse en amparo porque o bien se tutela directamente en vía jurisdiccional; o bien si se deniega esa tutela, la indefensión sufrida será ya una indefensión judicial aunque de origen administrativo». M. I. JIMÉNEZ PLAZA (2004), *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, págs. 209-210.

¹³ En contra, V.-R. RIVAS CARRERAS (1991), *La reformatio in peius en el Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, pág. 16, que entiende que en la medida en que el TS fundamenta dicha prohibición en el artículo 24.2 CE, «aun existiendo ley expresa que autorizara aquella *reformatio in peius*, ésta tampoco podría admitirse en razón de la seguramente sanción de inconstitucionalidad que recaería en la expresada ley».

Estamos ante un principio general del Derecho, de rango constitucional pero implícito¹⁴, reconocido por el Tribunal Constitucional desde los primeros años de su funcionamiento. La STC 45/1993, de 8 febrero, establecía en su FJ 2.º:

«(...) la violación de la prohibición de *reformatio in peius* adquiere relevancia constitucional y es susceptible de amparo cuando sea encuadrable en la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE. En otros términos, la *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal, cuya prohibición, aparte de un principio general del Derecho Procesal tradicionalmente expresado en el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, conecta con el art. 24.1 de la CE a través de la prohibición de indefensión»¹⁵.

El Tribunal, por lo tanto, sólo conoce de lo apelado. Lo no apelado (lo no recurrido) mantiene su vigencia, se adecue o no al ordenamiento¹⁶.

Este principio procesal de congruencia tiene, reconocida por el propio Tribunal Constitucional, vigencia en el ámbito judicial. Pero en el estrictamente administrativo el principio de congruencia debe ser oportunamente matizado. El procedimiento administrativo se aparta notablemente del esquema del principio de congruencia característico del Derecho procesal porque tiene que garantizar la satisfacción de los intereses públicos, que no pueden quedar al arbitrio de los interesados¹⁷. Esto es lo que vienen a subrayar los artículos 89 y 113 LAP, según los cuales «la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo (...) hayan sido o no alegadas por los interesados».

Por lo tanto, la Administración debe resolver todas las cuestiones que plantee el expediente. Pero estas cuestiones no son otra cosa que los mo-

¹⁴ J. A. TARDÍO PATO (2011), *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, pág. 125. LÓPEZ MENUDO lo incluye como una manifestación del principio de contradicción en el ámbito del procedimiento administrativo. F. LÓPEZ MENUDO (1992), «Los principios generales del procedimiento administrativo», núm. 129 de esta REVISTA, pág. 54.

¹⁵ En el mismo sentido puede verse la STC 17/2000, de 31 de enero (FJ 4.º). Específicamente en el ámbito del proceso penal, el Tribunal Constitucional lo consideró aplicable desde los primeros momentos, deducible del 24, y entendió también que era susceptible de aplicación analógica (SSTC 54/1985, FJ 7.º, y 15/1987, FJ 3.º). Cfr. J. A. TARDÍO PATO (2011: 125).

¹⁶ Vid., igualmente, la STC 23/2003, de 10 febrero, FJ 6.º, en la que, a la luz de dicho principio de Derecho procesal, queda claro que la apelación determina el ámbito de lo que puede decidir el Tribunal, en este caso civil.

¹⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011b: 521).

tivos que pueden justificar las pretensiones; no puede ir más allá de la pretensión, pero puede añadir o sustituir los motivos de derecho en que se funda el recurso¹⁸.

B) *La razón de ser de los recursos*

El Tribunal Constitucional entiende que hay *reformatio in peius* (como siempre, en vía judicial) cuando «la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que *lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente*» (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2.º; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5.º; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2.º; 204/2007, de 24 septiembre, FJ 3.º; etc.).

En la misma línea, pero con referencia explícita también a los recursos administrativos, señala reiteradamente el Tribunal Supremo que la prohibición de *reformatio* se configura como «una garantía del régimen de los recursos fuere en vía jurisdiccional como administrativa que encuentra su apoyo en el principio dispositivo (...)»¹⁹.

En virtud del principio dispositivo, las partes procesales son las auténticas dueñas del devenir del proceso e incluso del contenido de la sentencia: «pueden decir el “qué” llevan ante el órgano jurisdiccional, sobre “quién” quieren que el juez decida. Es decir, la pretensión queda delimitada, en principio, por lo que el actor concreta en su demanda»²⁰, de tal manera que «los órganos jurisdiccionales deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas»²¹.

Y eso es así porque el ordenamiento otorga un poder de disposición al administrado para impugnar un acto, esto es, para exigir que se elimine o aminore un determinado gravamen administrativo contrario al ordenamiento. Lo dicho está en la línea del recurso como un *plus*, no un *minus*, como lo sería si pudiera perjudicarse el estatus del recurrente²². Así, el Tribunal Supremo entiende que la *reformatio* está prohibida porque el empeoramiento de la situación del recurrente es «un efec-

¹⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1973: 153-154).

¹⁹ STS de 3 de junio de 2009; en términos casi idénticos, SSTs de 29 de noviembre de 2002; de 2 de junio de 2003, FD 3.º; de 23 de noviembre de 2005, FD 7.º; de 29 de enero de 2008, FD 3.º; etc.

²⁰ J. A. ROBLES GARZÓN y otros (2009), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 140.

²¹ J. MONTERO AROCA y otros (2007), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 15.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 338.

²² J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (1992: 275).

to contrario al perseguido por el recurso» (STS de 29 de noviembre de 2002, RJ 2003\280)²³.

En efecto, el recurso no es un instrumento técnico puesto exclusivamente al servicio del principio de legalidad, sino una garantía primaria de defensa del administrado: el recurrente usa de su derecho no para preservar la legalidad abstracta, sino para evitar un perjuicio en su persona o patrimonio. El recurso no es un simple presupuesto formal para el desbordamiento de las potestades revocatorias²⁴, porque la actuación del órgano administrativo está limitada por la pretensión del particular.

En definitiva, la mera posibilidad de agravar la posición del recurrente desnaturalizaría el procedimiento de recurso para convertirlo en procedimiento de revisión de oficio del acto impugnado²⁵.

C) *Una razón práctica vinculada a la tutela judicial: no disuadir de la interposición de recursos. Su trascendencia constitucional*

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reprochan a la *reformatio* el papel disuasorio que puede cumplir respecto de la eventual interposición de recursos por los particulares.

No está de más recordar que entre los elementos que el Tribunal Constitucional considera esenciales para entender prohibida la *reformatio in peius* por el artículo 24 CE está el efecto disuasorio de la reforma peyorativa sobre la eventual interposición de recursos: «(...) de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la Ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, F. 4; 28/2003, de 10 de febrero, F. 3)».

También el Tribunal Supremo lo ha entendido como una característica de la *reformatio in peius*, como hemos tenido ocasión de ver: «es evidente que si se aceptase que los órganos competentes para resolver

²³ Véase, igualmente, la STS de 1 de octubre de 2003 (FD 1.º), entre muchas otras.

²⁴ En la misma línea que una asentada jurisprudencia anterior; véase la STS de 11 de mayo de 1992 (Ar. 5330).

²⁵ J. TOLEDO JAUDENES (1984), «El fin de la “*reformatio in peius*” en la vía económico-administrativa», núm. 103 de esta REVISTA, pág. 253. Se podría plantear también la posible desviación de poder vinculada a la *reformatio in peius*, en la medida en que supone utilizar la potestad resolutoria dirigida a eliminar los elementos inválidos de un acto previa solicitud del perjudicado para un fin distinto (la salvaguarda de la legalidad al margen del estatus del solicitante).

los recursos pueden modificar de oficio, en perjuicio de los recurrentes, la resolución impugnada por éstos, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos» (STS de 13 de octubre de 2011, RJ 2012\3421, FD 2.º)²⁶.

La jurisprudencia del TS alude también a las razones prácticas (el peligro del desuso del ejercicio del derecho a recurrir) que justifican la prohibición vinculadas a la razón de ser de los recursos, que es evitar perjuicios al recurrente, más que la defensa de la legalidad en abstracto:

«(...) la “causa” misma del recurso o reclamación no es preservar la legalidad abstracta del acto, sino evitar un perjuicio a la persona o al patrimonio del que recurre, conclusión que tiene como (...) “motivaciones de índole práctica”, la necesidad de sustraer a la Administración un instrumento coactivo que podría producir en la realidad el desuso del mismo ejercicio del derecho a recurrir, por el inevitable temor de que una debatida situación pudiera empeorarse» (STS de 11 de mayo de 1992, Ar. 5330).

Por lo tanto, basta con disuadir del ejercicio de los recursos (especialmente si se trata del recurso previo a la vía judicial, esto es, del recurso de alzada, porque es la vía preceptiva para el recurso contencioso-administrativo posterior) para entender que se está infringiendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Aunque falten otros elementos de la *reformatio in peius*, el solo hecho de disuadir del recurso administrativo es suficiente para entender constitucionalmente proscrito dicho régimen sectorial por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado el evidente efecto que puede tener sobre la utilización de la vía judicial. En relación con esta regulación «disuasoria», GARCÍA DE ENTERRÍA menciona diversas «fórmulas indirectas de agravación de la posición del recurrente», con un «indudable parentesco» con la *reformatio in peius*, porque preveían la agravación de las sanciones recurridas, bien por apreciar temeridad manifiesta en la interposición, bien como consecuencia de la desestimación del recurso²⁷.

²⁶ En términos casi idénticos, SSTs de 2 de junio de 2003 (RJ 2003, 5328), FD 3.º; de 23 de noviembre de 2005 (RJ 2005\9848), FD 7.º; de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\447), FD 3.º; etc.

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011b: 557). En concreto, se refiere a varios preceptos ya derogados: el artículo 457 del Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962, o el artículo 34 del Decreto de 10 de julio de 1975, por el que se aprueba el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva respalda el principio de *non reformatio in peius* en los recursos judiciales, y así lo hace el TC; análogicamente, se podría aplicar a los recursos administrativos, tal y como reconoce el TS; pero la jurisprudencia de este órgano judicial no vincula aquel derecho constitucional con la prohibición de *reformatio* en los procedimientos ordinarios a instancia de parte, lo que manifiesta un menor grado de protección constitucional.

2. *El principio de seguridad jurídica*

Existe una estrecha vinculación de la prohibición de *reformatio in peius* con el principio de seguridad jurídica. Ya lo hacía ver tempranamente SANTAMARÍA PASTOR, en relación con la contundente línea jurisprudencial iniciada por la STS de 10 de abril de 1972²⁸, y hoy se puede seguir manteniendo dicho planteamiento: la seguridad jurídica, reconocida constitucionalmente (art. 9.3), lleva a impedir que la Administración, aprovechando la iniciación de un procedimiento a instancia de parte, frustre las eventuales expectativas del solicitante, cambiando de improviso el criterio anterior y empeorando la situación de éste²⁹.

De hecho, suele aludirse a la *reformatio in peius* «como un conflicto entre el principio de legalidad y el principio de seguridad: la aplicación estricta del principio de legalidad justificaría la posibilidad de *reformatio in peius*, mientras que la aplicación del principio de seguridad la rechazaría». En este sentido, el TS ha recordado en otras ocasiones que, cuando se interpone un recurso, el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) «debe prevalecer, incluso, sobre el de legalidad» (STS de 13 de julio de 1989)³⁰. Ahora bien, esta prevalencia no perturba la vigencia del principio de legalidad, que la Administración, cuando advierte que ella misma lo ha infringido, debe asegurar mediante la revisión de oficio³¹.

²⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1973: 146).

²⁹ Vid., p. ej., M. J. GALLARDO CASTILLO (2010), *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, pág. 464, que afirma que el fundamento de la prohibición está en los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, y más en concreto en la doctrina del respeto a los propios actos. En la misma línea, L. FRAGA PITTALUGA (2003), «La prohibición de reforma en perjuicio (non reformatio in Prius) en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado», en VV.AA., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Prof. Allan R. Brewer Carías*, tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 1570 y ss. Vid., igualmente, la citada STJUE (Gran Sala) de 25 de noviembre de 2008 en el asunto C455/06, núm. 47.

³⁰ J. J. Díez SÁNCHEZ (1992: 276-277).

³¹ F. SAINZ MORENO (1975), «La eliminación de la “*reformatio in peius*” en los recursos administrativos», *REDA*, núm. 6, pág. 487.

Si la actuación administrativa debe ser previsible, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica-confianza legítima, esta característica debe plasmarse también en la resolución de procedimientos a instancia de parte, especialmente cuando se trata de resolución de recursos administrativos. En efecto, la «previsibilidad» de la actuación de los poderes públicos (que constituye un elemento esencial del principio constitucional de seguridad jurídica³²) impone que la Administración no pueda resolver los recursos administrativos al margen de lo solicitado, porque la respuesta esperable de la Administración sólo puede ser, además de la inadmisión, la estimación o la desestimación, no una tercera posibilidad que empeore la situación inicial.

3. *Principios de Derecho administrativo aplicables a los recursos administrativos*

A) *El correcto entendimiento de la jerarquía: alcance de la competencia jerárquica en la resolución de recursos*

Se intentó justificar, en su momento, la posibilidad de *reformatio in peius* en los poderes jerárquicos del superior. Si éste podía reformar los actos del inferior sin necesidad de recurso, también podría hacerlo en vía de recurso; si éste podía lo más (reformar por motivos de oportunidad el acto del inferior), también podría lo menos (reformarlo por motivos de legalidad, aunque sea *in peius*).

Sin embargo, es preciso matizar estas afirmaciones: el superior jerárquico no puede sustituir al inferior en el ejercicio de las competencias atribuidas a éste. En efecto, los poderes jerárquicos se dan cuando hay una «*identidad de competencia material o funcional*» que permite la configuración de ese predominio en los conocidos poderes de anulación, reforma y revocación, por el superior, de los actos del inferior³³. Pero cuando hay una competencia atribuida con exclusividad a un órgano determinado la jerarquía administrativa se debilita, porque el superior jerárquico de ese órgano no comparte la competencia con él y, por lo tanto, no puede ni predeterminar ni alterar su contenido³⁴. Solamente podrá hacerlo en vía de recurso y, en consecuencia, con todas las limitaciones de los recursos (básicamente la limitación de la pretensión).

³² Cfr., entre otras, la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11.º.

³³ L. MORELL OCAÑA (1992), «El principio de jerarquía en la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la “fidelitas” personal», *DA*, núm. 229, pág. 76.

³⁴ R. PARADA (2008), *Derecho Administrativo II (Organización y empleo público)*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, pág. 46; J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios de Derecho Administrativo General*, I, 2.ª ed., Justel, págs. 385-386.

Afirma, con razón, NIETO que la regla de la individualización irrenunciable del ejercicio de la competencia prevalece sobre la jerarquía, de tal modo que «*los actos del inferior ni pueden ser previamente determinados en su contenido concreto por el superior (aunque sí condicionados a través de instrucciones) ni pueden ser alterados "a posteriori" salvo que medie un recurso administrativo, a través del cual, y a petición de un particular, se traslada la competencia resolutoria al superior*»³⁵. Por lo tanto, el superior está limitado por la competencia expresamente atribuida al inferior; de tal manera que sólo puede modificar sus actos en vía de recurso, porque hay una transferencia de la competencia delimitada por el solicitante en el recurso.

Por otra parte, el principio de prohibición de reforma peyorativa no se aplica únicamente a los recursos de alzada, sino también a los de reposición y especiales de revisión, en los que no resuelve o puede no resolver el superior jerárquico. Así se deduce del artículo 113 LAP, incluido en la «parte general» de los recursos («*Principios Generales*»), antes de los preceptos relativos a cada uno de los recursos administrativos en particular. Eso supone que la interposición de un recurso capacita (y delimita a la vez) a la Administración para la eliminación de un acto ilegal y desfavorable, en el marco de la pretensión.

B) *El denominado «derecho a una buena Administración»*

Este principio, sin reconocimiento constitucional explícito³⁶, tiene, sin embargo, numerosas manifestaciones. Ha recibido un mayor impulso en el ámbito de las organizaciones europeas y ahora está siendo objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito jurídico español³⁷.

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000, incorporada al ordenamiento español por la LO 1/2008, de 30 de julio, de ratificación del Tratado de Lisboa, y con el mismo valor que los Tratados, recoge en su artículo 41 el «*derecho a una buena Administración*»; que alcanza a incluir (c) «*el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida in-*

³⁵ A. NIETO (1992), «La jerarquía administrativa», *DA*, núm. 229, pág. 31.

³⁶ Aunque se podría deducir implícitamente de los artículos 9.3, 31.2 y 103 de la Constitución española. Cfr. J. PONCE SOLÉ (2001: 157 y ss.).

³⁷ Una síntesis clara de los diversos aspectos de este derecho puede verse en J. SANZ LARRUGA (2009), «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*, núm. 13, págs. 729 y ss.

dividual que la afecte desfavorablemente»³⁸; sin embargo, la Carta no dice más y no incluye, en su redacción actual, el principio de *non reformatio in peius*. Una cierta reticencia de la UE a reconocer este principio puede existir, a la luz de su expresa inaplicabilidad en algunos procedimientos judiciales ante el Tribunal de Justicia³⁹, aunque, curiosamente, se admite por el propio Tribunal como un principio que pueden aplicar los jueces nacionales en detrimento de la aplicación de oficio del Derecho comunitario⁴⁰.

Frente al silencio comunitario, el Consejo de Europa, sin embargo, ha sido capaz de deducir del *derecho a una buena Administración* el principio de *non reformatio in peius* en vía de recurso administrativo. A través de una Recomendación del Comité de Ministros —CM/Rec (2007) 7— «relativa a una buena administración» establece, con el alcance propio del *soft law*, el principio de *non reformatio in peius* en los recursos administrativos⁴¹. En concreto, el artículo 22.3 de la Recomendación establece:

«L'exercice par une personne privée d'un recours contre un acte administratif ne peut entraîner aucune réaction défavorable à son encontre de la part des administrations publiques».

La razón que subyace a la regulación es, precisamente, la tutela de los derechos de las personas, que está en la base de la razón de ser del propio *Conseil*. Con anterioridad, el Consejo de Europa había propuesto la prohibición de la *reformatio in peius* en los recursos administrativos contra sanciones administrativas: «*Dans le cas d'un appel à l'encontre d'une sanction administrative, la décision administrative (l'acte) prise en appel ne devrait pas être moins favorable (reformatio in peius) à la personne concernée que l'acte administratif initial contre lequel por-*

³⁸ Este «derecho de audiencia» es, propiamente, el derecho de «defensa», aplicable especialmente en los procedimientos sancionadores. Cfr. J. A. FUENTETAJA PASTOR (2008), «El derecho a la buena administración en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, págs. 147-148.

³⁹ Véase, p. ej., el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad, cuyo artículo 31 (Control del Tribunal de Justicia), de acuerdo con el artículo 261 TFUE, establece: «El Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los *recursos interpuestos contra las Decisiones* por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o *aumentar* la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta».

⁴⁰ STJUE, ya citada, de 25 de noviembre de 2008, asunto C455/06, núms. 46 y 48.

⁴¹ Recommendation CM/Rec (2007) 7 du Comité des Ministres aux États membres relative à une bonne administration (*adoptée par le Comité des Ministres le 20 juin 2007, lors de la 999 bis réunion des Délégués des Ministres*).

tait l'appel»⁴². Ahora va más lejos, al aplicarlo a los recursos contra cualesquiera actos administrativos, no sólo sancionadores.

Es cierto que la previsión de esta Recomendación poco añade al Derecho positivo español; sin embargo, resultará útil, en todo caso, para especificar los contenidos del derecho a una buena Administración, así como para interpretar correctamente cualesquiera normas o actuaciones administrativas que pudieran dar lugar a unos efectos contrarios a los fines de la regla reconocida por el Consejo de Europa.

En este caso —nuevamente— se justifica el principio *non reformatio in peius* en relación con los recursos administrativos (específicamente contra sanciones) y no con los demás procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMATIO

1. Sólo es aplicable en procedimientos a instancia de parte

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la prohibición de *reformatio in peius* sólo se impone en procedimientos iniciados a instancia del interesado (con carácter general: art. 89 LAP⁴³, o en la resolución de los recursos: art. 113 LAP, art. 21.2 RPS), porque se basa en el principio dispositivo —vid. *supra*, III.1.B)—.

Por lo tanto, la prohibición de *reformatio sensu stricto* no es aplicable a los procedimientos iniciados de oficio (sin perjuicio de la vigencia del principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos⁴⁴): si mediante un procedimiento iniciado de oficio pueden ejercitarse potestades sancionadoras o se pueden producir «efectos desfavorables o de gravamen» (cfr. art. 44.2 LAP), es evidente que no se prohíbe la pro-

⁴² Conseil de l'Europe (1997), *L'Administration et les personnes privées. Principes de droit administratif concernant les relations entre les autorités administratives et les personnes privées. Un manuel*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, núm. 77.4, pág. 46.

⁴³ También la denominada «acción de nulidad»: aunque se incluya dentro del Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992 (Revisión de oficio), lo cierto es que es un auténtico procedimiento a instancia de parte: «Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado... declararán...» (art. 102.1); además, se prevé el silencio desestimatorio (art. 102.5).

⁴⁴ No han faltado autores que vinculan prohibición de *reformatio* e irrevocabilidad: p. ej., D. CUADRADO ZULOAGA (2004), «El principio de congruencia en el procedimiento administrativo», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, pág. 4; M. ALMEIDA CERREDA (2011), «El principio de irrevocabilidad de los actos favorables», en VV.AA. (dir. J. A. SANTAMARÍA PASTOR), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pág. 1112; véase igualmente el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1403/2003, sobre el Anteproyecto de Ley General Tributaria, de 22 de mayo de 2003, E3.

ducción de efectos que empeoren la situación inicial del administrado⁴⁵. El mismo artículo 89.2 LAP lo reconoce cuando señala: «la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y *sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede*». Y estos poderes de oficio —vid. *infra*— pueden referirse tanto a procedimientos ordinarios (cfr. art. 68 LAP) como a procedimientos de revisión (art. 102 LAP⁴⁶). Lógicamente, tampoco es aplicable la prohibición de *reformatio* a la emisión de normas jurídicas reglamentarias; un reglamento puede derogar otro empeorando la situación de los afectados por aquél, siempre que disfrute de la imprescindible habilitación legal; la potestad reglamentaria es diferente de la de emisión de actos y, además, se ejerce de oficio.

Precisamente por justificarse en el principio dispositivo resulta esencial la «calidad» del interés invocado (art. 31.1 LAP). Por eso, en el caso de recursos administrativos basados únicamente en una acción pública no opera el principio de prohibición de *reformatio*, porque la acción pública permite deducir la pretensión correspondiente sin necesidad de ostentar un interés efectivo en el asunto⁴⁷.

2. *La mera desestimación de una solicitud no infringe la prohibición de reformatio. El silencio positivo como límite*

Parece evidente que la desestimación, sin más, de las solicitudes y, específicamente, de los recursos —resolución definitiva prevista por la propia LAP— no conlleva una agravación de la situación inicial del recurrente; éste simplemente mantiene su situación inicial⁴⁸.

Puede, incluso, darse una situación de incongruencia en cuanto a los motivos alegados, que no tiene por qué implicar una *reformatio* si no se agrava la situación del recurrente. Es decir, aunque de forma ilícita se

⁴⁵ Como señala la citada más arriba STS de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5522), en su FJ 4.º: «La resolución sancionadora de 10 de mayo de 1993 no resuelve ningún recurso, lo que excluye la aplicación del concepto de la “*reformatio in peius*”».

⁴⁶ Como recuerda el Tribunal Supremo, «la Administración puede revisar en vía de recurso, en la medida en que venga autorizada por las peticiones del recurrente, pero sólo en esta medida, pues para el resto ha de recurrir a sus potestades de revisión de oficio» (STS de 12 de febrero de 1991, Ar. 945); en el mismo sentido, las SSTS de 11 de mayo de 1999 (Ar. 5330), de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\447), etc. Se refiere tanto a la revisión de actos nulos como a la de actos anulables (recurso de lesividad).

⁴⁷ Cfr., por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2010), *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*. Iustel, Madrid, págs. 235-236.

⁴⁸ Véase, p. ej., la STS de 12 de febrero de 2007, FD 6.º. En el ámbito comunitario, véase, entre otras, la STPI (Sala Primera) de 23 de septiembre de 2009, *Evets Corp. c. OAMI*, núm. 37.

desestime el recurso, la no agravación de la situación inicial del recurrente impide aludir a *reformatio in peius*, sin perjuicio de la existencia de otros motivos de invalidez.

Sin embargo, hay un supuesto de desestimación de solicitudes que sí que puede constituir un ejemplo de *reformatio in peius* prohibida: el de aquellos procedimientos iniciados a instancia de parte y no resueltos en plazo, a los que el ordenamiento asigna efectos estimatorios en el caso de silencio administrativo. En estos supuestos, la Administración no puede desestimar extemporáneamente el recurso de forma expresa, porque ya surgió un acto administrativo estimatorio por silencio (art. 43.2 LAP)⁴⁹ y la resolución expresa fuera de plazo sólo puede ser confirmatoria —art. 43.4.a) LAP—⁵⁰. Esta prohibición de resolución extemporánea negativa es una prohibición de *reformatio in peius* porque el acto negativo posterior no puede empeorar la situación del administrado, beneficiado por el acto presunto estimatorio. Esta reforma peyorativa tiene características propias que la diferencian de la general: en efecto, en vez de implicar un empeoramiento de la situación original del promotor del procedimiento en el acuerdo de resolución, lo que hace es empeorar la situación de dicho interesado, pero no la original, existente al iniciar éste el procedimiento de solicitud, sino la final y definitiva, surgida de la «resolución» presunta. No se trata de una simple revocación, porque la Administración está aprovechando un procedimiento iniciado a instancia de parte (y finalizado ya por resolución presunta) para desestimar (tardíamente) la solicitud.

Por lo tanto, no es la desestimación, sino el hecho de que dicha desestimación expresa sea extemporánea, lo que convierte una resolución lícita (la resolución desestimatoria) en ilícita por contravenir el artículo 43.3 LAP y el principio de prohibición de *non reformatio in peius* con ocasión de un procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte.

⁴⁹ «La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente».

⁵⁰ «La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

3. *La Administración no puede empeorar la situación aunque dé audiencia al interesado*

Bajo la legislación anterior, una cierta línea jurisprudencial y varios dictámenes del Consejo de Estado admitieron la *reformatio in peius* bajo la condición de que a la resolución precediera la audiencia de los interesados (vid. *supra*, II.1). Eso concuerda con la tradicional garantía de audiencia al administrado en los supuestos en que la Administración pretenda adoptar una decisión restrictiva de los derechos de aquél, tal y como se reconoce en la Constitución —art. 105.c)—⁵¹, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 45.2) y en la propia Ley 30/1992 (art. 84).

Sin embargo, la LAP no admite la *reformatio* ni aunque haya audiencia previa al administrado. En efecto, dicha Ley establece en su artículo 89.1 que «cuando se trate de cuestiones que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos (...) para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes...». Pero, sin perjuicio de lo anterior, el párrafo siguiente establece que en los procedimientos iniciados a instancia de parte «la resolución será congruente con las peticiones (...) sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial».

Por otra parte, la LAP es clara respecto a los recursos administrativos (art. 113.3):

«El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial».

Así pues, la audiencia de los interesados es condición necesaria para que el órgano pueda decidir sobre cuestiones no alegadas por los interesados, pero no suficiente para agravar la situación inicial de los recurrentes⁵².

⁵¹ «La Ley regulará: (...) c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

⁵² La audiencia permite al órgano administrativo decidir sobre cuestiones no alegadas e incluso desestimar el recurso. Véase, en este sentido, la SAN de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2005\263045), FD 3.º.

4. *Se refiere al contenido decisorio de la resolución y el empeoramiento debe ser real y global*

La *reformatio in peius* no es referible al mero cambio de los motivos determinantes de un resultado anulatorio, dado que entonces no se reforma nada a peor, sino a igual; así lo señala la STS de 22 de noviembre de 1990 (Ar. 8492), que recuerda (FD 2.º) que «la incongruencia, para que procediera apreciarla, preciso sería se diera entre las partes dispositivas de las resoluciones y no por razón de sus fundamentos».

De esta forma, la mera realización de determinadas actuaciones procedimentales que pueden provocar perjuicios en el recurrente no conlleva, en principio, *reformatio in peius*, porque carecen del carácter definitivo de la resolución, salvo que se trate de perjuicio irreparable o indefensión, en cuyo caso estamos ante actos de trámite cualificado, de acuerdo con el artículo 107.1 LAP, por lo que parece perfectamente viable la consideración de si en vía de recurso (de esos actos de trámite) se cumple o no la prohibición de reforma peyorativa.

Igualmente, la eventual corrección de errores de un acto (ejercitable «en cualquier momento»: art. 105.1 LAP), realizada aprovechando la vía de recurso abierta, no infringe, en principio, la prohibición de *reformatio in peius*, porque no modifica el contenido del acto administrativo; el acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación⁵³. Esta potestad, de ejercicio obligatorio, se dirige simplemente a ajustar la exteriorización del acto al expediente administrativo previo. Por lo tanto, no puede implicar una reforma del acto peyorativa, porque la situación del afectado ya venía dada por el procedimiento original y consta como tal en el expediente; se trata, pues, de adecuar la resolución al expediente administrativo. Así se deduce, p. ej., de la STSJ (Cataluña) de 10 de octubre de 2003 (JUR 2003\112577):

«(...) En suma, del texto de la propuesta de resolución y del texto de la misma resolución sancionadora, se infiere que la calificación de la infracción como leve no es un mero error de transcripción como pretende la Administración en la resolución que resuelve el recurso ordinario, por cuanto son manifiestas las dudas sobre cuál sea la tipificación que corresponde a los hechos objeto del

⁵³ I. SANZ RUBIALES (1996), «La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia», *REDA*, núm. 90, pág. 302; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011a), *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 689.

procedimiento sancionador. No tratándose de un mero error de transcripción, debe concluirse que la norma del art. 105.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no proporciona cobertura jurídica al primer pronunciamiento de la resolución objeto de este recurso contencioso-administrativo, por la que se “sustituye” la referencia “leve” por la de “menos grave” en la parte dispositiva de la resolución sancionadora. Por consiguiente, tal “sustitución” constituye una modificación de la resolución sancionadora en perjuicio del recurrente en recurso ordinario, incurso en la prohibición de *reformatio in pejus*» (FD 2.º)⁵⁴.

Al margen de lo anterior, el empeoramiento de la situación del recurrente tiene que ser real —con efectos jurídicos—, de tal forma que si se modifica el acto inicial, sin que mejore la situación de aquél, pero sin que se le prive de una ventaja (jurídicamente eficaz) que tuviese con anterioridad, no se puede decir que el órgano administrativo esté incurriendo en *reformatio*⁵⁵. Aunque en los recursos contra sanciones este planteamiento debe matizarse, por el carácter de los hechos imputados al administrado en este procedimiento⁵⁶.

⁵⁴ En el mismo sentido, véase la STSJ Canarias de 18 de febrero de 2002 (RJCA 2005/272), FD 5.º.

⁵⁵ Es el caso, p. ej., resuelto por la STSJ Andalucía de 30 de junio de 1997, en relación a la reclamación de un estudiante que solicitó la revisión de un examen ante el Tribunal previsto en los Estatutos de la Universidad de Sevilla. Este Tribunal modificó la puntuación inicial *in peius*, bajándola de 3,5 a 2,2. La Sala acepta los argumentos de la Universidad cuando afirma que no existe *reformatio in peius* por cuanto «la variación numérica en la valoración del examen no altera el resultado final pues ya sea un 2,2 o 3,5 la calificación es de suspenso». Evidentemente, la nota es peor (un 2,2 es menos que un 3,5); sin embargo, los efectos jurídicos de ambas notas son exactamente los mismos (no superación del examen; necesidad de reiterar su realización). Cfr. C. REGLI CRIVELL, I. BONACHERA LEDRO, E. MOLINO BARRERO y J. SUCH MARTÍNEZ (1998), «Régimen jurídico de la evaluación del alumnado universitario», en VV.AA., *III Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Gestión Universitaria*, Lex Nova-Universidad de Zaragoza, Valladolid, pág. 471. En sentido similar (aunque con referencia a la adjudicación de una plaza de profesor asociado en la Universidad de Vigo), véase la STSJ Galicia de 23 de enero de 2002 (RJCA 2002/449), que señala (FD 4.º) que la *reformatio in peius* «tiene lugar cuando empeora la situación del reclamante a consecuencia de su propio recurso, lo cual de hecho y en lo sustancial no ha sucedido en el caso presente en el que, pese a descender un puesto el señor G. T. en la evaluación de la Comisión (...), ninguna situación del reclamante resulta empeorada en cuanto antes y ahora no resulta seleccionado y tampoco pone de manifiesto ningún otro aspecto en que haya podido ser perjudicado por dicha resolución final».

⁵⁶ Se prohíbe la *reformatio* —en recursos administrativos contra sanciones— «tanto por el incremento o alteración de la sanción impuesta, como por referirse a cargos o hechos nuevos imputados al interesado» (STSJ Navarra de 19 de junio de 1999, Ar. 1018). Este planteamiento fue posteriormente confirmado por el Tribunal Supremo, ya en vía judicial: la STS de 9 de marzo de 2005 (Sala de lo Militar), Ar. 3358, anula la sentencia que incorporó una relación fáctica de la resolución sancionadora más grave que la hecha por la Administración en alzada.

Finalmente, la jurisprudencia exige que el perjuicio se contabilice «globalmente». Así lo afirma la STS de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003\8134), FD 1.º, que enlaza a su vez con otra anterior de 21 de octubre de 1997 (RJ 1997\7626), corrigiendo parcialmente la interpretación que la sala de instancia hacía de la doctrina de ésta⁵⁷:

«(...) la consideración de si la resolución del recurso de alzada realmente agrava o perjudica la posición de quien lo interpuso ha de partir de una apreciación en conjunto de los pedimentos del solicitante, con el fin de ponderar si, pese a la aparente agravación que la resolución del recurso suponga con respecto a algunos de ellos, la mejora o beneficio obtenido a través de ese mismo recurso, en otros, impide que el resultado global producido haya de considerarse más gravoso para el recurrente que el obtenido antes de ejercitar su impugnación... (...) Resulta absolutamente necesario que esa agravación sea real, considerando en conjunto la posición procesal que venga sosteniendo el recurrente de forma que pueda estimarse que la mera interposición del oportuno recurso por su parte suponga una auténtica penalización de su actitud» (FD 1.º).

El Tribunal Supremo hace aquí una interpretación claramente restrictiva del principio de prohibición de *reformatio*, porque *de facto* está admitiendo la posibilidad de reforma peyorativa respecto de la solicitud del interesado; pero esta reforma es lícita siempre que quede compensada por la estimación de otras pretensiones o peticiones del recurrente. No hay obstáculo jurídico a que se produzca un limitado perjuicio del recurrente, siempre que éste quede compensado con los beneficios derivados igualmente del recurso interpuesto.

De acuerdo con lo anterior, no hay *reformatio in peius* cuando el órgano administrativo desestima, sin más, la solicitud, porque el solicitante queda igual que estaba; pero se puede entender que tampoco hay *reformatio* cuando la Administración concede lo solicitado sometido a una cláusula accesorias, siempre que el contenido restrictivo de una cláusula accesorias no vaya más allá del contenido favorable del acto. El

⁵⁷ Véase el FD 4.º de esta última sentencia, de 21 de octubre de 1997: «(...) El análisis de si la situación jurídica de la entidad recurrente ha resultado empeorada tras la resolución de los recursos de alzada y reposición potestativa planteados no puede referirse exclusivamente a la clasificación de una parte de los terrenos de los que es propietaria sino que hay que extenderla a la totalidad de los terrenos de su propiedad afectados unitariamente por la ordenación del mismo sector de planeamiento».

problema de este límite es la dificultad de aplicación, porque las cláusulas accesorias no siempre son fácilmente cuantificables⁵⁸.

5. *La posibilidad de reforma peyorativa legítima en la resolución de recursos «cruzados»*

El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo reiteradamente que la prohibición de *reformatio* no actúa cuando se interponen «recursos cruzados»; esto supone que la interposición de un recurso por un interesado puede habilitar legítimamente a la Administración para que empeore la situación no del recurrente, sino de un tercero. La STC 120/1989, de 3 de julio, recordaba (FJ 1.º):

«Lo decisivo al respecto es que el recurrente se vea perjudicado por su propio recurso, pero no se infringe este principio [de *non reformatio in peius*] cuando la condición del recurrente se agrava en base a otras apelaciones planteadas de forma concurrente, o incluso incidental, que permitieron al recurrente oponerse y utilizar los medios de defensa que estimase oportunos».

Y con carácter general y de forma reiterada lo ha venido reconociendo posteriormente:

«(...) no cualquier empeoramiento de la situación inicial del recurrente es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, sino sólo aquel que resulte del propio recurso del recurrente, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte»⁵⁹.

Sensu contrario, y como señala la STC 196/2003, de 27 de octubre (FJ 5.º),

«(...) no cabe apreciar incongruencia alguna en los casos en los cuales la situación del recurrente se ve agravada como consecuencia de la estimación de los recursos o de la impugnación formulada, a su vez, por las otras partes procesales»⁶⁰.

⁵⁸ F. VELASCO CABALLERO (1996), *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, págs. 233 y ss.

⁵⁹ SSTC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2.º; 204/2007, de 24 septiembre, FJ 3.º; etc.

⁶⁰ SSTC 84/1985, de 8 de julio; 134/1986, de 29 de octubre; 91/1988, de 20 de mayo; 279/1994, de 17 de octubre; 120/1995, de 17 de julio; 9/1998, de 13 de enero; 8/1999, de 8 de

En línea similar, el TS reconoce la posibilidad de que la situación del interesado empeore como consecuencia de recursos interpuestos por terceros; la STS de 22 de julio de 1992 (RJ 1992\5958) recordaba (en el FD 1.º de la sentencia apelada):

«(...) la fórmula empleada (...) sugiere la presencia de un material “*reformatio in peius*” que sin embargo no deja de resultar pura apariencia si se tiene en cuenta que tal figura sólo puede producirse “cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso, y no a consecuencia de los recursos directos o adhesivos, de la parte contraria o de alegaciones concurrentes e incidentales” [STC Sala Primera de 12-7-1988] y en el caso de autos, la pretensión de reforma del acto impugnado formulada por aquella sociedad concurrió con otras varias de terceros interesados (...) sin que conste que la resolución fuese más lejos de lo pedido por unos u otros recurrentes, aun a costa de que las pretensiones de la parte actora resultasen desfavorecidas».

La posterior STS de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003\8134) insistía en lo mismo (FD 1.º), cuando señalaba que la *reformatio in peius* «se manifiesta agravando con ocasión de recurso la situación del impugnante, quien experimenta así un efecto contrario al perseguido con la interposición del mismo sin que exista ninguna otra impugnación de sentido contrario que pueda justificarlo».

Lógicamente, cuando de un recurso interpuesto por un tercero interesado se pueden derivar consecuencias negativas o restrictivas de derechos de otro administrado, es preciso que el órgano responsable del procedimiento oiga a éste, en virtud del principio de audiencia, de acuerdo con el artículo 112.3 LAP: «*Si hubiera otros interesados, se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente*». Pero, salvado ese trámite procedimental, no hay obstáculo para que la resolución de un recurso administrativo conlleve el empeoramiento de la situación jurídica de un interesado distinto del recurrente, algo, por otra parte, habitual en el caso de supuestos de concurrencia competitiva, en los que el recurso de un participante contra un acuerdo que beneficia a otro puede implicar, además de un beneficio para el recurrente, un perjuicio para el inicialmente beneficiado por el acto.

febrero; 56/1999, de 12 de abril; 196/1999, de 25 de octubre; 112/2000, de 5 de mayo, y 238/2000, de 16 de octubre.

V. ¿HA DESAPARECIDO DEFINITIVAMENTE LA *REFORMATIO IN PEIUS*?: VARIEDAD DE SITUACIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL VIGENTE

En el ordenamiento español subsisten diversos supuestos de *reformatio* o próximos a la *reformatio*; algunos, contrarios a las previsiones de la Ley 30/1992 aunque, sorprendentemente, permitidos por la jurisprudencia (sobre la base —entre otras cosas— de la inaplicabilidad de la citada Ley básica); otros, amparables en la Ley, correctamente interpretada, por no referirse a actos definitivos y por el alcance de la pretensión; y otros, finalmente, «sucedáneos» de la *reformatio*, que desalientan a la interposición de recursos y reclamaciones administrativos. Se trata de supuestos heterogéneos pero que aportan luz sobre la variedad de situaciones posibles en relación con este principio.

1. *La criticable posibilidad de revisión in peius a instancia de parte de la invalidez permanente*

En nuestro ordenamiento jurídico postconstitucional subsiste, sorprendentemente, la posibilidad de *reformatio in peius*, reconocida jurisprudencialmente y con base en un reglamento de desarrollo de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que prevé en su artículo 143.2:

«Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión *por agravación o mejoría* del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta Ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución».

Este precepto permite, por lo tanto, que el solicitante solicite una revisión, bien por empeoramiento, bien por mejoría. No se reconoce expresamente —y esto es importante— que la revisión sea *extra petitum*. Pero el Tribunal Supremo, al interpretar este precepto sin cuestionar su conformidad al ordenamiento constitucional, entiende que la revisión puede tener un resultado distinto y contrario del pretendido por el solicitante. Así se confirma en la STS (Sala de lo Contencioso) de 23 de noviembre de 2005 (RJ 2005\9848), cuyo FD 6.º establece:

«Finalmente en el tercer motivo la parte recurrente entiende que el reconocimiento efectuado el 18 de diciembre de 1985 de un grado de minusvalía del 51,5% con carácter de definitiva debía mantenerse pues su reducción al 24% comporta “*reformatio in peius*” vedada por mor del art. 89.2 LAP o del 113 de la misma Ley en lo que a los recursos administrativos se refiere. Insiste en que si pretendía una reforma al alza no puede la administración reformar a la baja.

Tal alegato debe enmarcarse en el hecho indiscutido reflejado en la sentencia consistente en que la revisión del grado de minusvalía fue peticionada [*sic*] por el interesado. Frente a tal acto considera la Sala sentenciadora que la calificación puede ser modificada si varían las circunstancias. Entiende la Sala de Oviedo que, independientemente de que el grado de minusvalía fuere reputado definitivo, figuraba una advertencia acerca de que en futuras revisiones podía ser prorrogada dicha calificación, modificada o cancelada. Ampara tal pronunciamiento en el contenido del art. 143.2 de la LGSS que establece la posibilidad de revisar todas las resoluciones por las que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente en cualquiera de sus grados».

Y más adelante, tras exponer la doctrina de la prohibición de *reformatio*, la inaplica al caso concreto sobre la base de la «advertencia» efectuada por la Administración en el momento de la concesión inicial del grado de minusvalía. En concreto, afirma (FD 7.º):

«(...) Materialmente, sí ha habido un empeoramiento a consecuencia de la reducción del grado de minusvalía reconocido, mas ha acontecido, con apoyo en la advertencia efectuada en el momento de su concesión primitiva de

que podría ser modificada, en el seno de un procedimiento de revisión de su grado de minusvalía iniciado a su instancia en el que ha sido parte».

Por lo tanto, el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que la ley reconozca la aplicación de la *reformatio in peius* en supuestos concretos, sin perjuicio del principio general de la Ley 30/1992. Esta posibilidad no está prevista expresamente en la LGSS, a pesar de que el Tribunal entiende que la *reformatio* se encuentra amparada por dicho precepto, por lo que la interpretación de dicho precepto legal (el art. 143) debería apuntar a la prohibición de *reformatio in peius* con base en los principios generales del Derecho —constitucionales o no— señalados más arriba: lo único que señala la Ley es la dualidad de posibles pretensiones («se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional»), pero no la posibilidad de que el órgano administrativo se «escape» de ellas.

Sin embargo, es cierto que la reforma peyorativa se reconoce claramente en el RD 1300/1995, de 21 de julio, que dispone que los directores provinciales del INSS deberán dictar resolución (en los expedientes de revisión de grado de invalidez) «sin estar vinculados por las peticiones concretas» (art. 6.1).

Sin perjuicio de otros aspectos criticables, aquí el Tribunal Supremo está justificando la *reformatio* sobre la base de la inexistencia de confianza legítima en el recurrente. En efecto, al advertir al solicitante de que la Administración cuando resuelve no está sujeta a lo solicitado (tal y como dispone el RD citado) elimina todo resto de «imprevisibilidad» en la actuación administrativa (nota característica para proteger la confianza de los destinatarios). Sin embargo, se olvida del principio de congruencia, que llevaría a impedir dicha *reformatio*. Además, la Administración de la Seguridad Social cuenta con la posibilidad de instar de oficio la revisión, lo que permitiría llegar a idéntico resultado pero sin desvirtuar el procedimiento de solicitud a instancia de parte⁶¹.

Aunque se trata de una sentencia aislada (en la jurisprudencia de la Sala 3.^a), no lo es si se tiene en cuenta la doctrina de la Sala 4.^a: pocos años más tarde, el 9 de julio de 2008, la Sala de lo Social del mismo Tribunal dictó una sentencia en la línea de la anterior; resolutoria de un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS.

⁶¹ En idéntico sentido, A. VALDÉS ALONSO (2009), «La *reformatio in peius* en la vía administrativa: un privilegio de la Seguridad Social (Comentario STS 4.^a, de 9 de julio de 2008)», *Relaciones Laborales*, núm. 8, pág. 2.

Se planteó en éste la aplicabilidad de la Ley 30/1992, que con evidente claridad proscribía la *reformatio* (arts. 89 y 113). El Tribunal Supremo entendió que, a pesar de su carácter básico, no era aplicable al caso, sobre la base de la remisión operada por la propia Ley en su DA 6.^a: «1. La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, en los términos previstos en el artículo 2 del texto articulado de la Ley de Procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley».

Sin embargo, es criticable no sólo la solución (admisión de *reformatio*), sino también los propios fundamentos de la sentencia del TS. Se pueden apuntar algunas críticas (además de la infracción de principios generales procesales) que ponen en evidencia lo insostenible de mantener todavía la posibilidad de *reformatio*⁶²:

— Por una parte, en esta materia serían aplicables las previsiones de la Ley 30/1992, porque la DA 6.^a se remite exclusivamente a lo que señale la Ley de Procedimiento Laboral, que, por otra parte, no dice nada, y la única previsión expresa de *reformatio* se encuentra en una norma reglamentaria no habilitada por dicha Ley. Por eso, aunque el RD y la OM desarrollen la LGSS (más allá de la letra de ésta), carecen de suficiente legitimación por su carácter reglamentario y por la referencia a la LPL⁶³.

— Por otra, ante una norma con fuerza de ley que no reconoce expresamente la reforma peyorativa, los reglamentos carecen de justificación suficiente para imponerla. Además, si el precepto legal (art. 143 LGSS) admite dos posibles interpretaciones, hay que estar a la menos restrictiva de los derechos de los administrados, de acuerdo con los principios *pro libertate* (art. 39 bis LAP) y *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*.

— Además, se trata de un «privilegio» injustificado, porque la Administración dispone de poderes de oficio para revisar dichas califica-

⁶² Una dura crítica, más desarrollada, puede verse en A. SEMPERE NAVARRO (2008), «Posibilidad de *reformatio in peius* en la revisión de la invalidez permanente», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 24, Aranzadi, págs. 6 y ss. Es importante señalar que este autor no alude a la posible inconstitucionalidad de la *reformatio*, la cual, a la luz de la doctrina del TC, es evidente para los procesos judiciales. Sin embargo (y a pesar de la doctrina de la Sala 3.^a TS), no se pueden transponer sin más las garantías de la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos no sancionadores, aunque hay otros principios constitucionales —como el de seguridad jurídica— también implicados.

⁶³ De hecho, el artículo 34.11 de la Ley 24/2001 modificó la LGSS en el sentido de remitirse (curiosa «remisión inversa») a la Ley 30/1992 en cuanto a la tramitación de las prestaciones de la Seguridad Social, con las especialidades previstas en ella o «en otras disposiciones que resulten de aplicación», por la evidente vocación de procedimiento común que tiene la regulación procedimental de la Ley 30/1992.

ciones, sin necesidad de utilizar la interposición de un recurso para un fin distinto del previsto por el ordenamiento⁶⁴.

— Finalmente, es contradictorio que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de forma reiterada, fundamente la prohibición de *reformatio* en vía de recurso administrativo en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24), mientras que este derecho fundamental supralegal no se reconozca para la vía administrativa por la Sala 4.^a del mismo Tribunal en el ámbito de su competencia. Se vuelve, así, a poner de relieve que la *non reformatio in peius* carece —al menos en referencia a los procedimientos ordinarios a instancia de parte— de un fundamento constitucional claro e incontrovertido.

2. *Legitimidad de la reformatio en la corrección de exámenes de las pruebas de acceso a la universidad*

Merece la pena aludir a la aplicabilidad del principio de prohibición de *reformatio* en el ámbito de los exámenes. Para ello, precisamente por el alcance general que tiene, conviene tener en cuenta el RD 1892/2008, de 14 de noviembre, *por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas*, considerado básico según su propia Disposición Final 1.^a. Este Reglamento, en su artículo 18 («Reclamaciones»), prevé dos posibilidades de reacción de los estudiantes frente a los ejercicios de las PAU que consideran erróneamente corregidos. En concreto:

«1. Cada estudiante podrá, sobre la calificación otorgada tras la primera corrección, presentar ante la presidencia del tribunal la *solicitud de una segunda corrección* de los ejercicios en los que considere incorrecta la aplicación de los criterios generales de evaluación y específicos de corrección y calificación a los que hace referencia este real decreto o la *solicitud de reclamación ante la comisión organizadora* en cuyo caso quedará excluida la posibilidad de solicitar la segunda corrección (...)»⁶⁵.

⁶⁴ No es de recibo, por eso, el argumento de la sentencia basado en la «economía procesal» (proscrito, como hemos visto, por el artículo 89.2 LAP): «no se produce situación formal de indefensión de éste por esa calificación perjudicial. El resultado sería el mismo instando la Entidad Gestora de oficio la revisión por mejoría, dando lugar, de manera innecesaria, a dos expedientes de idéntico contenido» (FD 2.º *in fine*).

⁶⁵ Y desarrolla las dos modalidades en los párrafos siguientes: «2. Los ejercicios sobre los que se haya presentado la solicitud de *reclamación* serán revisados con el objeto de verificar

De acuerdo con ello, cada posibilidad se somete a un régimen jurídico distinto:

a) Si el interesado opta por la reclamación, la calificación reclamada se considera definitiva (acto administrativo definitivo) y, por lo tanto, la Administración estará vinculada por la prohibición de *reformatio in peius* (vid. *supra*), de tal forma que la resolución de la reclamación sólo puede surtir efectos favorables o, como mínimo, mantener en la misma situación al reclamante.

b) En el caso de que elija la segunda corrección, el resultado del primer examen no se considerará definitivo, sino un mero acto de trámite. El resultado de la segunda corrección es otro acto de trámite y, en su caso, el eventual resultado de la corrección operada por el otro tribunal también lo sería. En ninguna de estas correcciones influye la *reformatio in peius*. Además, no debe olvidarse que la pretensión, el objeto de la solicitud del administrado no es una «mejor» corrección, sino una «segunda» corrección: esta segunda corrección tiene exactamente el mismo alcance que la primera (no se limita a aspectos concretos de ésta). La obtención de la media aritmética de las dos correcciones o, en su caso, de las tres daría lugar al resultado final, que quedaría formalizado en un acto definitivo, susceptible de una reclamación que debe respetar —ésta sí— la prohibición de *reformatio in peius*.

En resumen, los afectados por la corrección de un examen que consideran injusta y contraria al ordenamiento tienen dos posibilidades: optar por la vía de la reclamación contra la corrección inicial, que es asimilable a un recurso administrativo cuya resolución pone fin a la vía administrativa, y que está condicionada por la prohibición de *reformatio in peius* (art. 113 LAP); y optar por la vía de la segunda correc-

que *todas las cuestiones han sido evaluadas* y lo han sido con una correcta aplicación de los criterios generales de evaluación y específicos de corrección, así como la comprobación de que no existen errores materiales en el proceso del cálculo de la calificación final. 3. Los ejercicios sobre los que se haya presentado la solicitud de *segunda corrección* serán corregidos por un profesor especialista distinto al que realizó la primera corrección. La calificación será la *media aritmética* de las calificaciones obtenidas en las dos correcciones. *En el supuesto de que existiera una diferencia de dos o más puntos entre las dos calificaciones, un tribunal distinto efectuará, de oficio, una tercera corrección. La calificación final será la media aritmética de las tres calificaciones (...). Sobre la calificación otorgada tras el proceso de doble corrección establecido en el párrafo anterior, se podrá presentar reclamación ante la comisión organizadora, en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haga pública la calificación sobre la que se vaya a formular la reclamación (...).* 4. *La comisión organizadora adoptará las resoluciones que establezcan formalmente las calificaciones definitivas de los ejercicios cuya corrección hubiera sido recurrida, de acuerdo con lo previsto en los puntos anteriores, y las notificará a los reclamantes. Las resoluciones respectivas pondrán fin, en cada caso, a la vía administrativa».*

ción (y, en su caso, tercera de oficio), que implica que el resultado de la corrección inicial no da lugar a un acto definitivo, sino de trámite, que debe ponderarse (en más o en menos) con la de la segunda (y, eventualmente, tercera) corrección para obtener el acto definitivo. Por eso la segunda (y, en su caso, tercera) corrección puede empeorar el resultado de la primera. No hay que olvidar que el profesor que realiza la segunda corrección no está vinculado por la calificación obtenida en la primera. La resolución definitiva (media de las calificaciones obtenidas en las diversas correcciones) sí que será susceptible de reclamación y no puede verse empeorada por la resolución de ésta.

3. *Una figura en expansión y próxima a la reformatio: las multas por temeridad o mala fe en la interposición de algunas reclamaciones y conflictos*

Hay figuras próximas a la *reformatio*, como son las multas por temeridad o mala fe en la interposición de reclamaciones o de recursos administrativos especiales, que algunas normas recientes han previsto.

Es cierto que la razón de ser de estas multas es evitar la interposición de recursos o reclamaciones carentes de fundamento; sin embargo, la amenaza de la posible multa puede disuadir a más de un interesado del ejercicio de lo que es un derecho por demás gratuito⁶⁶. No se olvide que el elemento disuasorio de la interposición de los recursos forma parte de los motivos justificadores de la prohibición de la *reformatio in peius* (vid. *supra* la doctrina constante del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo). Además, aunque se exige que el órgano administrativo aprecie temeridad o mala fe en el recurso o reclamación, esta apreciación es totalmente discrecional, por lo que hay un «algo» de castigo a quien ve desestimada su solicitud en esta vía administrativa, y ese algo es el riesgo de tener que pagar. De hecho, en estas «fórmulas indirectas de agravación de la posición del recurrente» em-

⁶⁶ Un supuesto similar se produce en las reclamaciones económico-administrativas. El artículo 234.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone: «El procedimiento económico-administrativo será gratuito. No obstante, si la reclamación o el recurso resulta desestimado y el órgano económico-administrativo aprecia temeridad o mala fe, podrá exigirse al reclamante que sufrague las costas del procedimiento, según los criterios que se fijen reglamentariamente». Aunque las costas no pueden calificarse como una sanción *stricto sensu*, sino como una contraprestación por los gastos originados por el proceso (tal y como establece el Tribunal Constitucional), «es lo cierto que muchas veces se siente como tal». M. PULIDO QUECEDO (1999), «Condena en costas y *reformatio in peius*», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. I, pág. 1. Sobre la posibilidad de imponer multas por los mismos motivos antes de la reforma de la LGTr; véase E. MÍGUEZ BEN (1997), «*Reformatio in peius* y reclamaciones económico-administrativas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 15, págs. 28, 40 y ss.

parentadas con la *reformatio in peius* «es patente la finalidad directa o indirectamente intimidatoria y coactiva que anima esta clase de medidas, con las que se pretende evitar la utilización de la vía de recurso y presentar éste como un riesgo adicional para el recurrente, lo cual implica un grave atentado contra el principio de universalidad de la vía de recurso y una igualmente grave desnaturalización de la esencia garantizadora que da sentido a la institución, consideraciones de principio ambas que obligan positivamente a descartar su legitimidad en los términos de la doctrina jurisprudencial establecida a propósito de la *reformatio in peius*, de las que las referidas técnicas vienen a ser simples variantes»⁶⁷.

Es decir, en estos casos (como veremos) los efectos peyorativos derivan de la mera interposición del recurso o reclamación. Lo común a todos ellos es que son procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte, contra determinadas actuaciones (públicas o incluso privadas); que no son recursos administrativos ordinarios de alzada o reposición, y que, finalmente, son resueltos por órganos administrativos que no se insertan en la línea jerárquica de la Administración activa, sino que disfrutan de un estatus de autonomía funcional que les permite resolver dicho recurso con mayor ecuanimidad e independencia de criterio. Algunos de los supuestos más característicos se mencionan a continuación.

A) *El recurso especial en materia de contratación de la LCSP*

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece, dentro del Título I, un Capítulo VI relativo al *régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos* (arts. 40-50)⁶⁸. Ahí se prevé (art. 47.2) que la resolución administrativa del recurso especial en materia de contratación sea congruente con lo solicitado, pero en el artículo 47.5 se establece:

«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la so-

⁶⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011b: 557); E. MÍGUEZ BEN (1997: 28, 40).

⁶⁸ Este capítulo fue introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que, entre otras cosas, añadió un Libro VI a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (arts. 310-322), para adaptar la regulación de contratos española a la Directiva 2007/66, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

licitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores».

Según la redacción (que no viene exigida, en este aspecto concreto, por la Directiva «recursos» 2007/66), la multa al recurrente perdedor sólo se puede imponer por temeridad o mala fe apreciadas discrecionalmente por el órgano competente; no es, pues, de aplicación automática por el mero hecho de no ver estimada su petición. Pero en un marco de gratuidad de los recursos llama la atención que se pueda «castigar» (no otra cosa es la multa) al recurrente con la obligación de pago de una multa que, lógicamente, supone empeorar su situación inicial.

No se suele vincular el recurso especial en la LCSP con la *reformatio in peius*. Aunque algún autor señala que la introducción de esta regla en vía administrativa debería ser sopesada inicialmente, por razón de que los recursos administrativos, a diferencia de los judiciales, son gratuitos⁶⁹.

B) *La reclamación prevista en la Ley de Contratación en Sectores Especiales*

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la Ley 31/2007, de 30 de octubre, *sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales*, en sus artículos 101 a 108, que pasan a integrar el Capítulo I del Título VII, «*Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos*».

Estas reclamaciones se dirigen a la impugnación de actuaciones realizadas durante el procedimiento de adjudicación de un contrato en el ámbito de los sectores especiales (arts. 101.1, 104.4 y 106.2) y los resuelve un órgano administrativo (art. 101 Ley 31/2007). Según el nuevo artículo 106 de la Ley (relativo a la resolución del procedimiento de reclamación), en su párrafo 5.º:

«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en

⁶⁹ V. ESCUIN PALOP y B. BELANDO GARÍN (2011: 399).

la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado a la entidad contratante y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística».

Se trata de una redacción similar a la anterior, aunque ya no estamos ante recursos, sino ante reclamaciones contra la actuación de entidades gestoras de servicios, que deben resolver («administrativizándolas», en su caso) órganos de la Administración de tutela.

C) *Los «conflictos» entre operadores postales*

En el ámbito de los conflictos entre operadores postales y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, que debe resolver la Comisión Nacional del Sector Postal, existe una exigencia similar.

La Ley 43/2010, de 30 de diciembre, *del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal*, incluye un precepto, el artículo 48, dirigido a resolver los conflictos que enfrentan a los operadores postales y el operador postal «designado». Se trata de un conflicto que resuelve un órgano administrativo —la Comisión Nacional del Sector Postal— que actúa como órgano competente para resolver un «procedimiento trilateral», «*a modo de juicio*» entre dos sujetos privados, uno —el operador «normal»— sustancialmente privado y otro —el «designado»— sólo formalmente privado, porque se trata de una sociedad mercantil en mano pública (Correos y Telégrafos, S.A.). Dice así este precepto:

«Resolución de conflictos entre operadores postales y el operador designado para la prestación del servicio postal universal.

1. La Comisión Nacional del Sector Postal resolverá los conflictos que se susciten entre el operador designado y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal,

en relación con el acceso tanto a la red postal como a otros elementos de la infraestructura y los servicios postales, en particular conforme a lo previsto en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 45, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

2. El procedimiento de resolución de estos conflictos habrá de respetar los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes. *Cuando la Comisión aprecie temeridad o mala fe podrá imponer una multa hasta el 5% de la cantidad reclamada o, de ser indeterminada, hasta el 5% del capital social o fondos propios, con un mínimo de 2.000 euros, más el pago de las costas causadas.* Las multas y los gastos ocasionados tendrán la naturaleza de créditos de derecho público y serán exigibles por la vía administrativa de apremio».

En sendos supuestos se podría pensar que la introducción de estas multas tiene su fundamento último en el carácter «quasijurisdiccional» de estos procedimientos (por la «independencia» y amplios poderes de los órganos que resuelven y por el carácter «trilateral» del procedimiento), que exige una especial seriedad en la interposición de los correspondientes recursos o reclamaciones.

VI. CONCLUSIÓN

La Ley 30/1992 prohíbe la *reformatio in peius* en los procedimientos iniciados a instancia de parte no porque la Administración no pueda o deba eliminar sus actos ilegales, sino porque lo debe hacer por el procedimiento establecido, en garantía de los afectados. Por congruencia, la eventual ilegalidad de una determinada situación, percibida por la Administración gracias a la tramitación de un procedimiento iniciado a instancia de parte, no permite a la Administración ir más allá de lo solicitado, si agrava la situación del administrado solicitante.

Se trata de una garantía propiamente judicial, que tiene aplicación en el ámbito administrativo por previsión legal expresa, aunque los fundamentos constitucionales —aplicables a los recursos contra sanciones administrativas— se diluyen en la vía administrativa ordinaria, especialmente cuando se da al margen de los recursos.

Existen, no obstante, en la normativa postconstitucional española diversas manifestaciones de *reformatio in peius* o próximas a ella: mientras algunas de ellas son de dudosa y contradictoria legitimidad, otras, sin embargo, son plenamente admisibles.