

Los límites de la discrecionalidad: análisis de una contradicción real en derecho administrativo español*

Adecuación a derecho y previsibilidad en las decisiones judiciales

Lo que cabe esperar cuando se acude a los juzgados y tribunales es tener una resolución al conflicto o a la petición que se formula y que sea conforme a derecho.¹ Cuando se acude a la justicia para obtener respuestas, es conveniente que, ya sea por la propia persona que decide actuar, o por las que le presten asesoramiento profesional, se indague y se verifique qué opciones se tienen en cuanto al pleito en cuestión, es decir, cómo encaja el supuesto de hecho en la norma de aplicación y qué interpretación de la norma es la que, presumiblemente, va a encajar con la situación que se ha de analizar.

* Elaborado por Ricardo Vera, abogado. Estudiante del máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de la León (España). ORCID: 0000-0002-6606-3261.

¹ En este sentido, por ejemplo, el profesor Juan Antonio García Amado señala que “Ahora la obligación de motivar se entiende como exigencia de que el juez haga valer que sus valoraciones, determinantes al apreciar la prueba y al interpretar la norma —entre otras cosas—, no son arbitrarias. *Se trata de que mediante sus argumentos nos convenza de que cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él*, puesto que ha buscado las mejores razones del derecho, en lo que el derecho es instrumento de todos, en lugar de dejarse sin más guiar por sus móviles personales o sus intereses”. En “Teoría de la argumentación jurídica (y III)”, *Almacén de Derecho*, 12 de febrero de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii>.

Como es normal, en situaciones simples, el supuesto de hecho se subsume de manera natural en una norma o en un conjunto de ellas, y la resolución es la consecuencia lógica y legal de la articulación entre el supuesto y la norma. Ocurre la situación S, que encaja en la norma N, y esta norma determina que si S entonces C, consecuencia, esto es, resolución. Este es el mundo ideal, con supuestos que muy poco frecuentemente ocurren en la realidad.

Lo habitual es que las situaciones tengan diversos aspectos que se deben contemplar y que los elementos fácticos del supuesto de hecho sean de mayor amplitud que los señalados concretamente para la aplicación de las normas y, por ello, rara vez se adaptan plenamente y sin dudas a la subsunción del hecho en la norma, es decir, hay que realizar un esfuerzo intelectual y argumentativo para ubicar lo que ocurrió en la norma, si la aplicación de su consecuencia es el objetivo que perseguimos; o para no ubicarlo, si pretendemos lo contrario.

La realidad es más compleja que la teoría básica, y por ello la aplicación del derecho es esencialmente el resultado de la contradicción. No obstante, el deseo formulado al principio de este trabajo se mantiene vigente: cabe esperar que la resolución sea conforme a derecho. Y, además, no es descabellado pensar que dicha adecuación anhelada sea susceptible de ser descubierta antes de acudir a los tribunales. Esto es, la adecuación al derecho no debe ser una sorpresa, sino el desiderátum fundado en una cierta previsibilidad del resultado que se puede obtener, basado a su vez, en la interpretación, también conforme a derecho, que deba hacer el tribunal, dado un supuesto de hecho y una norma o un conjunto de normas relacionadas con éste. Adecuación a derecho y previsibilidad son, por tanto, dos notas que deberían caracterizar las resoluciones judiciales.

Adecuación a derecho y previsibilidad en derecho administrativo: singularidades

En el ámbito concreto de trabajo —del derecho administrativo— encontramos que hay dos elementos que lo singularizan frente al resto de ordenes jurídicos. En primer lugar,

los supuestos de hecho son habitualmente muy concretos: el administrado lleva a cabo conductas, o deja de practicarlas, es decir, acciones u omisiones, que generan consecuencias en su esfera personal o patrimonial, o ambas, y que son decididas y ejecutadas, o al menos ejecutables, en una fase necesariamente previa a la vía judicial: la fase administrativa, sobre la que volveremos más adelante.

En segundo lugar, la cantidad de normas potencialmente aplicables es ingente: la profusión normativa en derecho administrativo en nuestros ordenamientos jurídicos, derivados del derecho continental europeo, fuertemente asentado en los ordenamientos continentales europeos y sudamericanos, es enorme. La capacidad legislativa de los parlamentos y la reglamentaria de los gobiernos es muy elevada, y se incrementa más en aquellos países que tienen distintos niveles de descentralización, donde los poderes locales o regionales, en el marco de sus competencias, también son emisores de normas que aumentan el conjunto.² Ello, en contra de lo puede pensarse, dada la hiperregulación que pone de manifiesto, no es un remedio contra la existencia de lagunas normativas y, desde luego, es un evidente foco de supuestos de colisión de normas contradictorias entre sí.

Volvamos un momento a la fase previa a la vía judicial que comentaba. Debemos observar que esa es una característica muy singular del derecho administrativo. Si la administración detecta un incumplimiento del administrado en cualquier margen, va a actuar contra él, pero no sobre la base de penalizar el incumplimiento propiamente, sino de preservar el interés

² Sobre la profusión normativa en derecho administrativo, véase “La locura legislativa en España: de la hiperregulación a leyes preconstitucionales”, *ABC España*, 2021, el cual dice que “Según los cálculos del estudio del Banco de España [titulado] «¿Cómo afecta la complejidad de la regulación a la demografía empresarial?» elaborado por Juan S. Mora-Sanguinetti y Ricardo Pérez-Valls, desde 1979 hasta 2021 se han promulgado alrededor de 400.000 nuevas normas en España. La cifra engloba a las nacionales municipales y autonómicas. El estudio abarca hasta 2020 con más de 386.000 normas, pero a un ritmo de 12.000 por año, en los que llevamos de 2021 ya nos hemos acercado a las 400.000”. Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-locura-legislativa-espana-hiperregulacion-leyes-preconstitucionales-202105231757_video.html.

público, clave de bóveda del sistema normativo administrativo. En principio, y en teoría, el ordenamiento jurídico administrativo regula las relaciones entre el administrado y la administración y, en principio y en teoría, la administración sirve exclusivamente al interés público. Esta es la base del llamado “principio de autotutela”³ que, sucintamente, implica que la administración detecta el incumplimiento eventual, instruye el procedimiento para verificarlo y adopta, por sí misma, sin intervención de otra instancia, la resolución, es decir, la consecuencia que se derive de ello. El principio de autotutela es en derecho lo que en la vida ordinaria identificaríamos con la expresión coloquial, y probablemente nada académica, “ser juez y parte”.

Por supuesto, existen garantías procesales definidas en la norma para el administrado.⁴ Así, sintéticamente, la administración debe actuar con objetividad, que además se le presume, y las resoluciones han de estar motivadas en derecho, no pueden ser arbitrarias; además, hay un sistema de recursos de las decisiones adoptadas por la administración que no son judiciales, sino prejudiciales, y que, en función de los actos administrativos que se re-

³ “En nuestra doctrina científica, es ya clásica la exposición del principio de la autotutela administrativa que llevan a cabo Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en el primer volumen de su Curso de derecho administrativo. En síntesis, lo que sostienen estos autores es que en el ordenamiento jurídico español la posición de la administración con respecto a la justicia es radicalmente distinta a la de los particulares. Mientras que para éstos la regla general es la de la heterotutela, es decir, para crear, modificar, extinguir y realizar situaciones jurídicas sin el consenso de la otra parte necesitan acudir a los órganos jurisdiccionales, salvo en los supuestos rigurosamente excepcionales en los que se admite la autotutela, para la administración rige la regla contraria: salvo previsión legal expresa en contra, ésta crea, modifica, extingue y realiza situaciones jurídicas unilateralmente, por su propia autoridad, sin necesidad de auxilio judicial”. Míguez Macho, Luis, “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, España, núm. 38, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es>.

⁴ Sobre garantías del administrado en los procesos administrativos, véase el artículo 53 “Derechos del interesado en el procedimiento administrativo”, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

curran, serán de obligada interposición.⁵ Con todo, lo determinante es que si la administración entiende que su actuación es la que procede, lo resolverá y la aplicará, y su decisión será ejecutiva porque el acto administrativo se presume válido.

Una nota derivada de lo anterior se manifiesta en que, como hemos señalado, a pesar de la muy extensa colección normativa que nuestros ordenamientos jurídicos suelen tener, no es infrecuente la existencia de lagunas o de contradicciones normativas. En tales casos, la administración tiene la posibilidad, dentro de las facultades que le confiere el principio de autotutela, de actuar con discrecionalidad a efecto de elegir un camino, de los normativamente posibles para decidir, con la limitación genérica de no apartarse de la justificación de su decisión y no caer en la desviación de poder o en la arbitrariedad.

El panorama es, como puede suponerse, en no pocas ocasiones, desalentador para el administrado, quien percibe que lo inicialmente sospechado por la administración, en cualquier forma que adopte la iniciación de un expediente administrativo, va a ser sistemáticamente refrendado con una resolución administrativa que reproducirá la sospecha inicial, categorizada como supuesto de hecho de la aplicación de una norma, rara vez beneficiosa para los intereses del administrado. La fortuna reside en que las decisiones de la administración están sometidas a los juzgados y tribunales, de los que hemos señalado que cabe esperar adecuación al derecho en la resolución y cierta previsibilidad, o no.

En ese contexto, es interesante analizar qué efecto tiene la desaparición práctica de esas dos aspiraciones cuando el administrado acude a los tribunales, y, tras haber soportado un procedimiento administrativo extenso, debe afrontar en la misma instancia judicial dos pronunciamientos totalmente distintos sobre un supuesto de hecho idéntico, y qué posibilidades reales le restan para defender su interés en el marco del derecho español.

⁵ Se trata, básicamente, de los recursos de alzada, reposición y extraordinario de revisión, regulados en los artículos 121 a 126 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El caso, los casos: nuestro supuesto de hecho

La entidad que llamaremos A obtuvo una subvención del Ministerio M en 2011 para la realización de una serie de actuaciones formativas con ciertos compromisos en relación con el empleo. Recibió los fondos (F1) y los justificó en tiempo y forma. La entidad que llamaremos B obtuvo una subvención del mismo Ministerio M en 2011 para el mismo objeto y recibió los fondos (F2) para acometerlos. También justificó la subvención en tiempo y forma. Las entidades A y B están regidas por la misma persona física (P).⁶

El 21 de marzo de 2017 el Ministerio M comunica a la entidad A la apertura de un expediente de reintegro de la subvención concedida en su día por diversas razones, esencialmente no haber justificado convenientemente los conceptos subvencionados, señalando que el expediente ha tenido inicio el 16 de marzo de 2017. El 17 de marzo de 2017, el Ministerio M comunica a la entidad B la apertura de un expediente de reintegro de la subvención concedida en su día por razones de fondo idénticas, referidas lógicamente a su expediente, que las notificadas a la entidad A. La persona física P contrata los servicios de un abogado para que defienda su interés, obviamente residenciado en no verse obligado a realizar reintegro alguno por ninguna de las entidades que representa.

Los expedientes administrativos E1 para la entidad A y E2 para la entidad B se desarrollan con los siguientes hitos formales relevantes:

- En el expediente E1, el 3 de abril de 2017 se solicita acceso al expediente administrativo, además de presentar un escrito de alegaciones. Derivado de la solicitud, la entidad A fue autorizada para tener vista del expediente el 17

⁶ Las sentencias fueron dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 30 de julio de 2020; la desestimatoria del recurso de la llamada entidad A, y 29 de abril de 2021 la estimatoria del recurso de la entidad B. En este trabajo se hace referencia exclusivamente a la institución de la caducidad y su conexión, que en nuestra opinión existe, con el principio *non bis in idem*. Utilizamos las fechas reales porque resultan relevantes.

de mayo de 2017, fecha determinada por la administración en función de sus necesidades de servicio, tras lo que ofreció la posibilidad a mi mandante de efectuar nuevas alegaciones en el mismo expediente de reintegro abierto el 16 de marzo de 2017, y notificado el 21 de marzo de 2017.

- La entidad A verificó la presentación de dichas alegaciones el 9 de junio de 2017, en el plazo conferido al efecto por una reiteración de la notificación del acuerdo de inicio de expediente de reintegro notificada el 23 de mayo de 2017. Dicha notificación no señala en ningún momento que en esa fecha se esté abriendo nuevo expediente de reintegro, sino que, como expresamente figura en el documento que se cita, la fecha de inicio del expediente que se notifica entonces es la misma que antes se había precisado: 16 de marzo de 2017.
- El 21 marzo de 2018, mediante Resolución de reintegro parcial, se pone fin al expediente administrativo, pero resolviendo un expediente teórico nuevo, abierto el 23 de mayo de 2017, y archivando el único expediente conocido hasta entonces, el que fue notificado el 21 de marzo de 2017.

La entidad sostuvo desde el inicio que el segundo trámite de alegaciones dictado en este expediente no es sino una fase más del procedimiento administrativo que debía seguirse para la tramitación del expediente de reintegro, y no la apertura de un nuevo expediente, distinto al iniciado el 16 de marzo de 2017 y notificado el 21 de marzo de 2017.

Ello es así, porque en caso contrario la administración habría simultaneado dos expedientes por la misma causa (uno el iniciado el 16 de marzo de 2017, y otro el 23 de mayo de 2017). De ser así, la administración habría incumplido la prohibición impuesta por el principio *ne bis in idem*.⁷

⁷ Volveremos después al análisis de este principio. En este punto debe afirmarse que sostenemos que tiene sentido constitucional presumir una ampliación de la garantía de interdicción de *non bis in idem*, la cual existe en el derecho administrativo sancionador a todo procedimiento administrativo de gravamen.

Es decir, la ausencia de archivo expreso del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, que no se verifica hasta la propia emisión de la resolución notificada el 21 de marzo de 2018, implicaría que la administración habría mantenido abiertos al mismo tiempo dos expedientes por la misma causa, y esto es una práctica que atenta contra la seguridad jurídica y el principio antes enunciado.

De tal manera, sólo es posible concluir que el trámite de segundas alegaciones en el expediente abierto el 16 de marzo de 2017 es una continuación del mismo expediente, con lo que, al no verificar resolución notificada en el mismo (anterior al 16 de marzo de 2018), dicho expediente habría caducado.

En el otro expediente se produce una situación idéntica, modificando sólo las fechas. El expediente E2 comienza el 16 de marzo de 2017, notificado el 17 de marzo; se presentan alegaciones y se solicita vista del expediente el 31 de marzo de 2017. La vista del expediente se produce cuando lo autoriza la administración, y tras ésta se ofrece un nuevo periodo de alegaciones (23 de mayo de 2017). La resolución del expediente determina el reintegro parcial de la subvención, y contiene además el archivo del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, y señala que está resolviendo uno nuevo iniciado el 23 de mayo de 2017. La resolución se notificó el 21 de marzo de 2018; es decir, más de doce meses después de su inicio.

Centrando el objeto del debate, los pleitos se basan en este punto en entender que se ha producido la caducidad de los expedientes y, en consecuencia, la resolución dictada en un expediente caducado no puede desplegar efectos. Esta tesis se sostiene porque se identifica el supuesto de hecho (esencialmente, la constatación de las fechas, único extremo relevante para esta cuestión) y la norma que regula la institución de la caducidad.⁸

⁸ La norma en cuestión es el artículo 42.4, Ley General de Subvenciones.

Para añadir la nota de previsibilidad de la resolución conforme a derecho esperable, se verifica el sentido interpretativo de la norma por el Tribunal Supremo. En ese sentido, se refuerza la tesis de las entidades A y B, argumentando sobre la caducidad lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo número 436/2018 del 19 de marzo de 2018, recurso 2412/2015, que interpreta definitivamente el artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones, y lo hace con el siguiente análisis:

...la declaración de caducidad anula la resolución administrativa recaída en dicho procedimiento y obliga a la administración a iniciar uno nuevo y que las actuaciones realizadas en el primero no sirven para interrumpir el cómputo de plazo de prescripción del derecho a reclamar el reintegro, plazo que se interrumpe solo cuando se reinicia otro procedimiento.

Para concluir que

...no tiene sentido fijar un plazo máximo de duración del procedimiento, cuyo incumplimiento genera la caducidad del mismo, si la administración puede continuar su tramitación sin tener que iniciar uno nuevo. En un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo válida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento.

Parecía, pues, de su contenido, que el juego de las fechas, la norma invocada y la interpretación jurisprudencial de la misma norma, harían prosperar los recursos contenciosos interpuestos por A y por B.

Pues bien, la sentencia dictada sobre A se determina así:

- La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la denunciada caducidad del procedimiento, habida cuenta que el procedimiento se inició el 16 de marzo de 2017, notificada el 24 siguiente, y la resolución que le puso término

se notificó a la recurrente el 21 de marzo de 2018, es decir, según la recurrente una vez transcurridos los 12 meses que al efecto establece el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre General de Subvenciones.

No podemos compartir el razonamiento de la recurrente por las siguientes razones: 1. No existe ningún impedimento legal que prohíba a la Administración incoar de forma sucesiva distintos procedimientos y archivarlos, pues la única consecuencia que se deriva de dicha actuación es que la prescripción no queda interrumpida por dichas actuaciones. 2. No existe obligación legal de tipo alguno, que imponga a la Administración la obligación de notificar la declaración de caducidad de un expediente en un acto aparte y de forma autónoma al de incoación de un nuevo procedimiento, tal y como esta misma Sala y Sección ha venido manteniendo de forma constante. 3. La única obligación legalmente impuesta, es la de notificar la resolución que declara la caducidad (artículo 21.1 Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). 4. Ninguna norma prohíbe pues, la acumulación en un mismo acto de la declaración de caducidad del anterior procedimiento y del acuerdo de incoación de uno nuevo, si no ha operado la prescripción. 5. La Administración cumplió de forma expresa con la obligación de notificación de la declaración de caducidad del procedimiento incoado el 16 de marzo de 2017 mediante la notificación de la resolución de 23 de febrero de 2018...

Sin embargo, la misma Sala, en una fecha posterior, resuelve para B lo siguiente:

No nos encontramos en el supuesto de la sentencia de esta Sección de 14 de diciembre de 2018 (recurso 320/2018), alegada por el Abogado del Estado, por cuanto el supuesto analizado era que una vez caducado el procedimiento de reintegro, sin dictado de resolución expresa declarando la caducidad, se incoaba nuevo expediente de reintegro, señalándose que la falta de declaración expresa de caducidad es una irregularidad formal irrelevante. Criterio que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de octubre y 19 de noviembre de 2020, pero

que no resulta aplicable al caso de autos, por cuanto como se ha indicado, no se ha incoado un nuevo el procedimiento de reintegro tras la caducidad del primero, sino que se ha dado un nuevo trámite de alegaciones dentro de un único procedimiento, sin que existiera caducidad cuando se otorga dicho trámite. Tampoco resulta aplicable la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 19 de febrero de 2021, dictada en el recurso 3929/2020, que establece la posibilidad de incoación de un segundo expediente de reintegro sin el previo archivo del inicialmente incoado, cuando aparezcan nuevos hechos, toda vez que como hemos señalado, en el caso de autos solo ha existido un único expediente incoado el 16 de marzo de 2017. Habiéndose incoado el procedimiento de reintegro el 16 de marzo de 2017, cuando se notificó la resolución de reintegro el 21 de marzo de 2018, se había superado el plazo de 12 meses, estando el procedimiento caducado, por lo que se debió acordar su archivo.

Es decir, la sentencia para A, con los mismos condicionantes que para B, alterando solo, y en poco, las fechas concretas respecto de una y otra, es desestimatoria, y la sentencia para B acoge la tesis del administrado, coherente con la norma y con la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre dicha norma. Este es el supuesto y esta es la contradicción.

¿Es posible superar la contradicción?

La sentencia dictada sobre la entidad A, al igual que la dictada sobre B, sólo era recurrible en casación. El recurso de casación en materia contencioso-administrativa se vio sustancialmente reformado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015 del 21 de julio, que modificó la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Antes de la reforma cabían cuatro recursos posibles: el de casación, en sentido estricto; el de casación para unificación de la doctrina; el de casación en interés de la ley, y el recurso de revisión, todos ellos con motivos tasados. La reforma limitó las posibilidades a dos

al eliminar el recurso para la unificación de la doctrina y el recurso de casación en interés de la ley, donde, con muchos matices, cabría la situación que se produjo en esta contradicción. El recurso de casación en el marco contencioso-administrativo se aparta del esquema civil español previsto para este tipo de recursos extraordinarios, compartiendo la denominación, pero no así el mecanismo de su formulación. Con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, del 21 julio, desaparecieron los motivos tasados, de modo que aparentemente la casación se puede fundamentar en cualquier razón, procesal o sustantiva.

El Tribunal Supremo debe valorar si el recurso presenta o no interés casacional que justifique su admisión, aunque también se prevén una serie de circunstancias en las que se puede apreciar, o se presume, que concurre el “interés casacional objetivo”. El objetivo de la reforma era, por tanto, otorgar al Tribunal Supremo una amplia libertad para unificar o sentar doctrina jurisprudencial en los asuntos que considere que lo requieren.

Una de las presunciones que el derecho procesal español recoge para entender que concurre interés casacional es que la resolución que se impugna fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal, o de la Unión Europea, en las que se fundamenta el fallo; esto es contradictorio con lo que dictan otros órganos jurisdiccionales, como el artículo 88.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pues bien, la sentencia dictada sobre A fue anterior a la dictada sobre B; es decir, no existía posibilidad de alegar la evidente contradicción cuando se preparó el recurso, pero en el momento en que el mismo Tribunal sentenció el caso sobre B, y aún no se había pronunciado sobre la admisión del recurso de casación el Tribunal Supremo, se comunicó tal circunstancia al alto tribunal para que, aunque no está previsto ningún cauce procesal para hacerlo, se tuviera en cuenta que el apartamiento de la norma por la sentencia recurrida era evidente. Ninguna respuesta se obtuvo, y ningún eco tuvo en el resultado, ya que primó el carácter adjetivo del itinerario procesal frente al aspecto sustantivo de la contradicción manifiesta.

La práctica real implica que el recurso de casación en derecho administrativo, que cabe interponer ante la sentencia padecida por A, tenga un índice de admisión muy bajo,⁹ porque el “interés casacional objetivo” es un concepto extremadamente subjetivo, que conduce a que se mantengan sentencias absolutamente incongruentes con el ordenamiento jurídico aplicable, contrastable en este caso porque existe otra del mismo tribunal en sentido completamente opuesto, con tal de preservar una cierta estabilidad y seguridad jurídica, es decir, la seguridad jurídica admite errores que deben ser padecidos por quien los sufre; esto, lógicamente, no está en ninguna norma.

La resolución de inadmisión del Tribunal Supremo impide que se pueda valorar el fondo de la cuestión, pero, en realidad la valoración inicial de que un recurso carezca de interés casacional objetivo¹⁰ es en sí misma una cuestión de fondo, que entonces debería ser ventilada en la sentencia del Tribunal Supremo, razonando por qué no lo tiene en ese caso y si se ha infringido o no la norma o su interpretación correcta. Nótese que no se busca una revisión de los hechos probados (descartada en el sistema casacional español), sino la correcta aplicación de la norma a éstos, y es prácticamente imposible obtener satisfacción a esta pretensión porque 1) la sentencia dictada prescinde de la aplicación de la norma y ello es recurrible, pero 2) el tribunal que debe verificarlo no admite el recurso de casación, sin entrar en el fondo, porque esa circunstancia (apartarse de la norma) no tiene “interés casacional”.

⁹ La estadística publicada por el Tribunal Supremo en su portal de transparencia hace referencia a los datos obtenidos hasta 2017. Con la entrada en vigor de la reforma operada, desde el 22 de julio de 2016 al 31 de mayo de 2017, se determinó que solo se habían admitido un 17,11 por ciento de los recursos planteados. Información extraída del portal <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/>.

¹⁰ Sobre interés casacional objetivo, véase, por ejemplo, Cuch Arguimbau, Mique y Aguilera Cuchillo, Jordi, “El recurso de casación: la cuestión del interés casacional objetivo”, 2018. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-casacion/>.

En esta situación, el administrado tiene un último paso para defender su interés: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para ello, las condiciones son especialmente difíciles. Ha de argumentarse que la resolución recurrida, inadmisión del recurso de casación en relación con la sentencia de la que se ha pretendido casación, ha vulnerado derechos fundamentales, es decir, no puede ser sólo la inadmisión la que ha de vulnerar derechos fundamentales, sino la sentencia sometida a casación la que los vulnera.¹¹ En los casos que estudiamos, desde el inicio se puso de manifiesto que el mantenimiento de dos expedientes por la misma causa en el mismo tiempo suponía una vulneración del principio *non bis in idem*.

Este principio es de aplicación al derecho administrativo sancionador como una derivación de su aplicación en el derecho penal, y construido jurisprudencialmente, por tanto, como parte del contenido esencial del artículo tal de la Constitución española.¹²

En este sentido, en el escrito de preparación del recurso de casación, la entidad A ya acreditó el interés casacional objetivo del supuesto del artículo 88.2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para lo cual nos remitimos a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuyos criterios resultaron inaplicados y sus principios infringidos por la sentencia que se recurrió, y en concreto, los relativos al principio *non bis in idem*.¹³

¹¹ Sobre este particular, Cuch Arguimbau, Miquel y Aguilera Cuchillo, Jordi, "Recurso de amparo constitucional: aproximación al concepto de especial transcendencia constitucional", 2019. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-amparo-constitucional-aproximacion-al-concepto-de-especial-transcendencia-constitucional/>.

¹² El principio *non bis in idem* forma parte del contenido constitucional: "La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental" (Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990, 15 de octubre, F. 3).

¹³ Entre otras, la doctrina al respecto aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 229/2003 del 18 de diciembre: "Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in idem*, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de

Si bien una visión estricta del principio puede enmarcarlo sólo en el ámbito del derecho sancionador, tiene sentido constitucional que la aplicación de las garantías de los procesos sancionadores se extienda a todos los actos susceptibles de imponer algún gravamen o consecuencia negativa en la esfera personal o patrimonial del administrado.

La sentencia que se dictó para A, con la desestimación de su recurso, convalidó una actuación de la administración que resultaba vulneradora de dicho principio elemental.

El principio *non bis in idem* tiene una doble significación. Por un lado, es un principio material, conforme al cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción. Pero también es un principio de carácter procesal conforme al que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

En nuestro caso, y en mi opinión, la administración incurrió en infracción del principio *non bis in idem* y, después, con relevantes consecuencias en lo que respecta a nuestro supuesto, la sentencia incurrió en la misma infracción al convalidar y ratificar la actuación de la administración en los procedimientos administrativos sancionadores. Recordemos ahora que la administración simultaneó dos expedientes, según ella misma admite y argumenta, por la misma causa; uno el iniciado el 16 de marzo de 2017, y otro el iniciado el 23 de mayo de

incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE” Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005 de 7 de julio dice que “Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo (RTC 1981, 2), el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836), en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre [RTC 1990, 154], F. 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU (RCL 1977, 893) —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977— y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

2017. De esta forma, la administración incumplió la prohibición impuesta por el principio *non bis in idem*.

La ausencia de archivo expreso del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, que no se verifica hasta la propia emisión de la resolución, notificada el 21 de marzo de 2018, implicaría que la administración habría mantenido abiertos al mismo tiempo dos expedientes por la misma causa, y esto es una práctica que atenta contra la seguridad jurídica y el principio antes enunciado.

O sea, el apartamiento de la norma por parte de la sentencia dictada sobre la entidad A, sólo le deja una vía expedita para la reclamación de su derecho e interés: determinar si la garantía indubitada del *non bis in idem* en derecho administrativo sancionador, cuando existe la triple identidad sujeto, hecho y fundamento que lo define procesalmente, resulta también de aplicación a los procedimientos administrativos susceptibles de imponer gravamen, como es el caso de los expedientes de reintegro de subvención sobre que se pronuncia la sentencia dictada sobre la entidad A, de manera que no puedan mantenerse abiertos al mismo tiempo dos expedientes donde dicha triple identidad se verifique.

La aplicación y extensión del principio general *non bis in idem* consagrado en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución española, en conexión con el instituto de la caducidad y la necesidad de la declaración previa, o al menos coetánea, de la misma con la eventual apertura de un nuevo procedimiento de reintegro si no ha prescrito el derecho de la administración a reclamarlo, es la clave entonces de la posibilidad de recurrir en amparo, y ello porque la construcción constitucional del *non bis in idem* como principio constitucional con valor de derecho fundamental es dinámica, y si bien, en principio, sólo operó como elemento limitador del *ius puniendi* estatal en el ámbito penal estricto, se amplió sucesivamente con una progresiva y mayor elaboración técnica al derecho administrativo sancionador, y, según mi entender, dada su vinculación como principio constitucional al consagrado de legalidad, en aplicación de este último, no cabe que un administrado pueda estar doblemente sometido a procedimientos que,

de concluirse negativamente, tendrán consecuencias en su esfera personal o patrimonial, sin que dicha garantía de legalidad y de prohibición limitativa para el poder del Estado opere con plenitud también en dichos procedimientos.

La naturaleza constitucional del *non bis in idem* estriba, en suma, en impedir que alguien pueda verse castigado dos veces por los mismos hechos, muy sintéticamente enunciado el principio; pues bien, si el fundamento de dicha imposibilidad es ajustarse plenamente al principio de legalidad, impidiendo que el Estado se beneficie de una actuación propia poco diligente o múltiple dirigida a una misma finalidad, el mismo principio exige que toda la actuación administrativa esté presidida por el mismo criterio. Del mismo modo que, si el administrado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del procedimiento en que esté incurso, debe cumplir las exigencias legales para hacer valer su derecho, la administración, que es en abstracto la mejor representación del sumatorio ideal de los individuos, debe respetar del mismo modo escrupuloso, e incluso más, dicho principio, para no desvirtuar entre otras cosas la igualdad de armas con respecto al administrado, de tal manera que resulta procedente que el Tribunal Constitucional señale que la garantía del *non bis in idem* es aplicable al derecho administrativo, no sólo en su parcela sancionadora, sino en toda aquella susceptible de determinar resoluciones desfavorables para la esfera personal o patrimonial del administrado, consecuencia última compartida con la naturaleza intrínseca de la sanción, que impone situaciones desfavorables en dichas esferas para el sancionado.

Debe observarse la tremenda dificultad que entraña este último recurso posible para el administrado, porque, aunque la base constitucional de la ampliación del principio *non bis in idem* hasta los procedimientos susceptibles de imponer gravamen desde su indubitada aplicación al derecho administrativo sancionador sea razonable, lo es mucho más que la sentencia inicialmente dictada contra los intereses de A no hubiera fallado en los términos que lo fue, con una interpretación discrecional de la norma de aplicación, que es, esencialmente, *contra legem*, y realizó una subsunción forzada del supuesto de hecho en la norma.

Conclusiones. Ante la contradicción: insistencia, primacía de lo sustantivo y estrategia previsoras ante la dificultad para recurrir

Es evidente que en los casos que hemos expuesto se ha producido una contradicción entre dos sentencias del mismo tribunal sobre un supuesto de hecho sustancialmente idéntico.

Al producirse en el ámbito del derecho administrativo, sólo existe un recurso de casación posible, aquel que, fundado en cualesquiera causas (aparentemente muy amplias), revista interés casacional objetivo.

La estabilidad formal del sistema jurídico tiende a preservar sentencias erróneas, incluso groseramente erróneas, porque la limitación formal de los condicionantes del recurso las convierte en difícilmente atacables.

De las notas que señalábamos al principio de nuestro trabajo, adecuación al derecho y previsibilidad, razonablemente esperables al afrontar una disputa jurídica, surge una ecuación incompleta, porque aparece la discrecionalidad en la decisión, entendida como la facultad que los jueces tienen para decidir, vistos los hechos, ajustada la norma y valorada su interpretación o interpretaciones, pero como sostiene con acierto el profesor Ricardo Garzón Cárdenas,¹⁴ la discrecionalidad es un hecho, va a acontecer. Por ello, la cuestión no estriba

¹⁴ Para Ricardo Garzón Cárdenas, investigador de la Universidad de León, en el Departamento de Derecho Público, área de filosofía del derecho, a quien agradezco sus comentarios y apreciaciones a propósito de este trabajo, la discrecionalidad es un hecho, como hemos señalado, y lo que aquí se sostiene es una crítica a las consecuencias que genera la contradicción en sentencias. En tal sentido, Garzón entiende que toda crítica debe fundarse en un supuesto normativo. Dicho supuesto normativo no tiene que ver tanto con la posibilidad de la discrecionalidad, como con la pretensión de que los jueces no realicen interpretaciones erróneas o, incluso, piruetas interpretativas que hagan el derecho imprevisible, de tal modo que la discrecionalidad aparece como accesoria a la previsibilidad. La clave, por tanto, para Garzón, no está en que exista o no discrecionalidad, sino que, de existir, no atente contra la previsibilidad del derecho.

tanto en la existencia de discrecionalidad, que no se aparta necesariamente de la adecuación al derecho (ya que una decisión discrecional puede ser válidamente ajustada a éste), sino en la falta de previsibilidad del derecho que introduce, por una parte, una incertidumbre mayor que la que cabría esperar ante todo pleito y, por otra, es un efecto pernicioso para cualquier Estado de derecho.

Garzón Cárdenas señala también, a propósito de este análisis, que desde las distintas ópticas de la filosofía del derecho podría decirse que las sentencias contradictorias son inevitables, ya que los jueces deciden libremente, sin limitaciones (perspectiva realista), o que lo que parece contradicción derivada de la discrecionalidad no es tal porque en realidad los casos son diferentes, aunque parezcan idénticos, y nada puede derivarse de la discrecionalidad, porque tal cosa no existe (perspectiva moralista). En cambio, desde una perspectiva positivista que encaja con el criterio de adecuación al derecho, entendiéndolo como el que está en la norma, así como su interpretación coherente con ella y nunca *contra legem* —posición que sostiene Garzón con García Amado—, se asume que la discrecionalidad es inevitable, pero las contradicciones son indeseables en cualquier sistema jurídico, por lo que, cuando éstas ocurren, hay que reconocerlas como discrecionalidad disfuncional, y para superarla se requieren remedios procesales para que, si se da, puedan revertirla con una argumentación estratégicamente rigurosa.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que:

- 1) En cuanto a los remedios procesales: el recurso de casación en el ámbito contencioso administrativo, si cumple los requisitos formales para su presentación, debería ser admitido sin excepción para que la apreciación del interés casacional objetivo fuera objeto de valoración en sentencia. El interés casacional objetivo debería apreciarse indiciariamente si con la preparación del recurso se verifican 1) los requisitos de acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna; 2) se

identifican las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta debiera observarlas aun sin ser alegadas, y 3) se señala que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.

- 2) En cuanto a la argumentación rigurosa: el administrado debe explicitar su posición, manteniéndola con idéntica claridad en todas las fases, comenzando por la propiamente administrativa, y alegando, desde que eventualmente se produzca, la vulneración o infracción de cualquier derecho fundamental. La vulneración de los derechos fundamentales no será apreciada, normalmente, ni en la fase administrativa ni en la contenciosa, pero, dadas las dificultades que presenta el sistema de recursos y, en particular, la casación, es una cautela precisa porque la alegación de la vulneración de tales derechos es un requisito de procedibilidad de un eventual recurso de amparo.
- 3) En cuanto a la discrecionalidad, con relación a la previsibilidad: en la práctica, el abuso de la discrecionalidad del juez, la discrecionalidad disfuncional señalada por Garzón, apartándose de la interpretación racional de la norma, o incluso de la propia norma, no puede reputarse normal ni aceptable, ni aun en términos de una pretendida seguridad o estabilidad jurídica, porque incide exactamente en lo contrario, en restar previsibilidad a la resolución que ya no se adecúa a derecho, y cuando esto ocurre es un verdadero fallo del sistema que no encuentra acomodo para su reparación efectiva por la razón que verdaderamente se produce (el apartamiento de la norma) en el esquema de recursos vigente en derecho español, de tal manera que el administrado ha de forzar su interposición con una base estrictamente vulneradora de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, lo que no siempre acontece, luego imposibilita el recurso, y si

acontece, no siempre es determinante, sometida como está a que la vulneración del derecho fundamental afecte a su contenido esencial, es decir, sea suficientemente relevante para obtener dicho reproche.

Bibliografía

- CUCH ARGUIMBAU, Miquel y AGUILERA CUCHILLO, Jordi, “El recurso de casación: la cuestión del interés casacional objetivo”, 2018. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-casacion/>.
- CUCH ARGUIMBAU, Miquel y AGUILERA CUCHILLO, Jordi, “Recurso de amparo constitucional: aproximación al concepto de especial transcendencia constitucional”, 2019. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-amparo-constitucional-aproximacion-al-concepto-de-especial-transcendencia-constitucional/>.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Teoría de la argumentación jurídica (y III)”, *Almacén de Derecho*, 12 de febrero de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii>.
- “La locura legislativa en España: de la hiperregulación a leyes preconstitucionales”, *ABC España*, 2021. Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-locura-legislativa-espana-hiperregulacion-leyes-preconstitucionales-202105231757_video.html.
- MÍGUEZ MACHO, Luis, “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, España, núm. 38, 2015. Disponible en: <http://laadministraciondía.inap.es>.